

Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial

Esbozo de una teoría general de los delitos económicos

Bernardo Feijoo Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

Abstract

Traslado de los criterios dogmáticos de las nuevas teorías normativizadoras del tipo al ámbito de los delitos económicos, con especial referencia al delito de concurso del art. 260 CP, a la administración desleal, a los delitos contra la Hacienda Pública y a ciertos deberes profesionales en relación al blanqueo de capitales.

Übertragung der dogmatischen Kriterien neuer, normativierender Tatbestandslehren auf das Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts, insbesondere in Zusammenhang mit Insolvenzstraftaten, Gesellschaftsrechtlicher Untreue, Steuerstrafrecht und Geldwäsche.

This essay applies new normative theories of criminal law to white-collar crimes, focusing on bankruptcy crimes, breach of fiduciary duties, tax crimes and certain professional duties regarding Money laundering.

Palabras clave: Imputación objetiva, Derecho Penal económico, delitos económicos, delitos de infracción de deber, concursos punibles, administración desleal, defraudación tributaria, blanqueo de capitales, responsabilidad penal de asesores.

Objektive Zurechnung:, Wirtschaftsstrafrecht, Wirtschaftstatbestände, Pflichtdelikte, Bankrotthandlungen, Gesellschaftliche Untreue, Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Strafrisiken der Berater.

Key words: proximate cause, white-collar crime, business crime, bankruptcy, breach of fiduciary duties, tax crimes, money laundering, of-counsel liability.

Sumario

1. Planteamiento general
2. Sobre el concepto de Derecho penal económico en sentido amplio
3. Derecho penal económico e imputación objetiva
4. Una decisiva cuestión previa: existen roles económicos de los que se derivan "deberes jurídicos negativos" y roles económicos de los que se derivan "deberes jurídicos positivos"
 - 4.1. Dos ejemplos: la posición jurídica del deudor en el delito de concurso y el delito de información privilegiada
 - a. La posición jurídica del deudor
 - b. El delito de información privilegiada
 - 4.2. ¿Los delitos económicos como delitos de infracción de deber?
5. Los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva
 - 5.1. La conducta típica como creación de un riesgo no permitido
 - a. La creación de un riesgo
 - b. Creación de un riesgo no permitido
 - c. La competencia por la creación de un riesgo
 - 5.2. La concreción o realización del riesgo en el resultado típico
 - 5.3. ¿Imputación subjetiva?
6. Conclusión final
7. Bibliografía
8. Tabla de jurisprudencia citada

1. Planteamiento general

La tesis central de este trabajo es sencilla: las normas penales que configuran el denominado Derecho Penal económico cumplen las mismas funciones que cualquier otra norma penal y las categorías de la teoría jurídica del delito son perfectamente aplicables a estas normas; en consecuencia, los que consideramos que la teoría de la imputación objetiva no es una mera teoría sobre la imputación de resultados, sino una teoría global sobre la normativización de la tipicidad y, en general, del injusto penal tenemos que llegar necesariamente a la conclusión de que dicha teoría alcanza a los delitos contra el orden socioeconómico. No tiene sentido que una teoría general se aplique en unos ámbitos delictivos y se deje de tener en cuenta en otros y no hay ninguna razón para no extender los conceptos desarrollados en el ámbito de la parte general de la disciplina al estudio de toda la parte especial¹. Los problemas específicos de cada figura delictiva deben ser canalizados, por consiguiente, a través de esta teoría general de la tipicidad, que nos permite un análisis transversal de los delitos contra el orden socioeconómico. El objetivo de este trabajo es ir desmenuzando y ejemplificando estas afirmaciones generales.

2. Sobre el concepto de Derecho penal económico en sentido amplio

Según la doctrina dominante, el Derecho Penal económico es Derecho Penal, es decir, las normas que configuran esta rama del ordenamiento jurídico-penal tienen las mismas características que el resto de las normas penales y la pena cumple las mismas funciones². En origen el Derecho Penal surge para proteger las instituciones básicas del Estado y los intereses más elementales de los ciudadanos, garantizando ciertas normas básicas sin las que no resulta posible la convivencia o la vida en sociedad. Podría darse el caso de que una sociedad que no establezca la prohibición de matar o de mutilar pudiera salir adelante por un cúmulo de circunstancias favorables, pero resulta bastante improbable. Lo que se ha venido denominando Derecho Penal nuclear tiene que ver con las razones mismas por las que surgen los Estados modernos, incluso antes de que dichos Estados adquieran una mínima legitimidad democrática. Sin embargo, y por suerte, ya no vivimos en sociedades que no pretendan más que garantizar ciertos mínimos de convivencia, sino que se trata de sociedades muy complejas con un alto grado de juridificación de los problemas sociales, por lo que vemos que van cambiando las estrategias de protección jurídico-penal (un paradigma sería el incremento de los delitos de peligro) y el propio sistema jurídico va creando nuevos bienes jurídicos que ya no se corresponden con los intereses básicos de los individuos (vida, salud, libertad, intimidad, propiedad, etc.). Un claro ejemplo de cómo la evolución del sistema jurídico acaba dando lugar a nuevas normas penales que tienen que ver

¹ SILVA SÁNCHEZ, «Introducción», en SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 11 y ss.

² FEIJOO SÁNCHEZ, «Bien jurídico y delitos socioeconómicos», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 143 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., 2007, pp. 71 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, «Concepto y método del Derecho Penal económico», en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, 2008, pp. 21 y ss.

con un reconocimiento jurídico previo de nuevos intereses sociales se encuentra en el ámbito del Derecho Penal económico.

Si en un principio la doctrina ha venido caracterizando el Derecho Penal económico a partir de la idea de la protección de bienes jurídicos estatales relativos a la intervención estatal en la economía o la organización y regulación estatal del orden socioeconómico³ (Derecho Penal económico en sentido estricto), un mero vistazo a las obras especializadas permite apreciar como el Derecho Penal económico se ocupa en general de la estabilización de normas de conducta indispensables para la pervivencia del vigente orden socioeconómico (en este sentido son objeto de estudio los delitos cometidos por deudores –no necesariamente comerciantes– contra sus acreedores, los delitos de los administradores de sociedades contra los intereses patrimoniales de los socios o los deberes profesionales de control del origen de determinados capitales). Más bien habría que decir que los delitos socioeconómicos son delitos que consisten en la infracción de deberes básicos de los ciudadanos cuando actúan en el subsistema económico o en un rol que podemos definir como económico (deudor, gestor empresarial, etc.), pudiendo en algunas ocasiones afectar a bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal económico en sentido estricto) mientras que en otras representan agresiones contra bienes jurídicos individuales, especialmente de tipo patrimonial (Derecho Penal económico en sentido amplio)⁴. Por ejemplo, si a los notarios, que parecen sujetos alejados prima facie de las modalidades delictivas de las que estamos hablando, se les asignan deberes garantizados jurídico-penalmente de colaboración en el control del origen y del flujo de capitales, la consecuencia es que esta cuestión pasa a formar parte del Derecho Penal económico. Si en un principio la protección de bienes jurídicos estatales que tenían que ver, por ejemplo, con las competencias de control del Estado (de mercancías, flujos de capitales y divisas, precios, monopolios, etc.) o con sus ingresos (defraudación fiscal) ostentaban un especial protagonismo, con el tiempo han pasado a tener un mayor peso los delitos que

³ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2007, 1/45 ss. Lo cual ha provocado que este sector del ordenamiento jurídico-penal se haya encontrado en el epicentro del debate que se ha desarrollado en los años 80 y 90 sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 144 y ss., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Reflexiones sobre la expansión del Derecho Penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, (dirs.), *La Política Criminal en Europa*, 2004, pp. 91 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 2ª ed., 2007, pp. 74 y ss. La discusión ha perdido en estos momentos parte de su interés. En realidad, lo que encierra mayor interés en la actualidad es desarrollar los criterios para deslindar los supuestos en los que las normas penales protegen legítima o ilegítimamente bienes relativos al funcionamiento del sistema socioeconómico así como para imputarle a un sujeto una conducta que encierre una lesividad social en el ámbito socio-económico que legitime la intervención mediante penas; es decir, con qué tipo de estructuras típicas se debe trabajar en el ámbito de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos no susceptibles de ser “lesionados físicamente” con un comportamiento aislado.

⁴ BAJO FERNÁNDEZ, «Concepto de Derecho penal económico», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 168 y ss., con una posición coincidente con la de su pionero manual de Derecho Penal económico; FEIJOO SÁNCHEZ, en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 143 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, p. 22; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., 2007, pp. 94 ss. En sentido crítico con un concepto de Derecho Penal económico excesivamente amplio, con consideraciones a tomar en cuenta, RODRÍGUEZ MOURULLO, «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en BACIGALUPO ZAPATER, (dir.), *La administración desleal*, 1999, pp. 16 y ss.

garantizan condiciones básicas o elementos esenciales del funcionamiento de la economía de mercado o de la actividad económica en el marco de la economía de mercado. Llama en este sentido poderosamente la atención la relevancia que ha adquirido en el ámbito del Derecho Penal económico la construcción de bienes jurídicos configurados mediante la referencia a la confianza (en el correcto funcionamiento de las sociedades, de la economía crediticia, etc.)⁵. Sin embargo, con ello no se está haciendo referencia en realidad al bien jurídico protegido por cada figura delictiva concreta, sino en última instancia a la función general de estabilización normativa que el Derecho Penal lleva a cabo en cada subsistema económico (gestión de sociedades, mercado de valores, etc.)⁶.

En definitiva, el común denominador de las infracciones que configuran el denominado Derecho Penal económico es que todas ellas tienen que ver con roles económicos o con actuaciones en subsistemas económicos con determinados derechos (libertades económicas) y deberes⁷. Por consiguiente, si el estudio del Derecho Penal económico se tiene que ir parcelando necesariamente en sectores (Derecho Penal concursal, Derecho Penal bursátil o del mercado de valores, Derecho Penal bancario, Derecho Penal societario, Derecho Penal de la competencia, Derecho Penal de la propiedad industrial, etc.), no se puede dejar de tomar en consideración el previo tejido de relaciones sociales con relevancia jurídica con el que tienen que trabajar las normas penales. Ello explicaría, por otro lado, la abundancia de delitos especiales en este ámbito delictivo, cuestión que ocupa un lugar central a la hora de enfrentarse a los problemas de imputación objetiva que presentan los delitos económicos y empresariales.

3. Derecho penal económico e imputación objetiva

Si el Derecho Penal económico no es Derecho económico que se sirve de las penas para conducir la economía⁸, sino un Derecho Penal que se ocupa de un sector específico de la vida social (quizás

⁵ En sentido crítico con esta tendencia FEIJOO SÁNCHEZ, en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 150-151; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, p. 805.

⁶ Con mayor profundidad, FEIJOO SÁNCHEZ, «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho Penal», *Anuario de Derecho Concursal* (16/1), 2009, pp. 39 y ss.

⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, pp. 329 y ss., pp. 348 y ss.

Esta idea tiene, además, la ventaja de permitir aproximar el tratamiento dogmático de estas cuestiones al estudio criminológico de la delincuencia económica.

⁸ Básico ACHENBACH, «Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung», *ZStW* (119), 2007, pp. 789 y ss. La cuestión de las capacidades del Derecho Penal para conducir o influir en la vida económica es un tema de candente actualidad. Fue el tema general de las jornadas de profesores alemanes de Derecho Penal celebradas en Osnabrück en 2007.

A nivel dogmático la afirmación del texto parece evidente, pero no se corresponde con la práctica. Sobre todo si apreciamos la influencia que está teniendo la Unión Europea (ACHENBACH, *ZStW* (119), 2007, pp. 814-815; y ACHENBACH, «Ordnungsfaktor Wirtschaftsstrafrecht», *StV*, 2008, p. 325 y s.; VOGEL, «Wetpapierhandelsstrafrecht-Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?», en VV.AA., *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 733 y ss.) en la configuración del Derecho Penal económico (tal y como se refleja de forma muy clara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008). Se está estableciendo desde este ámbito una funcionalización tecnocrática del Derecho Penal económico que, en mi opinión, está siendo combatido

en la actualidad el sistema social central, más relevante incluso que el político, de tal manera que, como estamos apreciando, mientras las crisis políticas graves pueden no paralizar un país, como ha sucedido en Italia, las crisis económicas graves se convierten en crisis sociopolíticas), los criterios de legitimidad y las categorías dogmáticas creadas en general para la teoría del Derecho Penal son perfectamente aplicables al ámbito de los delitos socioeconómicos y de empresa. Es decir, si la teoría de la imputación objetiva, como teoría normativa de la tipicidad dominante –de acuerdo con la cual queda claro que no resultan decisivos ni los criterios causales ni el sentido que el autor quiera otorgarle a su hecho⁹–, hace tiempo que inició una marcha triunfal como teoría del injusto penal (aunque queden núcleos insurgentes en algunos lugares como en las filas del finalismo¹⁰), ello afecta también a los delitos socioeconómicos. Es más, en este ámbito, tan condicionado por decisiones previas de los órdenes sociales primarios, y, por ello, tan normativizado¹¹, demuestra una superioridad absoluta frente a cualquier teoría del tipo previa (que en vez de criterios normativos recurra a criterios causales, la finalidad con la que actúa el sujeto, etc.), que, en lo que aquí interesa, habían dejado los temas centrales de los delitos económicos como algo “residual” o “anecdótico” que simplemente tenía que ver con una interpretación técnica de ciertos preceptos de la parte especial.

En el ámbito de los delitos socioeconómicos es evidente que la función de la teoría de la imputación objetiva no es sólo limitar una responsabilidad basada en la causalidad, como viene sucediendo en los delitos contra la vida o contra la salud. En este contexto la normativización de

con escaso espíritu crítico por la doctrina. Se trata de un Derecho Penal elaborado por tecnócratas que ya no parte del presupuesto de que la pena responde a la culpabilidad individual, sino que está orientado instrumentalmente a controlar y dirigir ciertos sectores económicos (conducción de la economía mediante el Derecho Penal). El Derecho Penal va dejando así de cumplir sus funciones específicas y propias (sobre las mismas FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 515 ss.) y pasa a ser instrumentalizado funcionalmente, representando un mero apoyo de las funciones del subsistema económico, en una línea que tiene su origen en el ámbito anglosajón y que, como fruto del peso de estos mercados en un mundo globalizado, acaba contagiando a sistemas jurídicos como el nuestro que tradicionalmente han trabajado con otros parámetros de legitimidad no vinculados al utilitarismo y con una clara diferenciación entre el Derecho Penal y otros sistemas preventivos y sancionatorios. Sobre esta tendencia vid. el ilustrativo trabajo de NIETO MARTÍN, «¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?», *Revista Penal* (19), 2007, pp. 131 y ss. Quien no perciba esta tensión entre teoría y práctica del Derecho Penal económico no tendrá una adecuada visión de conjunto del nuevo Derecho Penal económico que está surgiendo. Si las necesidades del Estado social supusieron un impulso para el Derecho Penal económico en los años setenta y ochenta, las necesidades de un mercado globalizado están haciendo que en estos albores del siglo XXI surja –al mismo tiempo en diversos países– una nueva generación de normas penales que tienen que ver con el adecuado funcionamiento del orden socioeconómico (protección de mercados de valores, corrupción privada, etc.).

⁹ Con una profundidad que aquí no es posible, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, 2001, pp. 151 y ss.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 63 y ss.

¹⁰ La defensa más reciente del finalismo frente a una creciente normativización de la teoría del tipo en GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 151 y ss., pp. 174 y ss., especialmente pp. 185 y ss., entendiendo que “la imputación objetiva sólo debe servir para acotar la materia de prohibición” y debe limitarse “a la definición de la materia de prohibición”. Posición moderada, en todo caso, entre las filas del finalismo y que implica un acercamiento a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, posición que ni siquiera otros finalistas como GRACIA MARTÍN llegarían a asumir aunque utilicen categorías tan normativas como la de “dominio social” para fundamentar la imputación de hechos en organizaciones empresariales (el “dominio final” del hecho queda convertido por el sistema jurídico en “dominio social” cuando se actúa dentro de una empresa).

¹¹ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2007, 1/2 y ss., 55 y ss., y 4/99 y ss.

la tipicidad presenta otras ventajas político-criminales adicionales: en una rama del ordenamiento jurídico-penal en el que la percepción de que se trata de un instrumento de conducción económica da lugar a la configuración de tipos penales como infracciones administrativas o mercantiles cualificadas, la teoría de la imputación objetiva, como teoría del injusto específicamente penal, permite reducir la intervención de la pena en aquéllos supuestos en los que, utilizando una terminología tradicional, realmente resulta merecida y necesaria, excluyendo así una responsabilidad penal excesivamente formal. Dicho de forma gráfica, la teoría de la imputación objetiva nos permite “reconocer” y construir mediante un juicio retrospectivo puramente normativo los “injustos específicamente penales”. En el Derecho Penal económico más clásico (el que se nos va quedando en leyes especiales fuera del Código Penal), aquél que tiene que ver con las competencias de control del Estado en economías poco dinámicas (control de flujo de capitales, divisas o mercancías, etc.), el peso teórico se encontraba en el ámbito político-criminal y en determinar una lesividad social que justificara la intervención del Derecho Penal en lugar del Derecho Administrativo sancionador. De ahí la importancia que este tema tiene en los trabajos clásicos sobre la materia¹². El Derecho Penal económico primigenio, como una rama que protegía bienes jurídicos estatales, trabajaba básicamente con delitos de peligro abstracto en los que la lesividad social de la conducta se basaba en la reiteración, es decir, se trataba básicamente de “estructuras típicas por acumulación”. Sin embargo, en la actualidad el Derecho Penal económico es mucho más que eso y el alcance de los delitos socioeconómicos depende en gran medida de una adecuada teoría de la tipicidad¹³. Las tradicionales referencias subjetivas a la existencia de ánimos como el defraudatorio o el de perjudicar han venido escondiendo, en realidad, una referencia a criterios normativos que resultan los decisivos y que la teoría de la imputación objetiva permite explicitar evitando su aplicación de forma intuitiva y arbitraria. Sobre todo si tenemos en cuenta que, si adoptamos una perspectiva realista, los autores, más que actuar con ánimo de perjudicar a terceros o a la Administración, lo hacen con ánimo de beneficiarse, sólo que el beneficio se persigue de una forma jurídicamente intolerable o desaprobada. Ello demuestra que lo decisivo no es la voluntad del sujeto, sino la incompatibilidad de la conducta realizada con lo prescrito por la norma desde una perspectiva intersubjetiva. En este sentido, si un negocio de riesgo es legítimo o bien puede llegar a adquirir relevancia para el tipo de administración desleal o de concurso fraudulento, no depende en primera instancia de los *animi* que estén presentes en el momento de realizar el negocio, sino de consideraciones normativas mucho más complejas.

La imputación objetiva es entendida en este trabajo no como mera imputación de resultados a conductas infractoras de prohibiciones, mandatos o normas de cuidado, sino como una teoría

¹² BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal económico*, 2001, pp. 71 ss. Recientemente, participando en un resurgir de este debate clásico que tiene que ver con las funciones del Derecho Penal, BAJO FERNÁNDEZ, «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret* (3), 2008, pp. 1-10, (www.indret.com/pdf/551_es.pdf).

¹³ Sobre cómo la referencia a la “infracción grave de deberes” en el ámbito económico esconde en realidad cuestiones que deben ser tratadas desde la teoría de la imputación objetiva, SCHÜNEMANN, «Capítulo 2. Tipo objetivo. ¿"Infracción grave del deber" en la administración desleal?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 89 y ss.

global sobre la imputación de injustos penales a personas¹⁴. Esta comprensión de la imputación objetiva permite destacar cómo el primer nivel del juicio o valoración que supone todo juicio de imputación (negativa, como la que hace el Derecho Penal) toma en consideración si objetivamente la conducta realizada se corresponde con el tipo de hechos con respecto a los que la norma penal establece un deber de evitación (prohibiendo, obligando o exigiendo un especial cuidado). En este primer nivel resultan indiferentes los conocimientos, capacidades o experiencias del autor. Por poner un ejemplo muy claro, se trata de determinar si proporcionarle alcohol a un joven de 17 años que acaba sufriendo un "coma etílico" es una conducta no permitida o sólo está permitida bajo determinadas circunstancias. En el mismo sentido, la determinación como típicos de comportamientos como el favorecimiento de acreedores antes de la apertura del concurso, del "fraude de ley" en el delito de defraudación tributaria, la realización de negocios de riesgo por parte de un administrador societario o la concesión de préstamos muy arriesgados precisa un análisis ajeno a sus intenciones o conocimientos¹⁵. Si la conducta es correcta, es indiferente si se hace con "ánimo de perjudicar a otro o a la Administración". Son otro tipo de criterios, de índole normativa, los que determinan la relevancia del hecho desde la perspectiva del sistema jurídico.

4. Una decisiva cuestión previa: existen roles económicos de los que se derivan "deberes jurídicos negativos" y roles económicos de los que se derivan "deberes jurídicos positivos"

No se puede dejar de tener en cuenta que, en este ámbito, el Derecho Penal actúa sobre un orden jurídico que configura la realidad social a la que van referidas las normas penales. En este sentido los bienes jurídicos están ya configurados previamente por el Derecho y la permisión/no permisión de conductas se encuentra condicionada (si bien no absolutamente determinada mediante una accesoriedad extrema) por la regulación previa del orden primario correspondiente. Como se expondrá con detalle, unas veces habrá que partir de la existencia de deberes de organizarse sin perjudicar ilegítimamente a terceros (por ejemplo, a los acreedores) y, en otras ocasiones, no de podrá de dejar de tener en cuenta la existencia de deberes positivos de naturaleza distinta (por ejemplo, no sólo de no lesionar el patrimonio público, sino también de contribuir a las cargas públicas de acuerdo con la propia capacidad económica)¹⁶. La pretensión de explicar dogmáticamente todo el Derecho Penal económico a partir de la exclusiva existencia de deberes de no lesionar el patrimonio ajeno o funciones estatales de ordenación de la economía es, en mi opinión, una empresa condenada al fracaso. Por lo menos, tengo que reconocer que a mí no me resulta posible. Desde la perspectiva que interesa en este trabajo, muchos de los problemas teóricos que tradicionalmente se han planteado en relación a los delitos socioeconómicos tienen

¹⁴ Con mayor profundidad, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 63 y ss.

¹⁵ Por todos, paradigmático, KINDHÄUSER, NK, 266/73 y ss.; también LASKOS, *Die Strafbarkeit wegen Untreue bei der Kreditvergabe*, 2001, pp. 19 y ss. y *passim*.

¹⁶ Con mayor profundidad y ulteriores referencias, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 71 y ss.

que ver con una explicación monista del injusto de dichos delitos así como de los criterios de imputación del hecho, distinguiéndose exclusivamente entre la afectación a bienes jurídicos individuales en la línea de los delitos patrimoniales o colectivos.

Sin embargo, 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. En general, pero especialmente en el ámbito del Derecho Penal económico, se debe tener en cuenta de partida si nos encontramos ante tipos que parten de una posición jurídica de la que se derivan deberes de no lesionar o “respetar” otros ámbitos de organización o, excediendo el alcance de dichos deberes que se suelen denominar como negativos, el sustrato sobre el que se actúa es una posición jurídica de la que se deriva la obligación de actuaciones positivas en beneficio de otros ámbitos de organización (individuos, sociedades mercantiles, Administración Pública, etc.) o, al menos, deberes más estrechos de colaboración que el mero respeto a otras esferas.

Ello no se debe entender como que la infracción de dichos deberes jurídicos suponga sin más una conducta típica. No se pretende sentar como punto de partida más que la idea de que la valoración de la conducta como típica depende de cómo se encuentren previamente definidas las relaciones jurídicas. El injusto penal es, obviamente, un injusto cualificado, pero el desvalor jurídico-penal de la conducta no puede ser ajeno al contexto normativo o al tipo de relaciones jurídicas establecidas en el subsistema correspondiente. En el mismo sentido, si el orden primario permite determinados comportamientos, entendiéndolos como conformes a las normas administrativas o mercantiles, ello debe ser tenido en cuenta para determinar la atipicidad o permisión de la conducta. La teoría del tipo penal, especialmente en ámbitos muy regulados, no puede pretender “entrar como un elefante en una cacharrería”, dejando de tomar en consideración la regulación de los órdenes jurídicos primarios o la red de relaciones sociales amparadas jurídicamente. El umbral de la tipicidad o la permisión de las conductas no se puede determinar sin tener en cuenta el sustrato normativo sobre el que se está actuando, especialmente cuando existen deberes especiales.

No se debe dejar de tomar en consideración que no todo el mundo tiene un tipo de deberes u otro, no todo rol jurídico es “completamente blanco o completamente negro”. En ocasiones, de un mismo rol social se pueden derivar deberes negativos de no lesionar y, además, deberes positivos de actuar en beneficio de los intereses de un tercero. Por ejemplo, el deudor, que tiene amplias competencias de disposición de su propio patrimonio, a pesar de que éste garantice el pago de sus deudas, sólo tiene el deber de no perjudicar fraudulentamente a sus acreedores. Pero en el momento en el que se encuentra en una situación de “insolvencia inminente” surgen deberes positivos como, por ejemplo, solicitar la declaración de concurso en beneficio de sus acreedores. Si bien la infracción de dichos deberes no supone ya la comisión de un hecho típico, a efectos de valorar su conducta como insolvencia punible no se puede dejar de tomar en consideración ese cambio de “estatus jurídico” desde la perspectiva de la ley concursal. Saliéndonos del ámbito de

los delitos económicos, el funcionario tiene el deber positivo de que no desaparezcan los caudales o efectos públicos a su cargo por razón de sus funciones (art. 432 CP) al mismo tiempo que tiene el deber negativo de no abusar de su cargo para cometer algún delito de estafa o apropiación indebida (art. 438 CP).

4.1. Dos ejemplos: la posición jurídica del deudor en el delito de concurso y el delito de información privilegiada

a. La posición jurídica del deudor

Ciertos autores como NIETO MARTÍN o CABALLERO BRUN que, en contra de la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia, pretenden configurar en el delito de concurso un bien jurídico colectivo que se puede denominar como “la economía crediticia”, “el sistema económico crediticio”, “el correcto funcionamiento del sistema crediticio” o “la funcionalidad del sistema crediticio”, como aspecto del orden socioeconómico vigente o instrumento del moderno tráfico económico, no definen de forma correcta la vinculación existente entre deudores y acreedores, derivándose de dicha construcción errónea no sólo sus divergencias con la doctrina dominante sobre el fundamento del injusto del delito concursal, sino un alcance excesivamente extenso del tipo penal. En mi opinión, NIETO MARTÍN no está del todo acertado al considerar que el deudor tiene de partida unos deberes de salvaguarda patrimonial más o menos equivalentes a los deberes de fidelidad del administrador de una sociedad con los socios de la misma que le obligan a anteponer los intereses de la sociedad y de los socios a los suyos propios. En este sentido, según este autor, los administradores societarios, como consecuencia de la responsabilidad social de la empresa, tendría deberes tan intensos para los acreedores de la sociedad como los que tiene con los socios; es decir, el buen gobierno corporativo debe serlo tanto para los inversores y los trabajadores como para los acreedores de la sociedad, encontrándose todos los intereses al mismo nivel. NIETO MARTÍN configura de esta manera una vinculación jurídica de lealtad entre el deudor y los acreedores mucho más intensa que la establecida en el ordenamiento jurídico español. Por ello el delito de quiebra o el delito concursal queda caracterizado como una modalidad de delito societario con base en la idea de que “el acreedor es el más indefenso y vulnerable de todos aquellos sujetos económicos que confían a terceros la administración de sus intereses”, cuyo núcleo queda configurado como una administración o gestión mínimamente ordenada (proponiendo por ello, coherentemente, de lege ferenda la inclusión de los concursos punibles entre los delitos societarios)¹⁷. Sin embargo, el deudor no tiene que gestionar lealmente el patrimonio en beneficio de los acreedores en el sentido de anteponer los intereses de éstos a los suyos propios (como reconoce el propio NIETO MARTÍN¹⁸), sino simplemente tiene vetadas

¹⁷ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 189. En realidad, da la impresión, aunque este autor no lo diga expresamente, que la idea que subyace a la propuesta de este autor es extender la idea de “buen gobierno corporativo”, de tal manera que no sólo sea un instrumento económico para proteger a accionistas e inversores, especialmente en los supuestos de sociedades cotizadas, sino también a acreedores. Sobre el denominado movimiento de “gobierno corporativo” y su relevancia para el Derecho Penal, vid. infra nota 90, con amplias referencias a los trabajos de este autor sobre la materia.

¹⁸ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, pp. 28-29.

determinadas posibilidades de eludir las responsabilidades que se derivan de sus obligaciones con los mismos. Formulado de otra manera, el deudor no tiene deberes positivos con respecto a sus acreedores, sino simplemente deberes negativos de no lesionar fraudulentamente las legítimas expectativas de los acreedores con respecto a los patrimonios que en última instancia garantizan el cobro de las deudas¹⁹. Ciertos deberes positivos de protección del patrimonio del deudor contemplados en la legislación concursal surgen exclusivamente a partir del momento de la existencia de una situación de “insolvencia inminente”. Estas diferencias que se han resaltado con respecto a la posición de NIETO MARTÍN tienen, como he dicho, consecuencias a la hora de diseñar dogmáticamente el alcance del tipo del delito de concurso: los autores que entienden que el art. 260 CP tipifica, en beneficio del buen funcionamiento del sistema crediticio, deberes de fidelidad con los acreedores en la gestión del propio patrimonio otorgan un ámbito de relevancia jurídico-penal al concurso punible excesivamente amplio. Ello es debido a que del planteamiento de partida de que el deudor tiene deberes positivos al estilo del administrador de un patrimonio ajeno se deriva la idea errónea de que la gestión no ordenada de acuerdo con parámetros de razonabilidad objetiva es el fundamento de la no permisión de las conductas en estos supuestos²⁰.

Sin embargo, si bien la gestión o administración no ordenada o la falta grave de un orden regular y prudente correspondiente a una buena administración mercantil es un presupuesto del delito concursal, no se puede asumir que, en sentido contrario, toda gestión irregular o incorrecta implique un fraude a los acreedores (lo que un sector de la doctrina alemana denomina “accesoriedad asimétrica”). Esto es evidente en los supuestos de irregularidades contables o de información. El art. 260 CP no tipifica la infracción de deberes de gestión, sino conductas fraudulentas; el eje del injusto no es una conducta de gestión defectuosa sino una conducta fraudulenta. Si bien es cierto que los casos de gestión o administración ordenada, regular o prudente en el sector del tráfico correspondiente, como contrarios a la idea de gestión fraudulenta, son impunes con independencia de las intenciones o el ánimo del deudor, no se debe olvidar que el delito concursal no castiga una gestión incorrecta o desleal del patrimonio que debe responder de las deudas, sino eludir el pago de la deuda mediante fraude. El art. 260 CP es materialmente un delito de “bancarrotas fraudulenta” que no estabiliza deberes positivos de “fiel u ordenado empresario o gestor patrimonial” en la línea de los tipos penales de mera infidelidad en relación a la gestión del patrimonio, que obligan a anteponer los intereses ajenos a los propios. Los deberes del deudor con sus acreedores son cualitativamente distintos a los deberes del administrador con los socios.

¹⁹ En el mismo sentido del texto, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, pp. 188-189: “El deudor tiene la facultad de organizar (administrar) libremente su patrimonio, pues éste se mueve dentro de su esfera de organización. En cuanto dicha esfera de organización crea un riesgo no permitido para el derecho al crédito que tienen los acreedores, puede hacerse responsable penalmente por ello [...]. En estos casos, la responsabilidad penal tiene claramente como criterio de imputación la creación de un riesgo para los acreedores mediante la administración global del patrimonio (organización de la propia esfera patrimonial)”.

²⁰ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, pp. 98 y ss. Siguiendo a NIETO MARTÍN, cfr. CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, pp. 367 y ss., considerando que el comportamiento típico del art. 260.1 CP debe ser definido como “la causación o agravación de la insolvencia (también crisis económica) a través de actos inequívocamente contrarios a la racionalidad y condiciones normales con que funciona el mercado” (pp. 371-372).

b. El delito de información privilegiada

Un vistazo preliminar al art. 285 CP nos hace concebirlo como una mera “infracción administrativa cualificada” por dar lugar a un perjuicio o -más bien- a un beneficio superior a 600.000 euros²¹. Dejando en estos momentos de lado que en la realidad es una infracción que carece de relevancia práctica²² y que, hasta el momento, sólo ha dado lugar a una condena por conciliación en un Juzgado de lo Penal de Madrid en el año 2003 (Thomas Schmidheiny, en un claro supuesto de uso de información privilegiada, compró acciones de Asturiana del Zinc antes de una OPA), en un país donde el uso de información privilegiada en el mercado de valores ha venido siendo una práctica común²³, la referencia a que es un delito que estabiliza deberes de sujetos especialmente obligados puede otorgarle a este tipo penal unos contornos razonables, con el objetivo de que deje de merecerse el calificativo de “extravagante” que le ha otorgado un sector doctrinal.

Este delito no protege bienes jurídicos individuales²⁴. Dejando de lado que es prácticamente imposible probar la causación de un perjuicio económico como consecuencia de un uso de información privilegiada, es un error conceptual entender este delito como un delito patrimonial o como un delito contra bienes jurídicos individuales²⁵. En la misma línea otras legitimaciones adicionales todavía relacionadas con bienes jurídicos individuales o con la protección del patrimonio se muestran igualmente inadecuadas para entender adecuadamente esta figura delictiva: Ni a) se trata de lesiones a las sociedades emisoras de valores (en la línea en la que se concibe en el ordenamiento estadounidense como violación de deberes de fidelidad o de confidencialidad directamente frente a la sociedad emisora e indirectamente por extensión frente a los inversores) que no siempre concurren y que son más bien “reflejos de protección” que no tiene que ver con el *telos* que justifica la existencia de la norma, ni b) tampoco la lesividad social de esta conducta tiene que ver en primera instancia con la igualdad en el acceso a la información

²¹ Curiosamente, se trata de criterios cuantitativos irrelevantes en el sistema de sanciones de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV) que hace uso de otros como, por ejemplo, “el volumen de los recursos o de los valores o de los instrumentos financieros utilizados en la comisión de la infracción” (letra o) del art. 99 LMV).

²² Al igual que en otros países como Suiza, a pesar de que el art. 161 del Código Penal de ese país entró en vigor el 1 de julio de 1988, lo cual ha provocado que se haya nombrado una comisión de expertos para la reforma de los delitos bursátiles que ha llevado a cabo propuestas concretas a finales del año pasado. Cfr. HÜRLIMANN, *Der Insiderstrafatbestand. Rechtsvergleichende Studie der schweizerischen und der US-amerikanischen Regelung unter Berücksichtigung der EU-Richtlinien und der aktuellen Entwicklungen im Finanzmarkt*, 2005, pp. 39-40; y KOENIG, *Das Verbot von Insiderhandel. Eine rechtsvergleichende Analyse des schweizerischen Rechts und der Regelungen der USA und der EU*, 2006, pp. 254 y ss.

²³ Cfr. HERNÁNDEZ SAINZ, *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, 2007, pp. 80 y ss. En Alemania la situación ha mejorado en los últimos años, pero aún así se calcula que de los aproximadamente 5.000 supuestos de información privilegiada que se pueden dar aproximadamente al año en ese país, las autoridades no llegan a conocer más del 5%. Cfr. HIENZSCH, *Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit. Eine empirische Studie*, 2006, pp. 143 y ss.

²⁴ Doctrina dominante en España. Vid., por todos, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal económico*, 2001, p. 524; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., 2005, pp. 294-295, ambos con ulteriores referencias.

²⁵ Esta tesis es sostenida, por ejemplo, recientemente, de forma detallada en la monografía de ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht-Europäisierung und Legitimation*, 2005, pp. 179 y ss., y p. 206, con un interesante resumen de las posiciones respecto al bien jurídico protegido en el delito de información privilegiada en las pp. 111 y ss.

o con la igualdad de oportunidades²⁶, en la medida en la que dicha igualdad no se encuentra jurídicamente garantizada y no existe un derecho universal a participar en condiciones de igualdad. Entrando ya en el ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales, tampoco el objeto de protección queda legitimado con la confianza en el correcto funcionamiento de los mercados organizados, oficiales o reconocidos o en la integridad de los comportamientos en dichos mercados, que es algo que debe ser competencia del Derecho Administrativo sancionador y que nos haría caer en la trampa de las indeseables “estructuras típicas por acumulación”²⁷. La referencia a la confianza no implica más que la existencia de una adecuación entre lo que prescriben las normas y la realidad social. Se trata, por tanto, de un efecto general del adecuado funcionamiento del sistema jurídico en su conjunto y del penal en particular, pero no lo que cada figura delictiva tutela en concreto. La confianza en los delitos económicos es una consecuencia de que la realidad económica se corresponde con lo prescrito por la norma. Si bien es cierto que la confianza en las normas tiene importancia es un mercado despersonalizado de contactos anónimos en los que la confianza personal ya no sirve de orientación personal en el contacto con los otros, ello tiene que ver con funciones generales del sistema jurídico-penal (o jurídico en general), que cobran especial relevancia en una sociedad cada vez más compleja, pero no con la finalidad de figuras delictivas específicas. El deterioro de la confianza depende más que de las infracciones de cómo reaccione el sistema jurídico frente a éstas. Lo que se protege, en definitiva, es un bien jurídico supraindividual creado por el ordenamiento primario que se puede definir más o menos como la “transparencia como condición o presupuesto del correcto funcionamiento del mercado de valores”. Lo que se pretende garantizar es una “regla de juego” básica para el correcto funcionamiento de los mercados organizados, oficiales o reconocidos: que los que tienen un deber de suministrar información relevante para la cotización de valores no la utilicen o suministren de forma selectiva infringiendo dichos deberes²⁸. Es decir, al tradicional deber de

²⁶ Sobre esta tesis en profundidad, cfr. FÜRHOFF, *Kapitalmarktrechtliche Ad hoc-Publizität zur Vermeidung von Insiderkriminalität: die Notwendigkeit einer kapitalmarktrechtlich orientierten Ad hoc-Publizitätsnorm zur Legitimation eines strafrechtlichen Insiderhandelsverbotes*, 2000, pp. 80 y 97; asimismo, cfr. SOESTER, *Die Insiderhandelsverbote des Wertpapierhandelsgesetzes-Wirtschaftsstrafrecht europäischen Ursprungs*, 2002, pp. 57 y ss.

²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 815 y ss.; cfr. también FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en VV.AA. *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*, 2006, pp. 157 y ss.

²⁸ La mejor monografía en lengua española sobre esta materia desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, de PRIETO DEL PINO, denomina el bien jurídico protegido en este delito como “justicia informativa de las cotizaciones” entendida como presupuesto de la libre concurrencia de los inversores en el mercado de valores. Según esta autora “cuando las cotizaciones se formen por la concurrencia de una oferta y una demanda integradas por decisiones basadas en datos puestos a disposición del público, estaremos ante cotizaciones informativamente justas. En tales casos se habrá respetado un presupuesto informativo básico de la libre competencia de los inversionistas” (PRIETO DEL PINO, *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 220). En realidad lo que quiere dejar claro esta autora es que no se trata de que todos los inversores tengan la mejor información y concurren en igualdad de oportunidades, sino de que tengan a su disposición la información que deben tener (a la que tienen derecho y hay obligación de proporcionarle según el sistema jurídico) como parte de las “reglas del juego”. La expresión “justicia informativa de las cotizaciones” no me parece personalmente la más adecuada, aunque coincida en gran medida con lo expuesto en el texto, ya que no parece que se trate de ámbitos donde se pueda hablar de justicia, además de que sea ficticio hablar de que el injusto consiste en una injusticia informativa; más bien se trata de un supuesto en el que alguien se aprovecha de un “monopolio u oligopolio informativo”. También crítica con la tesis de la “lesión a la justicia informativa” sostenida por DEL PINO, cfr. HERNÁNDEZ SAINZ, *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, 2007, pp. 266 y ss.: “[...] la justicia de las cotizaciones depende de la información divulgada y no de la existencia de

informar a los accionistas (art. 290 CP) se le añade un deber de informar impuesto a las sociedades emisoras o que cotizan de tal manera que en las sociedades cotizadas los deberes de información exceden ampliamente la esfera interna para convertirse en deberes públicos básicos para el funcionamiento del sistema económico y la asignación eficiente de recursos²⁹.

Si lo que se ha dicho hasta aquí es más o menos correcto, una consecuencia lógica es que sólo podrán ser autores de este delito aquellos que tengan –directamente o por delegación o asunción– un deber especial de colaboración con respecto a la transparencia de los mercados de valores negociables, lo cual implica una restricción de los sujetos que a raíz de su actividad profesional o empresarial pueden realizar la conducta típica. El tipo penal no tiene como destinatario todo sujeto que realice actividades profesionales o empresariales (cantante de pop de gran éxito que decide cambiar de discográfica) sino sólo va referido a sujetos que detentan (o pretenden detentar mediante una OPA, por ejemplo) una posición especial dentro del emisor de valores o en relación al emisor de valores (servicios de inversión, entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva, etc.) que implica el acceso a la información privilegiada (aunque sea temporal, puntual o parcial)³⁰. No se debe olvidar que si utilizamos la expresión de origen galo “información

operaciones de iniciados. Las cotizaciones serán tanto más justas, cuanto más información y con mayor rapidez incorporen los precios. Para ello es vital la existencia de obligaciones de información continua que se apliquen con rigor y cuyo cumplimiento sea controlado exhaustivamente por la CNMV”).

La referencia a la transparencia permite tener en cuenta que el Derecho del mercado de valores ha tomado determinadas decisiones que deben ser tenidas en cuenta por el Derecho Penal. En este sentido, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) no tiene como competencia velar por la “justicia de las informaciones”, sino por la transparencia de los mercados de valores (art. 13 Ley del Mercado de Valores). La preocupación con respecto a los mercados de valores es garantizar la transparencia para una asignación eficiente de recursos, no la justicia de las cotizaciones. Sobre “la plena transparencia como requisito imprescindible para la eficiencia de los mercados de valores”, cfr. HERNÁNDEZ SAINZ, *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, 2007, pp. 56 y ss., p. 75 con ulteriores referencias: “[...] la transparencia es un objetivo primario de la regulación del mercado de valores. El derecho del Mercado de valores está animado por una vocación de difusión de información, que persigue rebajar las asimetrías informativas en el acceso a la información, inherentes a la contratación en este contexto mercantil”. Como señala esta autora con respecto al orden primario, “la prohibición del uso de información privilegiada aparece estrechamente ligada a los deberes de transparencia y en concreto a la obligación de información continua del art. 82 LMV”. Tiene también razón esta autora al señalar que es imposible la transparencia plena, pero en el texto lo que se pretende es explicar normativamente el delito de información privilegiada a partir de la existencia de deberes (positivos) de cara a la transparencia del mercado. Sin ese sustrato creo que no se percibe adecuadamente el fundamento del injusto penal del delito de información privilegiada. Otra cosa es el sistema sancionador administrativo del que se ocupa esta autora.

²⁹ Arts. 82 (consideración de información relevante, obligados a difundirla y publicidad) y 83 bis (obligaciones de los emisores de valores) LMV y art. 6 del correspondiente Reglamento de desarrollo (RD 1333/2005, de 11 de noviembre).

³⁰ Arts. 80 LMV y 7 del correspondiente Reglamento de desarrollo (RD 1333/2005, de 11 de noviembre). Los registros regulados en los arts. 83 y 83 bis LMV sirven como indicio de quién puede ser considerado autor en este delito. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 31 CP, aunque alguien no detente originalmente esos deberes hacia el organismo regulador, si actúa en nombre o representación legal o voluntaria de otro, “responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad en cuyo nombre o representación obra”. De acuerdo con esta disposición, si la sociedad que cotiza en bolsa, encarga a una entidad financiera que le gestione una operación que implica el conocimiento de información privilegiada, los deberes de la sociedad que cotiza alcanzan a la entidad financiera en su conjunto y, por consiguiente, a los empleados de la misma que participen de alguna manera en la operación. En definitiva, a pesar de la tesis restrictiva con respecto al fundamento del injusto del delito de información privilegiada que se

privilegiada”, que es la que se ha extendido en los ordenamientos europeos continentales, ello tiene que ver no con la naturaleza de la información, sino con que el hecho de que el que dispone de ella es un “privilegiado”. El delito (a diferencia de la infracción administrativa) no tiene que ver con el abuso de una situación fáctica de privilegio o de superioridad con respecto al conjunto de los inversores, sino con la infracción de deberes esenciales por parte de determinados “privilegiados”. La transparencia del mercado exige que alrededor de la información relevante para el mercado y no pública se generen dos tipos de deberes: el deber especial de divulgación a cargo de los emisores y el deber general de abstenerse de negociar por parte de cualquiera que la posea. En este sentido el acceso privilegiado a una información relevante hace surgir dos tipos de deberes complementarios: 1) ponerla a disposición del público por las vías reguladas en la LMV y, mientras esto no suceda, 2) abstenerse de su uso e, incluso, prevenir su uso por parte de terceras personas. El art. 285 CP sólo se ocupa –parcialmente- del segundo grupo de obligaciones, dejando la violación del primer grupo al Derecho Administrativo sancionador.

A partir de este criterio rector relativo al fundamento del injusto penal en el delito de información privilegiada del art. 285 CP, se pueden resolver cuestiones que han sido abundantemente discutidas, pero que muchas veces se han venido afrontando de forma puramente casuística sin una teoría general. Por ejemplo, con respecto a las características de los sujetos activos, cae por su propio peso la atipicidad del uso de información por parte de iniciados secundarios o personas que tienen acceso casuísticamente a la información en el marco de sus actividades profesionales (prostitutas, taxistas, camareros, empleados de campos de golf, empleadas de hogar, peluqueros, etc. que oyen una conversación que mantiene un cliente con el móvil, psiquiatras o confesores a los que un gestor cuenta su vida). Se trata de conductas antijurídicas, pero que son meros ilícitos administrativos, debido a que las funciones del Derecho del mercado de valores no son coincidentes con las funciones del Derecho Penal. En el mismo sentido sólo tiene relevancia para el tipo aquella información que se ha generado en el seno de los emisores de valores o en relación a su futuro o sus operaciones futuras (*corporate informations*) y es obligado que los emisores de valores suministren en algún momento al organismo regulador (v. gr. a la CNMV, según lo establecido en el art. 82 LMV). El objeto del delito tiene que ver con aquella información relevante para la cotización del mercado de valores con respecto a la que existe o va a existir de forma inminente el deber de hacer pública cuanto antes. Por ejemplo, deben quedar fuera del alcance del tipo los supuestos de *scalping* (el “gurú” de la bolsa que sabe que sus recomendaciones semanales en un programa de televisión tienen una influencia sistemática en las cotizaciones, compra acciones de aquellas que va a recomendar antes de cada intervención televisiva³¹) o de

sostiene en el texto, no se debe dejar de tener en cuenta que los deberes originales o aspectos concretos de dichos deberes originales como la prohibición de uso o comunicación de la información se pueden ir delegando y asumiendo.

³¹ Básicos en el sentido del texto, DEGOUTRIE, *Scalping*, 2007, pp. 187-188 y *passim*, exponiendo las posiciones de la doctrina alemana al respecto en la p. 8. Vid., además, en el mismo sentido, PETERSEN, «Die Strafbarkeit des “Scalping”», *Wistra*, 1999, pp. 328 y ss.; SCHRÖDER, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, 2007, p. 60 (nm. 144 y s.); SCHRÖDER, «Straf- und Bußgeldtatbestände im BörsG und WpHG», en ACHENBACH/RANSIEK, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., 2008, pp. 848-849 (X2/130 y ss.); WEBER, «Scalping-Erfindung und Folgen eines Insiderdelikts», *NJW*, 2000, pp. 562 y ss. El TS alemán (BGHSt 48, pp. 373 y ss., BGH, *NJW*, 2004, pp. 302 y ss.), a diferencia de otras resoluciones de órganos inferiores, negó en el año 2004 que los supuestos de *scalping* en los

abogados que van a interponer una querrela contra una empresa que cotiza en bolsa por la comisión de un delito de gran relevancia (o cualquier otra actuación procesal de relevancia similar) y que venden las acciones que poseen de la querrelada antes de interponerla. Con esta referencia material quedan también claramente fuera del alcance del tipo informaciones que un sector dominante de la doctrina penal suele considerar irrelevantes como información privilegiada pero sin otorgarle a dicha conclusión una clara fundamentación material como, por ejemplo, las que afectan en general al mercado de valores como las subidas de tipos de interés, crisis económicas o políticas, etc. (las denominadas *market informations*)³² o la información de que se va a cometer un grave hecho delictivo como un atentado terrorista o una grave actuación de un hacker contra una o varias empresas (*criminal insiders*). La teoría que aquí se propone se merece tal nombre porque, en definitiva, permite ordenar la abundante casuística.

4.2. ¿Los delitos económicos como delitos de infracción de deber?

El debate doctrinal alrededor de una concepción dualista del tipo relacionada con la naturaleza de los deberes que tienen que ver con el fundamento del injusto ha alcanzado una especial intensidad en el ámbito del Derecho Penal económico. En la elaboración normativa del injusto penal que ha emprendido recientemente la doctrina jurídico-penal tiene sin duda una especial repercusión la teoría de “los delitos de infracción de deber” que tiene su origen en la primera edición de *Täterschaft und Tatherrschaft* de ROXIN publicada en el año 1963³³. Desde la perspectiva expuesta hasta aquí, es evidente que no se trata de un mero problema de autoría y participación, sino que tiene que ver con el fundamento último del injusto penal y las razones por las que se imputa el hecho típico a un sujeto. La simple idea de que hay delitos en los que la autoría no se puede construir a partir de la idea de “dominio psicofísico de los procesos causales” resulta, en

que alguien compra o vende títulos sabiendo que los va a valorar o recomendar sean supuestos de *insider trading*. Sobre esta sentencia, vid. por todos las recensiones de KÜDLICH, JR, 2004, pp. 191 ss.; PANANIS, *NStZ*, 2004, p. 285; SCHMITZ, JZ, 2004, pp. 526 y ss.; VOGEL, *NStZ*, 2004, pp. 252 y ss.

³² Sobre el debate doctrinal alrededor de esos supuestos, crítica con la doctrina jurídico-penal al respecto, HERNÁNDEZ SAINZ, *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, 2007, pp. 416 y ss. Las críticas de esta autora se derivan de que no establece de partida las necesarias diferencias materiales entre el injusto administrativo y el penal.

³³ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000, nm. 34 (pp. 352 y ss.). Amplias referencias al impacto de esta teoría en FEIJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Revista Jurídica La Ley* (2), 1997, pp. 1690-1691, nota 44. Sobre esta teoría, en profundidad, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 129 y ss.; y FIGUEROA ORTEGA, *Delitos de infracción de deber*, 2008, pp. 27 y ss., ambos con una extensa exposición del planteamiento de la cuestión por parte de ROXIN. Representativos recientemente en relación al papel de los delitos de infracción de un deber en el ámbito del Derecho Penal económico, cfr. BACIGALUPO SAGESSE, «Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal», *RDPC*, 2000, pp. 359 y ss., especialmente con relación al delito fiscal y a la administración desleal del art. 295; BACIGALUPO SAGESSE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, 2007, p. 14 y *passim* (p. 120: “Cuando el tipo de la parte especial está estructurado sobre la base de un deber extra penal, la infracción del deber es un elemento esencial de la autoría determinado en la parte especial”); GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos de infracción de un deber*, 2006, p. 17 (“la discusión iniciada por ROXIN con su aporte para explicar ciertos preceptos penales que excluían la aplicación de la teoría del dominio del hecho, y su intento de solución a través de la figura de los delitos de infracción de un deber y el desarrollo posterior de JAKOBS, y algunos de sus discípulos hispanohablantes como SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, propiciaron un marco interesante para el desarrollo de nuevas propuestas en el orden del derecho penal de la empresa”) y *passim*.

mi opinión, meramente fenomenológica y “corta de miras”. La teorización de estos supuestos debe exceder el ámbito de la autoría y la participación porque se trata de una cuestión previa: antes de delimitar los diversos niveles de responsabilidad con respecto a un hecho descrito en una ley penal ha de afrontarse cuál es el fundamento de dicha responsabilidad³⁴. En realidad, la cuestión de fondo es que existen dos modelos para construir un injusto penal e imputar el hecho descrito en la norma: bien a partir de la propia libertad organizativa o bien a partir de la existencia de posiciones jurídicas que obligan a organizarse de forma solidaria con otros ámbitos de organización, derivándose de esa dualidad ciertas características en materia de codelinuencia. No se debería poner el carro por delante de los bueyes. Más bien de lo que se trata en el fondo, es que si existen dos categorías distintas de injusto penal, lo lógico es que los criterios normativos para definir quién es la figura central del suceso presenten características diferentes. Todos los delitos son objetivamente (evidentemente, en Derecho Penal adicionalmente todo delito supone la infracción de un deber que se deriva de la norma de conducta –de prohibición, mandato o de cuidado–, pero esa no es la cuestión que se trata aquí) delitos de infracción de deber: bien de no lesionar o bien de otro tipo de deberes distintos al mero no lesionar. Lo que sucede es que los primeros son tan obvios que no habían sido tematizados teóricamente hasta tiempos recientes, especialmente a partir de la división del sistema establecido por JAKOBS entre delitos de organización y delitos de incumbencia en virtud de una institución³⁵. Lo que se suelen denominar delitos de infracción de deber son delitos que tienen que ver con relaciones jurídicas que exceden el mero deber de no inmiscuirse (ilegítimamente) en asuntos o ámbitos ajenos. No se comparte, pues, la idea originaria de los delitos de infracción de deber como delitos en los que la autoría requiere la infracción de un deber extrapenal entendido como un deber previo a la norma penal y procedente de otras ramas del sistema jurídico. Son, por el contrario, criterios normativos estrictamente jurídico-penales (vinculados, por tan tanto, a la función social del Derecho Penal) los decisivos, con independencia del fundamento de injusto penal de que estemos hablando. En este sentido la doctrina en lengua española ha intentado en los últimos tiempos superar la “doctrina originaria de los delitos de infracción de deber” de ROXIN³⁶ enriqueciendo materialmente delitos como el delito de defraudación tributaria –que se

³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, p. 96: “[...] podrá otorgarse a los delitos de infracción de deber el significado que se quiera (a partir de la concepción del Derecho penal que cada uno sustente), podrá dársele la amplitud que se considere conveniente, podrá, en fin, descartarse cualquier categoría intermedia entre los delitos de dominio y los de infracción de deber, pero la primera operación intelectual que debe ser efectuada al respecto es determinar si el injusto del delito de que se trate se basa exclusivamente en la infracción del deber o no”.

³⁵ En sentido crítico con la idea jakobsiana de incumbencia institucional, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 77 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 183; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 2009, p. 255; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en VV.AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, 2008, p. 1445. A pesar de no estar de acuerdo con la visión que tiene JAKOBS del fundamento de los delitos ajenos a la libertad organizativa, la riqueza del debate actual, que condiciona en gran medida el alcance típico de diversos delitos económicos, sólo está siendo posible a partir de la enorme aportación de su teoría de la imputación jurídico-penal.

³⁶ Correctamente GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, pp. 435 y ss. y *passim*; GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos de infracción de un deber*, 2006, p. 32: “[...] ha habido un tránsito de la estructura de los delitos de infracción de un deber limitados en su origen a la mera explicación de conductas típicas no

encuentra en el centro del debate³⁷- o los delitos societarios para que no sean interpretados como una mera bolsa de deberes extrapenales (o, dicho de forma más exacta, donde se recogen como sancionables una serie de deberes extrapenales) o como un tipo penal en blanco que exclusivamente protege o garantiza con pena deberes extrapenales. En este sentido tienen razón ciertas críticas a esta categoría relacionadas con la insuficiencia explicativa del criterio de la infracción del deber extrapenal desde la perspectiva de la imputación jurídico-penal³⁸. La “relación de sentido” entre la infracción de deberes extrapenales y la “infracción de un deber especial de solidaridad garantizado jurídico-penalmente” sólo puede ser establecida de acuerdo con específicos criterios jurídico-penales derivados de la función social del Derecho Penal. Precisamente una teoría normativa del tipo debería tener como tarea desentrañar los criterios para dicha “relación de sentido”. No se trata, por tanto, de afirmar simplemente que existen tipos penales que protegen deberes extrapenales³⁹, sino de partir de la constatación de que existen en nuestro Derecho positivo tipos penales que protegen bienes jurídicos –individuales o supraindividuales- mediante la legítima estrategia de garantizar el cumplimiento de deberes especiales que tienen su origen en el desempeño de determinados roles jurídico-económicos (consejero ejecutivo de una sociedad que cotiza en bolsa, sujeto pasivo del impuesto de la renta obligado a pagar, etc.). No se trata de asumir como “curioso” punto de partida que el Derecho positivo protege deberes extra-penales con penas, sino de constatar como, en ocasiones, las normas penales establecen un castigo con base en una imputación de hechos socialmente lesivos fundamentada en criterios normativos ajenos al elemental principio de convivencia “no causes perjuicios a terceros”.

Indagando en esta línea de un enriquecimiento material de los delitos de infracción de deber, SILVA SÁNCHEZ⁴⁰ se refiere a delitos en los que considera que concurren tanto la dimensión de organización como la dimensión de infracción de deber como “delitos de infracción de un deber que incorporan elementos de dominio” o “delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio”. Concretando en el delito fiscal, este autor entiende que esta figura delictiva no es “un delito que se configure sólo por la conjunción de la infracción de deberes tributarios formales y la producción de un perjuicio para la Hacienda pública (eso no permitiría

abarcadas por la teoría del dominio del hecho hasta los más modernos intentos de demostrar su capacidad de rendimiento para la fundamentación material de ciertas conductas típicas”.

³⁷ Paradigmático sobre el debate de fondo, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte Especial, Tomo II*, 2007, pp. 605 y ss.

³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 79.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, pp. 45 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 137.

³⁹ Representativa BACIGALUPO SAGESSE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, 2007, p. 103, manteniendo una posición roxiniana, distinta a la sostenida por JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: “[...] no parece que sea posible, por otra parte, negar que la infracción del deber del funcionario o del administrador forma parte del bien jurídico de estos delitos y que no es fácil separar conceptualmente el deber del bien jurídico [...]. El bien jurídico de los delitos de funcionario no se agota en la protección de objetos materiales, sino en el cumplimiento del deber mismo [...]. Las mismas consideraciones se podrían hacer respecto del delito de administración desleal”.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 71 y 76; y SILVA SÁNCHEZ, «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora», en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, pp. 909 y ss.

distinguir el desvalor de acción del delito y de la infracción administrativa tributaria). Pero el delito fiscal tampoco es un delito de mera organización, en el que la provocación de la producción de un resultado de perjuicio para la Hacienda pública constituya por sí misma el tipo. El tipo delictivo se constituye, por tanto, por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes tributarios y la producción de perjuicio. En ese sentido sería uno de los delitos especiales en los que, a la organización, se le suma efectivamente la infracción de un deber institucional, comprendiendo, por tanto, ambas dimensiones". En sentido similar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ha propuesto (también en relación al delito fiscal) una categoría de "delitos especiales propios de naturaleza mixta" con un componente de infracción de un deber y un componente de dominio⁴¹. Este enriquecimiento material de los delitos de infracción de deber permite resolver adecuadamente una serie de problemas concretos. Especialmente la legitimidad del castigo de la participación (los *extranei* no pueden infringir el deber pero colaboran en la dimensión organizativa) y la posibilidad de que ciertos administradores de hecho (por ejemplo, principal responsable de la asesoría fiscal integrado en plantilla de una empresa) puedan responder como autores de este delito y no sólo los que como administradores de Derecho tengan una representación formal⁴².

En mi opinión, una concepción material y no puramente formal de los delitos configurados a partir de deberes positivos que exceden el mero "organizate como quieras, pero sin lesionar" permite un adecuado tratamiento de todas estas cuestiones⁴³. Sin embargo, no puedo compartir la

⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., 2007, pp. 311 y 531; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 73 y ss.

⁴² Si bien la punición del partícipe *extraneus* en los delitos de infracción de un deber es algo asumido en general por la doctrina en lengua española (salvo autores como GARCÍA CAVERO, ROBLES PLANAS o SILVA SÁNCHEZ que consideran esta posición dogmáticamente inconsecuente), que también, mayoritariamente, defiende algún tipo de atenuación, existen grandes reticencias a aceptar la segunda consecuencia para los delitos configurados como de infracción de deber: GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, pp. 170 y ss. (teoría general), pp. 193 y ss. (defraudación tributaria), p. 204 y s. (delito contable); GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, pp. 436 y ss., pp. 769 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., 2007, pp. 313 y 530-531: "[...] el administrador de hecho sólo podrá ser sujeto activo idóneo si se le ha trasladado el deber institucional, algo que será excepcional: ello sucedería en los supuestos de administrador con nombramiento defectuoso, y también podría sostenerse en la hipótesis de un administrador fáctico que cuente con el consentimiento de los socios y siempre que no exista un administrador formalmente nombrado"; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 77, 80 y 96: "[...] si el delito consiste exclusivamente en la infracción de un deber, el art. 31 no permite considerar como autor al administrador de hecho como regla general, aunque posea el dominio social típico, salvo en los casos (muy excepcionales) en que quepa entender que se le ha trasladado el deber"; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, 2000, pp. 118 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 67, quien considera, a partir de una concepción excesivamente formal de los delitos especiales de infracción de un deber, que «sólo los administradores de derecho podrán recibir de modo general la transferencia de responsabilidad de la persona jurídica *intraneus*. Pues, en efecto, sólo aquellos tienen con dicha persona jurídica el vínculo jurídico que fundamenta tal transferencia. Por lo que hace, en cambio, a los administradores de hecho, no puede efectuarse la referida generalización»; SILVA SÁNCHEZ, «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora», en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, p. 908.

⁴³ Muy claro MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 101-102. Como señala mi apreciado

vía elegida por estos dos grandes especialistas en delitos económicos. Como ya he señalado en trabajos previos, no me parece dogmáticamente adecuado construir categorías mixtas que se fundamenten parcialmente en la libertad organizativa y parcialmente en otras razones⁴⁴. Como ya he dicho más arriba, un sujeto puede detentar al mismo tiempo “deberes negativos” y “deberes positivos”, pero no existe un deber híbrido que sea al mismo tiempo negativo (basado en la libertad organizativa) y positivo (basado en la solidaridad). O una cosa o la otra, *tertium non datur*. Desde mi perspectiva, la necesidad que obliga a construir estos híbridos dogmáticos se deriva de una comprensión excesivamente formal de los delitos que no se pueden explicar a partir de la idea de dominio del hecho o, formulado en términos más exactos, de la libertad de organización personal. Si se conciben estos delitos como infracciones en las que, a diferencia de lo que sucede con los deberes generales de solidaridad, la organización o gestión insolidaria con otro ámbito de organización (otra persona o la Administración) es tratada normativamente como arrogación de un ámbito de organización ajeno debido a la posición jurídica especial que ocupa el autor, la necesidad de una categoría mixta se diluye. Todos los delitos son en el fondo delitos relacionados con una libertad organizativa lesiva para terceros, sólo que en ocasiones uno sólo desatiende deberes generales de no crear riesgos, mientras en otras desatiende deberes de organizarse de forma solidaria con otros ámbitos de organización (por ejemplo, los que más se benefician económicamente en esta sociedad son los que más tienen que contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, por ello a los grandes defraudadores fiscales los tildamos de insolidarios). Los delitos en los que la competencia se basa en una posición jurídica de la que se deriva una solidaridad especial o cualificada (distinta a los deberes generales de solidaridad) tienen, pues, tanto contenido material como los delitos que se fundamentan en la libertad organizativa y en los que tradicionalmente se ha basado la autoría en la idea de dominio. Los deberes cualificados de solidaridad también se pueden, por tanto, delegar –entre individuos (padre que encarga el cuidado de sus hijos a otra persona) o dentro de una organización empresarial (encargado de prevención de riesgos laborales)- o asumir fácticamente⁴⁵.

colega, a pesar de las divergencias en la fundamentación dogmática, él y yo “llegamos a conclusiones muy parecidas a la hora de determinar la responsabilidad en el marco de estructuras empresariales y exactamente a la misma conclusión a la hora de poder llegar a considerar como verdadero administrador de hecho, a efectos del art. 31 CP, al asesor fiscal que (pese a carecer de la posición especial de obligado tributario) ostenta el dominio social en la empresa, por haber realizado un verdadero acto de asunción fáctica que le sitúa en una posición de competencia específica efectiva, no sujeta al control de terceras personas, sobre la vulnerabilidad del bien jurídico concretamente protegido en la norma del art. 305”.

⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, con especial referencia a las organizaciones empresariales», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 113 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 79 y ss.

⁴⁵ Llega intuitivamente conclusiones similares, pero en mi opinión, con una fundamentación dogmática insatisfactoria, CHOCLÁN MONTALVO, «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 299, partiendo, a diferencia del texto, de un concepto muy formal, en la línea de ROXIN, de delito de infracción de deber: “[...] cuando se trata del cumplimiento de un deber extrapenal, hay asunción fáctica cuando se encuentra en el ámbito de dominio del sujeto la decisión relativa al cumplimiento del deber, y todo ello al margen de que formalmente ese sujeto tenga entre sus atribuciones la realización de la tarea en que consista el deber. Hay que tener en cuenta que la aceptación de este criterio material supone una importante revisión de la dogmática de los delitos especiales, tradicionalmente considerados delitos de infracción de deber. Por el contrario, el delito especial puede presentarse como delito que explica también la autoría con arreglo a criterios

No puedo dejar de señalar que la fundamentación material del injusto penal que se ha ofertado hasta aquí no permite, sin embargo, sortear ciertas exigencias formales derivadas del principio de legalidad en los delitos especiales (abundantes en el ámbito del Derecho Penal económico). Si bien tiene razón un sector representativo de la doctrina al señalar que la distinción entre delitos comunes y delitos especiales tiene un carácter formal que carece de relación con el fundamento del injusto y se hace referencia gráficamente a “delitos especiales de dominio” y “delitos especiales de infracción de un deber”⁴⁶, los criterios normativos de imputación no pueden dejar de lado determinadas decisiones del legislador cuando crea delitos especiales al tiempo que omite reglas específicas para la imputación de delitos especiales a *extranei*, con excepción de la importantísima cláusula de actuación en nombre de otro del art. 31 CP. Si bien es cierto que se le puede imputar un hecho a alguien de acuerdo a criterios normativos no expresamente recogidos en la ley, “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” (art. 4 CP). La imposibilidad de castigar en el marco del Derecho vigente al *extraneus* que instrumentaliza al especialmente obligado para cometer el hecho no se basa en que materialmente no se le pueda imputar el hecho, sino en consecuencias derivadas del principio (formal) de legalidad. Así, por ejemplo, no hay duda de que el que instrumentaliza mediante error o coacción al obligado tributario o sujeto pasivo del impuesto para que no cumpla con sus deberes es al que se le debe imputar la defraudación (el hecho). El problema es que si se entiende que el delito fiscal es un delito especial, en la línea que lo entiende la doctrina y la jurisprudencia dominantes, el autor mediato debe reunir los requisitos de autoría. La cuestión no es, por tanto, si el fundamento del injusto tiene que ver con deberes negativos o positivos, sino de los requisitos que exige el tipo legal. En este sentido, si se entendiera el delito de defraudación tributaria, al contrario que la doctrina y jurisprudencia dominantes, como un delito común o no especial, el *extraneus* que mediante engaño o coacción consigue que el deudor eluda el pago de tributos podría ser autor mediato en relación al art. 305 CP como proponen, por ejemplo, MERINO JARA y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO⁴⁷. Si se entiende, como la doctrina y la jurisprudencia dominantes, que se trata de un delito especial, no es dogmáticamente correcta la solución propuesta por CHOCLÁN MONTALVO⁴⁸, mediante el recurso al “delito fiscal como delito especial de dominio” para poder superar situaciones de instrumentalización como la que es

materiales como el dominio del hecho, de modo que el deber puede trasladarse a quien domina el hecho, luego es el dominio lo que también en estos delitos caracteriza la autoría”.

⁴⁶ Sobre la propuesta de establecer una distinción material, que tiene su origen en la teoría de la imputación de JAKOBS, entre “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”, cfr. BACIGALUPO SAGESSE, *RDPC*, 2000, pp. 355 y ss.; GALLEGO SOLER, «Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales», *Estudios de Derecho Judicial* (72), 2006, p. 125, siguiendo a GARCÍA CAVERO; básico GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, pp. 19, 36 y ss., 85 y ss., 258 y *passim*; GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, pp. 331 y ss., 348 y ss., 709 y ss.; GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos de infracción de un deber*, 2006, p. 33; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 152 y ss. y *passim*.

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, p. 903, nota 15, considera que, en relación a esta creciente opinión, “una matización importante de este planteamiento sería la de entender incluso que, además de los delitos puros de infracción de un deber, hay delitos especiales (sólo) de dominio (o de organización) y delitos especiales en los que al dominio (la organización) se les suma la infracción de un deber”.

En contra de la posición de estos autores, FIGUEROA ORTEGA, *Delitos de infracción de deber*, 2008, pp. 101 y ss., considera que todos los delitos serían delitos de infracción de deber o institucionales (p. 121: “[...] partiendo de la solidaridad como principio fundamental, la diferencia entre deberes negativos y deberes positivos, entre delitos de responsabilidad por organización y delitos de infracción de deber, se desvanece por completo”).

⁴⁷ MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La responsabilidad del asesor fiscal en el ejercicio de su actividad profesional», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (233), 1994, pp. 993 y ss.

⁴⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, 2003, pp. 177 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, pp. 306 y ss. Expresamente en contra GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte Especial, Tomo II*, 2007, p. 649: “[...] si bien no cabe duda que el asesor tributario tiene el dominio del hecho propio del autor, la imputación de responsabilidad como autor ofrece serias dudas respecto del tenor literal del tipo penal”.

tratada por la STS de 30 de abril de 2003 (resolución que resulta un disparate dogmático porque hace responder al alguien como partícipe en un hecho delictivo que no ha existido porque no hay autor⁴⁹). En los delitos especiales el que tiene el dominio tiene que reunir los requisitos especiales de autoría para poder ser autor. CHOCLÁN MONTALVO resuelve la cuestión de la imputación del hecho al asesor (*imputatio facti*) mediante la referencia a la instrumentalización. En palabras de este autor, “la distinción entre la inducción y la autoría mediata reside en determinar si el obligado tributario conservó o no el dominio del hecho” y “es posible la autoría mediata del *extraneus* si éste y no el obligado tributario asume una posición de dominio sobre el cumplimiento del deber”. Sin embargo, los argumentos de este autor no consiguen sortear el (¿pequeño?) inconveniente de la adecuación de la conducta a los requisitos que exige la ley (*applicatio legis ad factum*). Las exigencias derivadas del principio de legalidad tampoco pueden ser sorteadas con la creación ad hoc de una categoría de “delitos de posición”⁵⁰ como la propuesta por ROBLES PLANAS, que hasta el momento ha carecido de aceptación en la doctrina⁵¹. La

⁴⁹ Tampoco convence para los supuestos de instrumentalización por error la solución de BACIGALUPO SAGESSE, *RDPC*, 2000, p. 362 de que “el hecho principal no necesita ser doloso, pues no se requiere el dominio del hecho, sino que sea contrario al deber; hay participación en un hecho contrario al deber no doloso. Ello permite resolver problemas de autoría mediata del no cualificado que domina el hecho”. Si el no cualificado que domina el hecho mediante engaño es autor, no puede serlo el *intraneus* que está siendo instrumentalizado. El art. 28 CP exige para la autoría mediata que los hombres de atrás realicen el hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Por ello, además de que el *intraneus* realizaría una conducta atípica (sólo es típico el delito fiscal o de administración desleal doloso, con independencia de cuál sea su fundamento dogmático último), su caracterización como instrumento del hombre de atrás impide su calificación como autor. Y si hablamos de delitos en los que para ser autor hay que infringir un deber especial, el “hombre de atrás” debe ser autor por esa razón y no porque “domine o instrumentalice fácticamente” al especialmente obligado. La referencia a los delitos de infracción de deber no puede convertir *contra legem* en típica una conducta que carece absolutamente de relevancia para el Derecho positivo.

⁵⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 240-241; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 y ss.; ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», *InDret* (3), 2008, pp. 11, 22 y ss. (http://www.indret.com/pdf/576_es.pdf). Este autor parece concebir los “delitos de infracción de deber” al estilo de los “viejos delitos de estatus” en los que se trata de delitos que sólo tendrían como destinatarios los miembros de determinados “estamentos o clases sociales” que incluso eran enjuiciados por Tribunales especiales (militares, funcionarios públicos y religiosos). Por ello llega a la conclusión de que se trata de delitos con deberes que no se pueden delegar y que no cabe responsabilidad penal alguna de *extranei*, ni siquiera a título de participación. Esta concepción estamental provoca que, si ROBLES PLANAS tuviera razón, los “delitos de infracción de deber” carecerían de relevancia en el ámbito de los delitos socioeconómicos. En dicho ámbito sólo habría “delitos de posición” y, por ello, su tesis relativa a estos delitos es tratada en el texto. Si se adopta una perspectiva material propia de una sociedad moderna que ya no se puede entender como estamental, no es posible establecer una distinción entre delitos que tienen que ver con la existencia de deberes especiales o positivos con respecto a otros ámbitos de organización y delitos que tienen que ver con posiciones jurídicas especiales de las que se derivan deberes de dichas características. Se trata de delitos que tienen que ver con injustos penales de características especiales distintos a un uso nocivo para terceros de la libertad organizativa. Tiene razón ROBLES PLANAS en que es evidente que existen delitos especiales que no tienen que ver con la existencia de deberes de estas características, es decir, que no se trata de injustos especiales con deberes positivos, sino simplemente de una técnica legislativa para una descripción más precisa de la conducta típica como sucede, por ejemplo, con la referencia a fabricantes o comerciantes en el delito de publicidad engañosa del art. 282 CP o la referencia a promotores, constructores o técnicos directores del delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP. Materialmente, por tanto, no resulta asumible la tesis central de ROBLES PLANAS de una clasificación tripartita entre delitos especiales de infracción de un deber, delitos especiales de posición y delitos comunes o de dominio. Los injustos penales tienen su fundamento bien en una organización perjudicial para otros ámbitos de organización (personales o suprapersonales) o bien en una organización insolidaria, pudiendo dar lugar ésta a un delito de omisión simple cuando se infringe un deber general de solidaridad en beneficio de otros y sus bienes (un paseante no salva al niño que casualmente ve como se ahoga) o a la imputación de un hecho delictivo cuando la falta de solidaridad es entendida normativamente como equivalente a “lesionar a otro ilegítimamente” (el padre o el monitor que está al cuidado del niño no hace nada por salvarle cuando éste se ahoga).

⁵¹ Críticos con las tesis de ROBLES PLANAS, BACIGALUPO SAGESSE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, 2007, p. 117; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal*

propuesta de los denominados “delitos de posición” no sería más que un cambio de denominación de lo que otros autores definen como “delitos especiales de dominio u organización” (CHOCLÁN MONTALVO, GARCÍA CAVERO, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ)⁵² en los que el dominio podría ser arrebatado por un tercero (hombre de atrás) mediante instrumentalización. De esta manera “un no deudor tributario puede ser autor mediato del delito fiscal”⁵³. Pero el mero cambio de denominación de la solución no posibilita saltarse las exigencias de la ley con respecto a los autores. La única forma de poder evitar una imputación (que, como he dicho, materialmente nadie niega) que infrinja el principio de legalidad es que el sistema jurídico estuviera dotado de una cláusula específica de autoría basada en la instrumentalización del autor en los delitos especiales. Los denominados “delitos de posición” son, por tanto, una invención dogmática ad hoc para sortear lo que se entiende que representa una laguna insatisfactoria de punición derivada de la instrumentalización del sujeto cualificado para ser autor. Sin embargo, se trata de una cuestión que sólo puede resolver el legislador (que seguramente ni siquiera será consciente del problema). A mayores, hay una objeción material referida a una cuestión que ROBLES PLANAS no tiene suficientemente en cuenta. En el ámbito del Derecho Penal económico hay que tener en cuenta que el injusto penal no siempre tiene que ver con un mejor dominio fáctico del definido como autor, como puede suceder en el delito de ordenación del territorio o de publicidad engañosa⁵⁴, sino con los especiales deberes vinculados al rol económico que detenta un sujeto. Es decir, hay delitos cualitativamente distintos a los delitos denominados de dominio u organización. En los ejemplos que menciona ROBLES PLANAS del delito fiscal o del delito societario, no se trata simplemente de que el “hombre de atrás” domine el riesgo para el bien jurídico (erario público, patrimonio social o de los socios, etc.) como en otros delitos especiales, sino de que, además, lo hace evitando que el sujeto cualificado pueda cumplir con los deberes que se derivan de su posición jurídica como obligado tributario o administrador de una sociedad que no puede anteponer sus intereses particulares a los que tiene que administrar. En algunos delitos el *extraneus* puede crear un riesgo (para los consumidores, los acreedores, el medio ambiente, etc.) inmediata o mediatamente (a través de un instrumento). En otros sólo puede crear un riesgo relevante para el tipo actuando sobre el especialmente obligado para que éste infrinja sus deberes. En esta última modalidad delictiva el “hombre de atrás” en realidad no usurpa una posición, sino que instrumentaliza al que ocupa una posición jurídica especial, que es el único que, según la ley, puede ser autor, para que éste no cumpla sus deberes⁵⁵. Ello demuestra que la imputación de delitos especiales (que se pueden basar tanto en la existencia de deberes negativos o deberes positivos) a *extranei* sólo es posible mediante una expresa habilitación legal⁵⁶, aunque materialmente el hecho tenga que ser imputado al *extraneus* que instrumentaliza al *intraneus* (y por esa razón el *intraneus* realiza un comportamiento atípico en la medida en la que no se le puede imputar objetivamente el hecho). Existen delitos especiales en los que el *intraneus* es irrelevante desde la perspectiva de la lesividad de la conducta (por ejemplo, alguien puede perjudicar a unos acreedores destrozando todos

económico y de la empresa. Parte General, 2ª ed., 2007, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 92-93.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, p. 907.

⁵³ ROBLES PLANAS/RIGGI, *InDret* (3), 2008, p. 23; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 241; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 132.

⁵⁴ Con mayor profundidad, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 43 y ss.

⁵⁵ En el sentido del texto, SILVA SÁNCHEZ, en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, pp. 907-908: “[...] los delitos especiales de infracción de un deber (delitos especiales de deber o delitos especiales en sentido estricto) no son sólo legalmente distintos de los delitos comunes de dominio, sino también dogmáticamente distintos. Su esencia radica en la infracción de un deber de naturaleza institucional, a que sólo podría acceder luego un tercero en virtud de un mecanismo jurídico de transferencia de la posición de deber (por ejemplo, la representación, la relación orgánica de administración, etc.). Esto significa que en los delitos especiales de infracción de un deber, el *extraneus* no puede ser nunca autor mediato, pues, por mucho dominio que ostente sobre el *intraneus*, ello no hará del *extraneus* un “infractor” del deber del *intraneus*, sino sólo un “provocador” de la infracción de un deber por parte de dicho *intraneus*”.

⁵⁶ Según SILVA SÁNCHEZ, en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, p. 907, la necesidad de una tipificación formal de las situaciones de autoría mediata de un *extraneus* es algo que se debe discutir.

los bienes del deudor, puede realizar directamente publicidad engañosa sin ser fabricante o comerciante o puede construir un rascacielos al lado de la costa sin ser promotor, constructor o técnico director), pero en otros casos no es así porque el injusto está construido sobre la base de la infracción de deberes positivos. Por ejemplo, la única forma de realizar un delito de defraudación tributaria es consiguiendo que el deudor tributario no declare o declare fraudulentamente. Desde la perspectiva defendida en este trabajo, todos los delitos serían en realidad “delitos de posición”. En unos casos tienen que ver con una posición general como ciudadano de no lesionar (que se puede ir concretando en subsistemas concretos como el mundo de la empresa) y, en otros, con posiciones jurídicas especiales de las que se derivan deberes con respecto a otros o con respecto al Estado que exigen algo más que el mero no lesionar. Todo lo dicho demuestra que la categoría de delitos especiales es una categoría formal⁵⁷ (el legislador tiene toda la legitimidad para castigar a todo el que engañe a los consumidores o sólo al empresario que engañe a los consumidores), mientras la distinción entre los delitos que tienen su fundamento en no lesionar ámbitos ajenos y delitos que se basan en la existencia de posiciones jurídicas con especiales deberes de solidaridad o positivos es una categoría dogmática de carácter material relativa al fundamento del injusto. En todo caso, la categoría de los “delitos de posición” propuesta por ROBLES PLANAS tiene la pretensión de resolver los mismos problemas dogmáticos que las propuestas de SILVA SÁNCHEZ y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ por otra vía que, en su opinión, le permite sortear lo que considera inaceptable conclusión de que los supuestos de instrumentalización de un especialmente obligado queden impunes por faltar en el “hombre de atrás” los requisitos del tipo legal. Como señala el propio ROBLES PLANAS⁵⁸, las diferencias con la posición de su maestro “estriban, por un lado, en que en el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ es necesario que concurra la infracción del deber del *intraneus* junto con su “dominio del hecho” para poder castigar a cualquiera (pues sin su actuación como autor no se constituirá el injusto común). En cambio, con los delitos de posición, basta con que se aporte la posición para constituir el tipo y, sólo después, debe decidirse sobre la calificación de la contribución de cada interviniente. Y, por el otro, que en los “delitos mixtos” a los que se refiere SILVA SÁNCHEZ nunca puede castigarse al *extraneus* como autor. Ello, como es sabido, genera importantes lagunas de punibilidad. Tales lagunas no se dan, en cambio, con la teoría de los delitos de posición, puesto que es posible castigar como autor mediato al *extraneus* o como autor directo en los casos de usurpación de la posición”.

La solución que se viene ofreciendo en este trabajo a muchos de los problemas de imputación que presentan los delitos económicos y empresariales pasa por una correcta fundamentación material –y no meramente formal- de delitos que tienen que ver con especiales deberes de solidaridad o de colaboración cuya infracción equivale normativamente a “lesionar o poner en peligro”. Como ya he señalado previamente en otros trabajos, “la imputación de la afectación (lesión o peligro concreto) de bienes jurídicos o de ámbitos de organización ajenos no es privativo de lo que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de organización defectuosa, sino que sucede también con aquellos delitos que tienen que ver con la infracción de los deberes propios de una posición jurídica especial”, lo único que sucede es que “existen dos formas diversas de fundamentar materialmente el injusto penal que tienen que ver con las razones diversas por las que alguien es competente del hecho delictivo, conllevando ambas formas la afectación de bienes

⁵⁷ Como concluye acertadamente GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 55 y 59, en la Primera Parte de su estudio monográfico sobre los delitos especiales, asumiendo un concepto amplio de delito especial de acuerdo con el cual se entienda como tal “todo aquel delito que sólo podrá ser realizado como autor por aquellos sujetos en quienes concurren los elementos exigidos por el tipo”, “en los delitos especiales, la limitación de la autoría no obedece a una única razón político-criminal, sino a una pluralidad de fundamentos”.

⁵⁸ ROBLES PLANAS/RIGGL, *InDret* (3), 2008, p. 25. Señala también las diferencias con la posición de ROBLES PLANAS, SILVA SÁNCHEZ, en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, 2005, pp. 906 y ss.

jurídicos o de ámbitos de organización ajenos”⁵⁹. Si se asume una posición material como la sostenida aquí, la cuestión pasa a ser la identificación en la parte especial de los delitos que, excepcionalmente, tienen que ver con deberes que exceden el *neminem laedere*. Pero, si existen figuras delictivas de estas características en el ámbito del Derecho Penal económico, ello condiciona “el alcance del tipo”, la “determinación de la conducta típica” o la “permisión de conductas”. Por ejemplo, algunas cuestiones que se están discutiendo en la actualidad alrededor del delito de defraudación tributaria -que no tienen un mero interés teórico sino que resultan centrales para la praxis de esta figura delictiva- y que provocan que se busquen soluciones ad hoc para este delito (nuevas categorías delictivas), en realidad deben formar parte necesariamente de una teoría general sobre la normativización de la teoría del tipo.

La teoría de la imputación objetiva, mediante el *topos* de la creación de un riesgo no permitido, ha sido construida básicamente a partir de la pre-existencia de deberes muy básicos de respeto hacia los otros, dejándose tradicionalmente las relaciones basadas en vinculaciones jurídicas más estrechas al ámbito de la teoría de la comisión por omisión. Sin embargo, los tipos penales que configuran el denominado “moderno Derecho Penal”, del que resulta un prototipo el Derecho Penal económico, son construidos en muchas ocasiones a partir de la existencia de relaciones o vínculos jurídicos que exceden los deberes más básicos o primarios de respeto o de no lesionar. El horizonte que queda por delante es desarrollar una teoría del tipo que tenga en cuenta ambas dimensiones materiales del injusto.

Quienes no compartan la concepción dualista del injusto penal defendida en este apartado IV como punto de partida, no tienen que dejar de seguir leyendo ni dejar de considerar útiles los criterios normativos que se exponen en el siguiente apartado. Sobre todas las modalidades de injusto (doloso/imprudente, activo/omisivo, basadas en deberes negativos o de respeto y positivos, etc.) se proyectan los criterios normativos y materiales derivados de la teoría de la imputación objetiva. Lo único que quiero dejar clara es mi convicción de que no se pueden comprender adecuadamente todos los delitos que son objeto de esta ponencia a partir de una explicación monista basada en el sinalagma libertad organizativa/deber de no lesionar. Por ejemplo, por mencionar algunas de las figuras más relevantes en el ámbito del Derecho Penal económico, un administrador societario no tiene sólo un deber de no lesionar y el delito fiscal no está construido sobre un mero deber genérico de no causar perjuicios al patrimonio público. Tampoco tiene sentido fundamentar igual el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 278 CP que el delito del art. 279 CP, que parte de la existencia de un sujeto que tiene “legal o contractualmente obligación de guardar reserva”, con independencia de que trabajemos con los mismos criterios normativos de imputación.

⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 81.

5. Los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva

Con el objetivo de simplificar la exposición centraré mis ejemplos generales en tipos que exigen para su consumación un resultado lesivo. Especialmente haré girar mi exposición alrededor del delito de concurso del art. 260 CP, como delito construido a partir de los deberes negativos del deudor (que sólo se transforman a partir del momento en el que tiene el deber de solicitar el concurso), del delito de administración desleal como ejemplo de deberes positivos (dejando de lado la cuestión de su tipificación en el art. 252 ó 295 CP en cada supuesto), de los delitos contra la Hacienda Pública y de ciertos deberes profesionales en relación al blanqueo de capitales. Con ello pasaré las prestaciones de una teoría normativa del tipo como la que ha sido esbozada hasta aquí por el tamiz de muchos de los problemas más relevantes que tiene planteados en la actualidad el Derecho Penal económico entendido en sentido amplio y trataré delitos que comparten su naturaleza de delitos económicos con el hecho de que se realizan habitualmente en el marco de actividades de sociedades mercantiles.

5.1. La conducta típica como creación de un riesgo no permitido

a. La creación de un riesgo

(i) Planteamiento general

En aquellos delitos que no sean meramente de peligro abstracto⁶⁰, la conducta debe representar un riesgo desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el tipo penal correspondiente. Por ejemplo, en el delito de concurso el deudor debe realizar una conducta objetivamente adecuada, apta o idónea (idoneidad o aptitud objetiva) para causar o agravar una insolvencia o bien un conjunto de comportamientos que, de forma acumulativa, resulten idóneos para causar o agravar la insolvencia que ha dado lugar a la declaración judicial de concurso. La insolvencia que conlleva perjuicio patrimonial sólo es típica cuando se puede imputar –es decir, explicar intersubjetivamente- a partir de un comportamiento (o una serie de comportamientos) que resulta idóneo o adecuado para causarla o, existiendo ya la insolvencia, hace que resulte más difícil para la masa de acreedores satisfacer sus créditos o el cobro de éstos se ve retardado en el tiempo (de una forma económicamente significativa). Por ello los actos que no impliquen disminución patrimonial o de la capacidad de liquidez y, por lo tanto, no afecten a la solvencia del deudor, carecen de relevancia típica (por ejemplo, permuta de títulos o activos con un valor económico equivalente). Por la misma razón no puede existir una conducta idónea o adecuada para causar o agravar una insolvencia mientras el deudor realice actos que disminuyan el valor de su patrimonio, pero siga manteniendo activos suficientes para garantizar el pago de sus deudas, tanto de las vencidas y exigibles como de las que ya existen pero todavía no han vencido y no son, por tanto, jurídicamente exigibles. Mientras el deudor mantenga, a pesar de la

⁶⁰ Dejo aquí de lado las cuestiones relativas a la normativización de los delitos de peligro abstracto. Sobre ello, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre la normativización del peligro», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (edits.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 307 y ss.

disposición patrimonial, la capacidad real de hacer frente a las deudas con su patrimonio sus comportamientos resultan jurídico-penalmente irrelevantes⁶¹.

(ii) Especial referencia al concepto de “creación de un riesgo mediante fraude” en supuestos de deberes positivos

Las reflexiones sobre la creación del riesgo como elemento del tipo, desarrollada tradicionalmente a partir de los delitos contra las personas, han tematizado esta cuestión a partir de victimizaciones con violencia (disparos, golpes, etc.) o, en todo caso, supuestos de intimidación, que no son más que instrumentalizaciones mediante coacción en las que el instrumento se ve obligado a actuar contra sus propios intereses. En el ámbito del Derecho Penal económico nos encontramos, en realidad, ante victimizaciones mediante fraude, es decir, creaciones de riesgo que consisten en conductas fraudulentas.

El concepto de fraude no es un concepto unívoco, sino que engloba modalidades variadas de comisión de un injusto sin violencia ni intimidación. En concreto, en el art. 305 CP tenemos dentro de un mismo tipo penal tres modalidades con dinámicas defraudatorias muy distintas. Todas ellas tienen que ver con un fraude idóneo para que la Hacienda sea “victimizada” de tal manera que no pueda desarrollar de forma ordinaria y adecuada su función recaudatoria. Defraudar, según la primera acepción recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es “privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”, por lo que un comportamiento adquiere objetivamente un significado de fraude típico (idóneo o adecuado; creación de un riesgo típico para el erario público) dependiendo del entramado de relaciones jurídicas existentes⁶². En lo que aquí interesa, ello significa que lo que se ha de entender normativamente por “creación de un riesgo no permitido” adquiere una configuración distinta cuando se trata de los legítimos ingresos en las arcas públicas que cuando se trata de un atentado contra patrimonios particulares.

En lo que respecta al delito de defraudación tributaria en concreto, la Jurisprudencia ha ido configurando, especialmente en los últimos siete años, la conducta típica de forma dispar a su doctrina relativa al delito de estafa construida alrededor del elemento típico engaño bastante (creación de un riesgo mediante una instrumentalización mediante engaño)⁶³. Esta tendencia

⁶¹ Con mayor profundidad FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Concursal* (16/1), 2009, pp. 58 y ss., con ulteriores referencias.

⁶² PAWLK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 78 y ss., pp. 198 y ss.

⁶³ Vid., por todas, las SSTs 2069/2002, de 5 de diciembre (“el delito fiscal, al menos en su modalidad de elusión del pago de tributos, se configura como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos”); 1590/2003, de 22 de abril (“ha señalado esta Sala reiteradamente que el delito fiscal, como se infiere de su definición típica, no constituye una modalidad del delito de estafa que requiera una determinada *mise en scene* o comportamiento engañoso para provocar un desplazamiento patrimonial inducido por error, sino un delito de infracción de deber”); 1505/2005, de 25 de noviembre (“el delito fiscal, en su modalidad de elusión del pago de tributos, se configura como un delito de infracción de deber. Concretamente del deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos”). Una elocuente exposición de esta evolución, muy clara en los últimos cinco años, por parte de AYALA GÓMEZ, «Reflexiones en

jurisprudencial es correcta, si bien se ha construido dogmáticamente de forma errónea sobre un concepto formal y administrativizado del delito fiscal como delito de infracción de deber, en el sentido ya criticado aquí de “bolsa de infracciones administrativas”, quedando reducido el delito de defraudación tributaria a perjuicio causado a través de alguna infracción o irregularidad administrativa. Con el objetivo de evitar esta formalización y administrativización del delito de defraudación tributaria un sector de la doctrina ha propuesto trasladar la doctrina del delito de estafa a este ámbito delictivo, intentando crear una especie de tipo específico de “estafa a la Administración tributaria” que, en todo caso, no exigiría inducir a error a la Hacienda Pública. Sin embargo, no es posible dicha construcción paralela o equivalente en la medida en la que el deudor tributario tiene una posición jurídica especial que modifica el significado de lo que debe entenderse por comportamiento fraudulento (creación de un riesgo mediante fraude)⁶⁴. El delito de estafa es un supuesto específicamente tipificado de autoría mediata por error (en la que el instrumento se autolesiona patrimonialmente o perjudica a un tercero) entre iguales que exige una instrumentalización mediante un engaño bastante (es decir, objetivamente apto, idóneo o adecuado). En cambio, el obligado tributario tiene de partida un “deber de veracidad” con respecto a los hechos imponderables, cuya mera infracción representa ya una conducta fraudulenta. Como señala SILVA SÁNCHEZ⁶⁵, “en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social es evidente que nos hallamos ante excepciones al “modelo de la estafa”. En estos delitos, en absoluto se exige que la inveracidad punible revista el carácter de engaño bastante; es más, al deber de veracidad se le añaden deberes de declaración y otros deberes positivos”. Estos deberes no son “meros deberes formales de colaboración”⁶⁶, sino concreciones de un deber de solidaridad esencial como ciudadano (art. 31 CE). Dejar de considerar, como aquí se pretende, el delito de defraudación tributaria como un “mero delito de infracción de deberes extrapenales con perjuicio superior a 120.000 euros” tiene claras consecuencias prácticas. Por ejemplo, como señala con razón la doctrina absolutamente dominante, el deudor tributario no realiza un hecho delictivo simplemente por no pagar (por ejemplo, por problemas de liquidez) siempre que haya informado debidamente a la Administración, mediante reconocimiento,

torno a las conductas de ocultación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 258-259; y RODRÍGUEZ MOURULLO, «Defraudación», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 303 y ss.

⁶⁴ PÉREZ ROYO, «Delito fiscal y ocultación», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, p. 222: “[...] para enfocar correctamente la cuestión a que venimos dando vueltas, el de la identificación del componente defraudatorio en la conducta, no es conveniente centrarse sencillamente en la consideración de categorías conceptuales, como la indicada de infracción de deber, menos aún aplicadas de modo mecánico, como en ocasiones se hace. Tampoco pensamos que el punto fundamental pueda reducirse al análisis gramatical de la expresión “el que defraudare” o a consideraciones sobre el encaje sistemático del tipo. Se trata ciertamente de elementos que pueden ayudar, pero el momento fundamental del análisis sobre la cuestión de qué es defraudar a la Hacienda Pública, consiste en el análisis de la posición de las partes en lo que constituye el objeto de la protección: la relación jurídica tributaria. Únicamente a partir del examen de la posición de las partes en esta relación podremos identificar cuáles son las conductas que incorporan el elemento de desvalor imprescindible para considerarlas típicas”.

⁶⁵ SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 138.

Por su parte, PÉREZ ROYO, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, p. 223, considera que los deberes de declaración y de información “constituyen la «viga maestra» sobre la que se asienta el edificio de la aplicación de los tributos”.

⁶⁶ Como los califica inadecuadamente CASTRO MORENO, *Elusiones fiscales atípicas*, 2008, pp. 18 y 56, para legitimar una interpretación excesivamente restrictiva del delito de defraudación tributaria.

declaración-liquidación (la denominada autoliquidación) de su deuda fiscal o cualquier otro procedimiento materialmente equivalente⁶⁷. En el controvertido caso de la omisión de la presentación de la declaración tributaria⁶⁸ lo decisivo a efectos de tipicidad penal no es que no se

⁶⁷ Modélica la STS 1505/2005, de 25 de noviembre, en su fundamento de Derecho segundo, con una amplia e ilustrativa exposición de la evolución de la doctrina jurisprudencial, en una línea coincidente en lo sustancial con la de este trabajo (“este entendimiento del tipo objetivo encaja mejor con el texto del artículo 305 actual, en el que se sanciona al que por acción u omisión “defraude” a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, de donde no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina. También se ajusta mejor a la finalidad del tipo delictivo, orientado a sancionar a quien no contribuya a los gastos públicos mediante la elusión del pago de los impuestos que le corresponden, y no a quien solamente omita el cumplimiento de obligaciones formales, como la consistente en presentar una declaración identificando el hecho imponible o en practicar la liquidación con el correspondiente ingreso. En los tributos que se gestionan en régimen de autoliquidación, la regulación tributaria establece un plazo para efectuar la autoliquidación y hacer efectivo el pago. El deber impuesto, deber de contribuir, se cumple, pues, atendiendo a dos aspectos: declarar y pagar. La infracción de cualquiera de ellos podría tener consecuencias de naturaleza tributaria. Sin embargo, lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración sólo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante. Es cierto que normalmente la omisión de la declaración supone la ocultación dolosa del hecho imponible, y la declaración presentada falseando los datos implica una ocultación de las características de aquél que dan lugar a la deuda, tratándose de conductas equiparables. Es por eso que, en principio, una vez finalizado el plazo para la declaración voluntaria en los tributos periódicos con autoliquidación, sin que se haya presentado ésta, el delito se considera consumado, bastando en esos casos con la mera omisión, puesto que es interpretada y valorada razonablemente como una conducta suficientemente idónea para la elusión del pago del impuesto en cuanto supone la ocultación de la misma existencia del hecho imponible o de sus características [...]. Sin embargo pueden presentarse casos excepcionales, como el caso presente, en el que la Administración, adelantándose a la posible comisión del delito (o de la infracción administrativa en su caso), ha iniciado voluntariamente una actuación inspectora sobre un contribuyente, para un ejercicio determinado y en relación a un concreto impuesto cuando aún no ha finalizado el plazo de declaración, le ha notificado antes de ese momento el inicio de dicha actuación de investigación y le ha requerido formalmente para la presentación de la documentación relativa a dicho ejercicio [...]. En el caso actual, por lo tanto, la conducta de los acusados, aunque formalmente haya consistido en la omisión de una declaración debida y en el consiguiente impago en tiempo, y aunque en el ámbito tributario pudiera discutirse la pertinencia de las correspondientes sanciones o recargos, no puede valorarse como una ocultación del hecho imponible o de sus características, dado que fueron requeridos antes de que finalizara el plazo para aportar la documentación relativa a dicho hecho imponible en unas actuaciones de investigación sobre el mismo, y además comparecieron aportándola [...]. En realidad, la inexistencia de una liquidación temporánea sobre esos hechos imponibles en el caso actual no se ha debido a la acción de los acusados sino a la deficiente y tardía actuación administrativa. Por todo ello, el motivo se estima, y se dictará segunda sentencia absolviendo a los acusados de los dos delitos fiscales de los que venían acusados”).

Otro caso concreto relevante en la STS 737/2006, de 20 de junio, con ulteriores referencias jurisprudenciales (“La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes. La introducción abierta de gastos reales como deducibles que luego no son tales, no implica engaño ni supone, por tanto, conducta «defraudatoria»”).

⁶⁸ En profundidad sobre esta cuestión, con abundantes referencias, CASTRO MORENO, *Elusiones fiscales atípicas*, 2008, pp. 13 y ss., si bien con la perspectiva opuesta a la de este trabajo (pp. 74-75: “[...] admitir que la no presentación de la declaración tributaria puede dar lugar al delito fiscal, a mi juicio supone reconocer que el mismo no requiere del elemento del engaño”). Cuando este autor afirma que resulta coherente en su construcción dogmática la tesis que admite la tipicidad de la no declaración “partiendo de la base de que, precisamente, la defraudación típica no exige engaño” (p. 76), en realidad lo que estaría diciendo es que es coherente esta teoría si no se quiere configurar el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP como el delito de estafa del art. 248.1 CP. Las razones para la diferenciación entre diversos supuestos de fraude en función de las relaciones jurídicas subyacentes quedan expuestas en el texto. Lo que habría que explicar es la razón por la que todos los delitos de fraude tienen que explicarse a partir de la estructura típica de la estafa del art. 248.1 CP, cuando ni siquiera todas las figuras típicas que aparecen bajo la denominación de estafa obedecen a esta estructura.

haya cumplido con las formalidades de la declaración, lo cual no es más que una infracción administrativa⁶⁹, sino que materialmente no se haya puesto en conocimiento de la Administración el hecho imponible. Ello es así ya que las relaciones jurídicas tributarias están construidas sobre un deber de veracidad con respecto al hecho imponible que no suele existir en las relaciones entre iguales⁷⁰. Si bien el mero mentir o no decir la verdad no es sin más una conducta de estafa, en la medida en la que no se trata de hechos que impliquen una instrumentalización, pueden pasar a ser elementos suficientes para configurar un fraude en el marco de una relación con deberes especiales. No se trata tanto de que la omisión de la presentación de la declaración haya de entenderse como “un acto concluyente” desde una perspectiva fáctica (el sujeto con su omisión estaría realizando una información inveraz de que no tiene deber de declarar⁷¹) –tal y como se ha intentado legitimar tradicionalmente la tipicidad de estas conductas–, sino que en el contexto de las relaciones jurídicas entre Administración y ciudadanos se trata normativamente de un fraude⁷². “En un sistema configurado sobre la base de deberes de aportar información, y sobre la veracidad de ésta, defraudación será dejar de aportarla, o hacerlo de forma divergente de la realidad”⁷³. En sentido contrario, “siempre que la conducta del sujeto, aún no respetando todos los extremos de una declaración correcta, haya puesto a la Administración en conocimiento de los datos necesarios para determinar la deuda

⁶⁹ Vid. la ya citada STS 1505/2005, de 25 de noviembre.

⁷⁰ Sobre la impunidad de la mentira y la inexistencia de un deber general de veracidad entre particulares básico, cfr. SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, pp. 77 y ss. En relación al delito de estafa, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 134 y ss., pp. 155 y ss., pp. 224 y ss., señalando como el denominado “derecho a la verdad” es una cuestión de competencias: “[...] permite determinar qué informaciones incumbe averiguar a la víctima y cuáles, en cambio, deben ser proporcionadas por el autor”; previamente y de forma más detallada, cfr. PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 65 y ss.

⁷¹ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Delitos contra la Hacienda Pública*, 2000, p. 52; también BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal económico*, 2001, p. 224, siguiendo la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO de que “la omisión de la prestación de declaración adquiere, así, un valor concluyente que la convierte en medio engañoso idóneo para inducir a error”. En este sentido, véanse las SSTS 1244/2003, de 3 de octubre; y 13/2006, de 20 de enero.

Como señala con razón SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 142, nota 100, “de ser coherentes con esta afirmación, jamás podría calificarse de penalmente típica una omisión de declaración cuando, por otras vías, la Hacienda pública tiene perfecto conocimiento de que existen hechos imponibles sujetos a declaración”.

⁷² Acertadamente SÁNCHEZ-OSTIZ, «El elemento “fraude” en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 91, 120 y ss. y *passim.*, señalando de partida como “la perspectiva institucional del sujeto pasivo del delito y la del obligado tributario frente a éste parecen ser los motivos para prescindir del modelo estructural de la estafa” (p. 91) y concluyendo que “la posición de la Administración, que hace extensiva al particular en cada caso su posición institucional mediante la creación de deberes de colaborar o contribuir, hace que sea más acorde con la realidad entender dicha situación como una ruptura de la relación establecida entre particular y Administración. «Fraude» es entonces incumplimiento de dichos deberes [...] con independencia de si en ocasiones existe el engaño propio de la estafa o no”.

⁷³ SÁNCHEZ-OSTIZ, en SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 114-115. Como señala este autor, que el deber de contribuir “sitúa al particular en una posición cuasi institucional queda fuera de dudas” (p. 121). En el mismo sentido señala también este autor, correctamente, como en el delito de fraude de subvenciones el fraude “no puede entenderse como el engaño propio de la estafa, sino como la ruptura de una relación entre subvencionado y subvencionante, que les vincula estableciendo deberes de actuar y omitir [...] la esencia del fraude de subvenciones consiste en el abuso de un vínculo entre Administración y administrado: bien por establece dicho vínculo de forma irregular (art. 308.1) bien por faltar a las obligaciones surgidas de uno ya existente (art. 308.2). Pero esto no es el engaño propio de la estafa”.

tributaria exigible, siempre, repetimos, que éste haya sido el resultado objetivo de la conducta del obligado tributario, no cabrá hablar de defraudación”⁷⁴.

Dicho esto, no se puede omitir alguna referencia a los supuestos denominados de “fraude de ley” o “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” (art. 15 LGT). De acuerdo con las ideas expuestas en el párrafo anterior, cae por su propio peso la conclusión de que estos supuestos tienen que ser considerados un comportamiento atípico (siempre, evidentemente, que por otras razones distintas no se encuentren inmersos en una simulación parcial o total). En la medida en la que mediante el recurso a la norma de cobertura se evita el nacimiento del presupuesto de hecho que daría lugar a la aplicación de la norma defraudada, es decir, se impide que surja el hecho imponible, no es posible en ningún caso infringir los deberes que subyacen al delito de defraudación tributaria (con independencia de la intención o del *animus* del autor y de la entidad del perjuicio). Si, como he afirmado, el delito fiscal se encuentra construido sobre la existencia de deberes especiales de solidaridad que se derivan del hecho imponible, sin hecho imponible no surgen deberes que fundamenten el injusto. A mayores, el castigo del fraude de ley implicaría el castigo de infracciones de deberes inexistentes en nuestro ordenamiento en el marco de la relaciones tributarias y que excederían el deber básico de declaración del hecho imponible, implicando deberes de declaración e información con respecto a la fase de preparación previa (por ejemplo, un deber de comunicar a la Administración todos los datos jurídicos y económicos que han dado lugar a la configuración de un determinado contrato). El contribuyente no tiene un deber de proporcionar las razones por las que se realiza un determinado contrato o negocio en lugar de otro. Estos argumentos de tipo material, vinculados a la fundamentación dogmática del delito fiscal como injusto específicamente penal, refuerzan otro tipo de argumentos de tipo más formal que han venido siendo utilizados por los autores que se han opuesto a una línea jurisprudencial de otorgarle relevancia típica a los supuestos de fraude de ley, incidiendo en que no se pueden castigar jurídico-penalmente conductas que ni siquiera se encuentran sancionadas administrativamente de acuerdo a lo dispuesto en el art. 15 LGT⁷⁵.

⁷⁴ PÉREZ ROYO, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, p 224.

⁷⁵ Decisiva en esos momentos la STC 120/2005, de 10 de mayo, si bien, por las características de las competencias de este Tribunal, basándose en razones formales derivadas de la infracción del principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE. Una doctrina jurisprudencial que ha sido reiterada en la STC 48/2006, de 13 de febrero.

Sobre esta decisiva sentencia vid. por todos, en el libro colectivo BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007: a favor, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Prescripción y fraude de ley en el delito fiscal: ¿*In dubio pro reo* vs. *in dubio pro fisco*?», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 211 y ss., con abundantes referencias de autores que apoyan las tesis del Tribunal Constitucional y, en sentido parcialmente crítico, por la escasa cautela o radicalidad de algunas manifestaciones de esta sentencia, a favor de una mayor flexibilidad conceptual, PALAO TABOADA, «La punibilidad del fraude de ley», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 23 ss.

En sentido contrario a las conclusiones del texto, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, pp. 444 y ss., aunque tratando el fraude a la ley penal económica como un “supuesto especial de la exclusión de la imputación objetiva en los delitos económicos”. Sin embargo, su posición parece distinta y similar a la del texto cuando se ocupa en concreto de los delitos tributarios (GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte Especial, Tomo II*, 2007, pp. 621 y ss.)

En el mismo sentido, por sólo mencionar otro ejemplo, no existirá un delito de fraude de subvenciones, si un sujeto silencia en su solicitud condiciones que habrían impedido la concesión de una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas superior a 80.000 euros, pero que no era obligatorio revelar de acuerdo con la legislación vigente y la convocatoria correspondiente, con independencia del *animus* del solicitante -que no se comporta incorrectamente en el contexto de cómo el ordenamiento establece sus relaciones con la Administración.

b. Creación de un riesgo no permitido

(i) Planteamiento general

La exigencia de la creación de un riesgo no es más que un punto de partida. El hecho de que alguien que desarrolle un rol económico haya creado un riesgo no significa que la conducta se encuentre ya jurídico-penalmente desvalorada sin ulteriores valoraciones. Este aspecto es especialmente relevante en ámbitos con una abundante regulación extrapenal como los que suelen caracterizar a los delitos socioeconómicos. En estos supuestos las normas extrapenales representan un útil instrumento de ayuda como indicios para determinar el umbral de permisión de conductas de acuerdo con las valoraciones específicas del sistema jurídico-penal⁷⁶.

La necesaria toma en consideración del orden primario para interpretar el significado normativo de la conducta no significa, sin embargo, prescindir de los criterios valorativos propios del Derecho Penal. La normativa extrapenal no debe ser entendida, en absoluto -tal y como ya representa una opinión dominante en la doctrina del delito imprudente- como una *ratio essendi* (como hacen ciertos partidarios de los “delitos de infracción de deber”), sino simplemente como una *ratio cognoscendi*. Ni todo incumplimiento de una norma extrapenal representa una conducta típica ni siempre la ausencia de infracciones extrapenales supone la constatación de una conducta permitida. La cuestión esencial es si la modalidad de conducta que se enjuicia todavía se puede entender como legítima en el contexto vigente para conseguir determinados objetivos económicos o empresariales y, por tanto, podemos hablar de un riesgo permitido. En definitiva, el Derecho Penal no puede castigar comportamientos que el ordenamiento jurídico ha asumido como válidos, incluso aunque resulten gravemente lesivos para intereses de terceros o del Estado.

(ii) Especial referencia al riesgo permitido en el delito de administración desleal

Como señala SCHÜNEMANN, “al igual que el tipo de la administración desleal se ha convertido en el delito económico por excelencia en nuestro tiempo, la administración desleal de los órganos

⁷⁶ Sobre el papel indiciario de las normas jurídicas extrapenales para determinar el ámbito del riesgo permitido en Derecho Penal, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, 2001, pp. 297 y ss.; también FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, 1999, pp. 212 y ss. Además, sobre los criterios de determinación del riesgo prohibido en los delitos económicos, cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tomo I, 2ª ed., 2007, pp. 353 y ss.

societarios constituye hoy en día su máxima expresión”⁷⁷. El interés teórico por esta modalidad delictiva característica de los tiempos que corren y claro ejemplo de cómo el Derecho Penal puede influir en la actividad económica viene motivado en gran medida porque los administradores detentan deberes positivos de lealtad en el ámbito de los intereses que administran. Sin tener en cuenta la relación de fidelidad o lealtad -en la que deben primar los intereses de la sociedad sobre los puramente personales y que proscribire las actuaciones en perjuicio de los intereses que se administran- que caracteriza al administrador (art. 61 LSRL y arts. 127 y 127 bis LSA) no se puede entender adecuadamente la conducta de administración desleal⁷⁸. Es esencial en el contexto de las relaciones económicas modernas que se garantice que el administrador no va a desviar un valor que pertenece a la sociedad y a sus socios de la esfera social a la esfera personal o particular. De acuerdo con lo que ya he sostenido anteriormente, la existencia de roles económicos con deberes positivos no significa que el sujeto tenga que hacer todo lo posible en beneficio del otro ámbito de organización (la sociedad o los socios). En lo que respecta al administrador de una sociedad, éste no responde penalmente si los socios no obtienen los mismos beneficios que los de otras empresas similares. Lo que pretenden garantizar las normas penales son sólo unas prestaciones mínimas indispensables o irrenunciables por parte de sujetos que detentan deberes especiales, desde luego nunca gestiones óptimas o determinadas expectativas económicas (por ejemplo, es un dato jurídico-penalmente irrelevante que empresas equivalentes obtengan mayores beneficios debido a una gestión más adecuada). Lo que garantiza el Derecho Penal no es que una sociedad tenga los mejores gestores, sino que éstos gestionen lealmente. Paralelamente a lo que sucede con otros sujetos que tienen deberes positivos (padres con respecto a hijos pequeños, funcionarios, etc.), a los que no se les exige penalmente un cumplimiento óptimo de sus obligaciones o que alcancen determinados objetivos (que los hijos lleguen a la Universidad), sino exclusivamente que no dejen de cumplir unos mínimos en el desempeño de sus funciones.

No cabe duda de que el Derecho Penal español estabiliza ciertos deberes de gestión leal por parte de los administradores societarios. No tiene sentido ponerse a discutir este punto de partida, sino que la cuestión es qué tipo de deberes garantiza el Derecho Penal. Hasta el momento la praxis jurisprudencial española, a diferencia de lo que sucede en otros países como Alemania o Francia con una Jurisprudencia muy rica, no sirve de gran ayuda y carece de criterios claros, generando una situación de gran inseguridad jurídica. En parte porque en estos años nuestra Jurisprudencia se ha encontrado muy condicionada por la decisión del Tribunal Supremo de mezclar desde 1994, de forma conceptualmente poco clara, en el art. 252 CP, relativo a la apropiación indebida, el castigo de infracciones de deberes generales de entregar o devolver y de deberes especiales como administrador de gestión leal⁷⁹, con base en la existencia dentro del mismo precepto de un tipo

⁷⁷ SCHÜNEMANN, «Capítulo 1. Cuestiones generales. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, p. 19.

⁷⁸ Vid. por todos, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «Administración desleal», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 34-35; GÓMEZ BENÍTEZ, «Aspectos de la responsabilidad penal de los órganos de administración», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, pp. 241-242, con ulteriores referencias.

⁷⁹ Básico BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 183 y ss., pp. 220 y ss.

penal de apropiación de cosas y un tipo penal de distracción de dinero⁸⁰. A modo de Penélope, nuestro Tribunal de Casación está en la actualidad intentando deshacer la maraña que previamente ha tejido (de forma inconsciente intentando resolver casos ad hoc de gran relevancia pública)⁸¹. La doctrina le está acompañando en esta labor⁸². Ello ha obstaculizado el desarrollo de una teoría general sobre la relevancia típica de la deslealtad societaria más allá de los supuestos más sencillos de abuso de una posición que tenga claramente establecidos mediante contrato, indicaciones o normas las posibilidades y los límites de actuación.

Si nos fijamos en la Jurisprudencia de los países de nuestro entorno, las referencias a que sólo pueden ser relevantes para el Derecho Penal infracciones graves de los deberes de administrador o que determinadas infracciones de deberes mercantiles que producen daños patrimoniales no tienen que ver con el fin de protección de dichos deberes (no es suficiente la infracción de cualquier deber, sino que tiene que tratarse de deberes que tenga una relación funcional con la protección del patrimonio) utilizadas por la jurisprudencia alemana⁸³ no parecen resolver gran cosa. En el primer caso, queda pendiente de ulterior desarrollo una teoría sobre la conducta típica para determinar en qué supuestos la infracción de un deber mercantil puede ser valorada jurídico-penalmente como indicio de un riesgo no permitido (la cuestión no es la gravedad de la infracción del deber mercantil, sino cuando dicha infracción alcanza cualitativamente una gravedad que la hace jurídico-penalmente relevante) y en el segundo se traslada al ámbito de la imputación de resultados típicos cuestiones que deben ser resueltas previamente en la línea de las críticas que han hecho evolucionar la teoría de la imputación objetiva en los últimos años de tal manera que la normativización del tipo no alcance exclusivamente a la imputación de resultados, sino a la tipicidad en su conjunto.

Lo que me interesa a efectos del tema de que es objeto del presente estudio es la constatación de cómo del rol de administrador de una sociedad se derivan no sólo deberes negativos sino también “deberes positivos o de lealtad”⁸⁴. El administrador de una sociedad no recibe una

⁸⁰ Básica la STS 224/1998, de 26 de febrero, que señala en su Fundamento Jurídico Séptimo como desde las sentencias de 7 y 14 de marzo de 1994 se yuxtaponen “dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance”.

⁸¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 189 y ss., con ulteriores referencias jurisprudenciales. Son paradigmáticas en estos intentos de limitar el alcance del art. 252 las SSTs 841/2006, de 17 de julio y 1114/2006, de 14 de noviembre.

⁸² Sobre este debate recientemente, con ulteriores referencias: BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 201 y ss., pp. 220 y ss.; también GALLEGO SOLER, «Una visión general de los delitos defraudatorios contra el patrimonio en el Derecho Penal español», en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, 2008, pp. 21 y ss, pp. 240 y ss.; asimismo, cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 151 y ss.

⁸³ Cfr. al respecto BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 213 y ss.; cfr. también KUBICIEL, «Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit», *NStZ*, 2005, pp. 353 y ss.

⁸⁴ En sentido contrario, cfr. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, pp. 244 y ss., considerando que en el Derecho Penal español sólo existen los primeros. Creo que este autor no ha tenido en cuenta las relaciones entre los arts. 252 y 295 CP.

“cosa” (una empresa, un patrimonio, etc.) para devolverla o entregarla, sino que el administrador adquiere (mediante su nombramiento en la mayoría de los casos) un deber de gestión leal de un patrimonio organizado como sociedad derivado sinalagmáticamente de sus amplias competencias y capacidades de decisión. Al hilo del ejercicio de sus funciones puede infringir, con abuso de sus competencias, deberes concretos de entregar o devolver (una cantidad de dinero destinada a pagar una operación mercantil –ficticia o real- o pagar a la Tesorería de la Seguridad Social acaba en una cuenta suya⁸⁵, se hace desaparecer el dinero de la sociedad⁸⁶ o se carga en la cuenta de la sociedad gastos particulares que no son de la sociedad –distracción-⁸⁷), pero también puede realizar actuaciones no permitidas que no tengan que ver con dichos deberes elementales, pero sí con su deber especial de no actuar en perjuicio de la sociedad o de su socios⁸⁸. Por ejemplo, realizar contrataciones que resultan perjudiciales para la sociedad, en comparación con otras más beneficiosas que se podrían haber realizado, pero con las que el administrador sale ganando (por ejemplo, los Kick Backs en los que el administrador contrata con una empresa determinados servicios peores o más caros que otros posibles exclusivamente porque cobra comisiones⁸⁹).

La infracción de deberes concretos de entregar o devolver cuando las competencias del administrador están claramente tasadas o limitadas forma parte de la teoría clásica de los delitos patrimoniales (por ello existe un delito como la apropiación indebida con sus modalidades de apropiación y distracción). Lo fascinante desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos económicos es la determinación de la deslealtad relevante jurídico-penalmente en los supuestos como los de los administradores de sociedades, con una amplia (pero no ilimitada) libertad de gestión. Si, como ya he afirmado, no cabe la menor duda

⁸⁵ Paradigmáticas al respecto son las sentencias relativas al expolio que condujo al concurso del Grupo Torras, S.A. (SSTS 71/2004, de 2 de febrero y 37/2006, de 25 de enero).

⁸⁶ STS 224/1998, de 26 de febrero (caso "Argentia Trust").

⁸⁷ STS 1206/2006, de 29 de noviembre.

⁸⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, p. 194. En lo que no estoy de acuerdo con este autor es que, si bien es cierto que “no existe una obligación positiva de fomento del patrimonio empresarial” (p. 200), el administrador no detenta un mero deber negativo de *neminem laedere*, sino un deber positivo de salvaguardar los intereses de la sociedad (el administrador que, de forma consciente, deja que un tercero estafe a la sociedad que dirige porque a él le viene bien realiza una administración desleal). El administrador societario tiene la misma posición que cualquiera que asuma la protección o gestión de los intereses de otro (por ejemplo, un médico privado). Supuestos que JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, nm. 29/67 y ss.) ha denominado, en mi opinión de forma impropia (cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 78-79), como posiciones de garantía en virtud de una “confianza especial”. Si no existieran deberes positivos no tendría sentido referirse a un “deber de salvaguarda patrimonial” (al igual que con el médico que se establece un contrato de arrendamiento de servicio se puede hablar de un “deber de salvaguarda de la salud”). GÓMEZ-JARA DÍEZ no ha tenido suficientemente en cuenta que si bien el Derecho Penal no puede ocuparse de garantizar la maximización de la producción de valor o determinadas expectativas económicas de los socios (por ello afirma con razón que “no existe una obligación positiva de fomento del patrimonio empresarial” y en este sentido debe entenderse su afirmación en mi opinión), resulta indispensable garantizar una correcta distribución del valor que genere la empresa, de tal manera que los administradores antepongan los intereses de la sociedad y de los socios a los suyos propios. Los deberes que se derivan de esta idea exceden el básico *neminem laedere*.

⁸⁹ En profundidad SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 51 y ss., pp. 136 y ss., desde la perspectiva del perjuicio patrimonial que se puede ocasionar; también SCHÜNEMANN, *LK*, 266/125d.

de que el Derecho Penal español estabiliza deberes de gestión leal por parte de los administradores societarios, la institución del riesgo permitido así como los niveles de permisión de la conducta pasan a cobrar una especial relevancia en este ámbito de la administración desleal. Los niveles de riesgo permitido dependen, en gran medida, no sólo del tipo de gestión que se haya encargado (por ejemplo, se trata de una entidad de banca privada o de inversiones dedicadas a negocios de riesgo o a especular en mercado de valores), sino de la propia evolución social en este ámbito. Concretando en el contexto actual, el movimiento relacionado con el eslogan "buen gobierno corporativo"⁹⁰, que incide en unas mayores exigencias con respecto a los deberes de transparencia y lealtad de los administradores de sociedades –especialmente de las que cotizan en mercados de valores–, está generando mayores "riesgos penales" para este colectivo, con independencia de que no sufran variación alguna los tipos penales o los bienes jurídicos protegidos⁹¹. Ello es debido a que un cambio de concepción en los deberes de lealtad conlleva una modificación del alcance de la responsabilidad penal. Un sistema jurídico que tiende a establecer mayores niveles de exigencia con respecto a los deberes de transparencia y lealtad de los gobiernos corporativos de las sociedades que cotizan en mercados de valores reduce los ámbitos de riesgo permitido (restringe la libertad de los administradores), y, en consecuencia, amplía el ámbito de tipicidad de la administración desleal. Cabe pronosticar que el "boom" de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades que se ha producido en el cambio del siglo XX al siglo XXI no ha hecho más que empezar. Cada vez más conductas serán entendidas como relevantes para el Derecho Penal y comportamientos que hasta ahora han dado lugar a lo sumo a procedimientos penales sin condena puede que ya no tengan el mismo final en el futuro. Tras la sucesión de crisis que tienen su origen en decisiones de gestores de grandes empresas y que todavía estamos padeciendo nada será como antes. En este ámbito todo se encuentra en continua transformación y ello afecta a la permisión de las conductas y, por tanto, al alcance del tipo penal.

La teoría del riesgo permitido⁹² representa el instrumento dogmático adecuado para afrontar este tipo de cuestiones, sobre todo teniendo en cuenta la creciente juridificación y promoción de la autorregulación regulada en este ámbito. La teoría tradicional, que tiene su origen en la dogmática de la imprudencia, relativa al papel indiciario para la determinación del riesgo no permitido de las normas extrapenales (en este caso mercantiles) y las reglas técnicas o *lex artis* de

⁹⁰ Sobre el denominado movimiento de "gobierno corporativo" y su relevancia para el Derecho Penal, vid. por todos BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, *passim*, especialmente los trabajos de GÓMEZ-JARA DÍEZ y NIETO MARTÍN; cfr. también GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Gobierno corporativo y Derecho Penal», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 513 y ss.; HEFENDEHL, «Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen», *JZ*, 2004, pp. 18 y ss.; NIETO MARTÍN, «El programa político-criminal del *corporate government* (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)», *Revista de derecho y Proceso Penal*, 2004, pp. 259 y ss.; NIETO MARTÍN, *Revista Penal* (19), 2007, pp. 131 y ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 82-83.

⁹¹ Coincide en el pronóstico BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 193 y ss.

⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, 2001, pp. 267 y ss.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, 1999, pp. 194 y ss.

determinados sectores profesionales (en este caso códigos éticos, códigos de conducta, etc.) es perfectamente extrapolable a este ámbito delictivo. Resulta en la actualidad especialmente llamativo el papel de estas últimas con respecto al ámbito de los delitos societarios⁹³. La estrategia de gestión pública denominada de forma algo paradójica “autorregulación regulada” obliga a replantearse los términos de la clásica cuestión dogmática del papel de las reglas técnicas extrajurídicas para la determinación del riesgo permitido o de la permisión de conductas en el ámbito del Derecho Penal⁹⁴. En un trabajo de estas características, condenado a la transversalidad, sólo puedo dejar esta cuestión apuntada y pendiente de ulteriores trabajos monográficos. Estoy seguro de que la actividad judicial será en el futuro un acicate en este sentido teniendo en cuenta lo que está sucediendo en otros países de nuestro entorno económico.

c. La competencia por la creación de un riesgo

(i) Planteamiento general

Cuando se habla de la creación de un riesgo no permitido (o no evitación por parte de un garante) se está haciendo referencia a la imagen ideal de un sujeto que por sí solo organiza un hecho delictivo. Sin embargo, definimos mejor los problemas de imputación objetiva si más que de creación del riesgo no permitido hablamos en general de competencias con respecto al hecho descrito en la norma penal. Con ello abrimos en este punto nuestra perspectiva a dos fenómenos de especial significación en el ámbito de la delincuencia económica:

a) Muchas veces es una organización empresarial la que crea el riesgo. Mientras en la delincuencia tradicional lo habitual es que el sujeto realice el hecho “de propia mano” (en solitario o conjuntamente con otros), en el ámbito de los delitos económicos desempeña un papel relevante la realización de delitos desde estructuras empresariales.

b) Debido a las características del mundo económico, puede haber más sujetos competentes del hecho delictivo que el autor o los co-autores del mismo (asesores fiscales, asesores jurídicos, intermediarios financieros, entidades bancarias que realizan transferencias, etc.). En este ámbito caracterizado por una gran cantidad de contactos anónimos y estandarizados, muchas veces en el contexto de actuaciones profesionales habituales en el tráfico económico, la restricción de la participación criminal a límites razonables representa una acuciante necesidad práctica.

(ii) Especial referencia a la imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales

Con respecto a la primera cuestión, si bien la doctrina viene distinguiendo conceptualmente de forma correcta entre Derecho Penal económico y delitos de empresa, en gran medida los delitos

⁹³ DARNACULETA I GARDELLA, «Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2008, pp. 140 y ss.

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2008, pp. 200 y ss.

económicos son delitos de empresa, por lo que el Derecho Penal económico obliga a enfrentarse al intrincado problema de la imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales, como se puede apreciar en cualquier manual sobre la materia. En esta ponencia sólo puedo hacer unas cuantas indicaciones generales remitiéndome a mi reciente monografía sobre “Derecho penal de la empresa e imputación objetiva”⁹⁵ para un análisis más detallado. Desde la perspectiva que interesa aquí, la teoría de la imputación objetiva también demuestra en este ámbito básico para el actual desarrollo de la teoría jurídica del delito su superioridad frente a otras teorías menos normativas, abriendo toda una interesante vía de análisis en relación a los ya numerosos estudios monográficos existentes sobre criminalidad de empresa⁹⁶.

Las teorías tradicionales del tipo podrían seguir utilizándose para imputar hechos delictivos en casos de empresas pequeñas sin demasiada complejidad u organizaciones empresariales donde existe un superior jerárquico que ostenta de forma monopolística el poder de mando y decisión sobre un grupo reducido de subordinados. Sin embargo, las cosas se complican cuando nos tenemos que enfrentar a las características que suele presentar la “empresa moderna” que, además, no presenta una foto fija sino un perfil que cambia con suma rapidez. Un sector doctrinal venimos señalando como lo decisivo no es quién ejecuta “de propia mano” las acciones (modelo de imputación bottom up), ni tampoco quien tiene un mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial (modelo de imputación top down), sino que habrá que atenerse a la asignación material de competencias⁹⁷. Si bien en la praxis jurisprudencial relativa a los grandes casos de delitos económicos en nuestro país, especialmente los relacionados con las entidades bancarias más importantes, llama la atención el peso “personalista”, adoptándose las decisiones relevantes por una persona o, a lo sumo, un número reducido de personas⁹⁸, no se debe dejar de tener en cuenta que, con respecto a la comisión concreta de hechos delictivos, tienen gran relevancia las decisiones de los mandos intermedios o jefes o encargados de secciones o departamentos específicos. A veces la responsabilidad como autores será sólo de éstos y, en otras ocasiones, su responsabilidad implicará también la de sus superiores que llegan a tolerar determinadas prácticas o que no les ponen freno.

En todo caso, cuando nos enfrentamos a la criminalidad de empresa, la imputación objetiva a los integrantes de la empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial. Por ejemplo, en un delito de lesiones imprudentes, es la empresa la que tiene que haber creado un riesgo no permitido que se ha concretado en lesiones a la salud de los

⁹⁵ Resumen en FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (40, Monográfico "Empresa y Derecho Penal"), Julio-Agosto 2007, pp. 5 y ss.

⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 18.

⁹⁷ Por todos, recientemente, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 155 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tomo I, 2ª ed., 2007, pp. 707 y ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, pp. 35 y ss. y *passim*.

⁹⁸ Al respecto, véanse las SSTS 841/2006, de 17 de julio y 1114/2006, de 14 de noviembre, en ambos casos relacionados con remuneraciones, bonus o planes de pensiones de los propios miembros del Consejo de Administración de las principales entidades financieras de este país.

consumidores o de un trabajador. Si la empresa ha creado un riesgo permitido o, por ejemplo, consigue pagar menos por el impuesto de sociedades gracias a una complicada operación de ingeniería fiscal que no sobrepasa el nivel de fraude ley sin llegar a ser un negocio simulado, no habrá que plantearse ya la imputación del correspondiente hecho delictivo a individuo alguno (salvo casos muy marginales de tentativa inidónea). La responsabilidad individual en el ámbito de la denominada criminalidad de empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial.

A partir de esta idea, el criterio normativo clave para imputar el hecho a un integrante de la organización ya no es la de dominio, ni siquiera de dominio social con respecto al bien jurídico. Se trata de un criterio insuficientemente normativo en la medida en la que el dominio puede ser puramente casual o, incluso, en supuestos de omisión simple, puede haber un fuerte dominio de la situación de desamparo⁹⁹ sin que ello legitime la imputación del hecho. El criterio decisivo es el de la competencia dentro de la organización (que es la que fácticamente tiene un dominio global sobre el hecho)¹⁰⁰, evidentemente teniendo en cuenta que el Derecho Penal no se rige por criterios meramente formales sino por criterios materiales. En este sentido lo que interesa es determinar quién ha operado en el caso concreto como administrador de hecho en una empresa, entendido esto en sentido amplio. El administrador de Derecho sólo interesa a efectos de imputación jurídico-penal cuando coincide con lo que el sistema jurídico-penal entiende como un administrador de hecho. Lo decisivo es si lo que establecen las leyes mercantiles se corresponde materialmente con la realidad; es decir, si alguien siendo administrador de Derecho se ha comportado real y materialmente como administrador de hecho con respecto al hecho relevante para el Derecho Penal (concepto funcional de administrador, muy discutido por un sector doctrinal más apegado a un concepto formal de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho mercantil).

Ciertos criterios normativos desarrollados desde la teoría de la imputación objetiva tienen especial relevancia en este ámbito: la delimitación objetiva de ámbitos de organización que hace que ni siquiera dentro de una organización empresarial todo sea cosa de todos¹⁰¹, el principio de confianza¹⁰², etc. Se trata de criterios igualmente válidos para supuestos activos u omisivos, dolosos o imprudentes.

⁹⁹ Si bien DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, pp. 146 y ss. no deja de apreciar estos inconvenientes, no es capaz de plantear una alternativa, a pesar de afirmar que busca una solución basada en una "teoría de esferas de responsabilidad" (pp. 50 y ss.).

¹⁰⁰ Se podría decir que el criterio decisivo es que alguien sea garante dentro de la empresa de evitar lo que ha sucedido. Utilizar el término garante es delicado, ya que para muchos se trata de un término vinculado exclusivamente a la comisión por omisión. Con la referencia a la competencia se pretende utilizar un término que englobe tanto a los supuestos comisivos como omisivos, lo cual dentro de las organizaciones empresariales suele depender más bien de factores puramente casuales.

¹⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 176 y ss., pp. 184 y ss.

¹⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 193 y ss. Sobre este principio, cfr. también el reciente estudio monográfico de MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 2009, pp. 279 y ss. y *passim*.

La concepción material del injusto sostenida aquí hace que no existan diferencias materiales entre los supuestos en los que los administradores o trabajadores de la empresa realizan una conducta delictiva en relación a los deberes negativos de la empresa (no contaminar el medio ambiente, por ejemplo) o a los deberes positivos de la misma (obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, por ejemplo). Mientras en el primer supuesto se trata de determinar quién o quiénes detentan materialmente competencias con respecto al control de outputs lesivos de la organización, en el supuesto de deberes especiales el problema esencial de imputación consiste en determinar quién, siendo materialmente competente del cumplimiento de deberes especiales (por ejemplo, tributarios o de colaboración con entidades supervisoras como la CNMV) por parte de la empresa o sociedad, infringe sus deberes en el marco de dichas competencias (en el caso del administrador de hecho porque fácticamente ha asumido dichos deberes especiales¹⁰³). A estas alturas de mi exposición la conclusión de que no son ciertas las ideas de que, cuando un sujeto dentro de la organización empresarial detenta competencias que tengan que ver con el cumplimiento de deberes positivos por parte de la empresa, no quepa la delegación ni el acceso a los especiales deberes que se encuentran en la base del injusto penal ni de que sólo puedan responder los administradores de derecho a través de la cláusula de la actuación en nombre de otro (art. 31 CP) cae por su propio peso¹⁰⁴.

¹⁰³ Con ello no creo que, utilizando una nomenclatura extendida utilizada por él, convierta “delitos de infracción de deber” como el delito fiscal del art. 305 CP en “delitos de dominio” como me objeta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 101-102, en un debate llevado a cabo sobre cuestiones de autoría con respecto a la defraudación tributaria en estructuras empresariales.

No se trata de cuál es la naturaleza del delito, sino de a quién se le imputa. Si un administrador de hecho de una sociedad falsea la contabilidad y presenta una declaración falsa que le permite ahorrar a la entidad para la que trabaja el ingreso de más de 120.000 euros en relación al impuesto de sociedades será autor -vía art. 31 CP- de un delito fiscal que tiene como soporte los deberes tributarios de la sociedad. El fundamento dogmático del tipo y la competencia (como autor o partícipe) por la realización del hecho típico son cuestiones interrelacionadas pero que deben ser diferenciadas claramente en el marco de una teoría general de los delitos económicos. Se pueden, por tanto, tener en cuenta datos fácticos (como poder o capacidades de decisión en la marcha cotidiana de una empresa) para imputar a un sujeto injustos que no tienen que ver con organizaciones perjudiciales para terceros, sino más bien con el cumplimiento de deberes especiales de la empresa o persona jurídica en el marco de sus relaciones con la Administración.

Como ya he señalado más arriba (supra apartado IV.2), para resolver adecuadamente estas cuestiones no es preciso recurrir a categorías mixtas que yuxtapongan la idea de organización defectuosa (lo que se suelen denominar elementos de dominio) con la de solidaridad especial (lo que se suelen denominar elementos de infracción de un deber especial).

Trata con especial detalle estas cuestiones MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, pp. 93 y ss., llegando a la principal conclusión -que asumo sin reservas- de que “más allá de las diferentes concepciones sistemáticas del delito que asumimos y más allá de una divergencia en la fundamentación, FEIJOO y yo llegamos a conclusiones muy parecidas a la hora de determinar la responsabilidad en el marco de estructuras empresariales y exactamente a la misma conclusión a la hora de poder llegar a considerar como verdadero administrador de hecho, a efectos del art. 31 CP, al asesor fiscal que (pese a carecer de la posición especial de obligado tributario) ostenta el dominio social en la empresa, por haber realizado un verdadero acto de asunción fáctica que le sitúa en una posición de competencia específica efectiva, no sujeta a control directo de terceras personas, sobre la vulnerabilidad del bien jurídico concretamente protegido en la norma del art. 305” (p. 102).

¹⁰⁴ Recoge diversas sentencias del Tribunal Supremo y de diversas Audiencias Provinciales en este sentido GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 218-223 y GÓMEZ MARTÍN, «La “actuación por otro” y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 427 y ss.

(iii) Especial referencia a la responsabilidad penal del asesor

En cuanto a la imputación del hecho “a través” de un autor autorresponsable al que se le ha facilitado la comisión del delito, cabe hacer aquí una referencia especial a la figura del asesor (jurídico, contable, fiscal, etc.) previa a la comisión del hecho delictivo¹⁰⁵. Cualquier profesional que presta sus servicios de asesoramiento se puede ver involucrado en una actividad delictiva. Lo decisivo es que la incorporación a la organización delictiva venga motivada por el propio sentido del comportamiento, es decir, no dependa exclusivamente de cómo otros se han aprovechado de la colaboración o información. En esta materia la teoría de la imputación objetiva ha realizado importantes contribuciones a través de la modernización y normativización de la tradicional “teoría de la prohibición de regreso o retroceso” o bajo el manto del topos conductas neutrales¹⁰⁶.

La STS 189/2007, de 6 de marzo, señala como “en nuestra jurisprudencia se ha receptado en diversos precedentes la teoría de la imputación objetiva (entre otras STS de 23.4.1992), que requiere para la tipicidad de la acción que ésta constituya un peligro jurídicamente desaprobado. Es decir, la relación causal de la conducta con el resultado no es suficiente para la realización del tipo, es preciso que el autor haya actuado por encima del límite del riesgo permitido [...]. Tampoco es participe en el mismo, toda vez que, sin perjuicio del dolo [...] su conducta nada aportó a la comisión del hecho punible. Es cierto que, desde el punto de vista puramente causal, sin su actuación el delito formalmente no se hubiera cometido, pero, se trata, en todo caso de una acción neutral, toda vez que no aumenta el riesgo de comisión del delito ni favorece al delito cometido [...]. La jurisprudencia de esta Sala se ha referido a las acciones neutrales en diversos precedentes (SSTS 185/2005; 797/2006; 928/2006; 34/2007)”.

En la actualidad el debate sobre “los límites mínimos de la participación” se centra en gran medida entre quienes entendemos que lo decisivo es que la conducta adquiera por sí misma y en su contexto “el sentido o significado objetivo de facilitar la futura comisión del delito”¹⁰⁷ y los que

¹⁰⁵ ROBLES PLANAS, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2008, pp. 1 y ss., con ulteriores referencias; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 81 y ss.; WESSING, «Strafbarkeitsgefährdungen für Berater», *NJW*, 2003, pp. 2265 y ss., tratando los riesgos penales desde la perspectiva interna del abogado asesor.

¹⁰⁶ De tal manera que, más allá de la perspectiva general en el marco de la teoría de la participación o de la imputación objetiva, existe todo un cuerpo doctrinal dedicado monográficamente a la relevancia de la “intervención” en hechos delictivos mediante actuaciones profesionales, muy centrada en actuaciones de entidades financieras y asesores: HASSEMER, «Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung», *Wistra*, 1995, pp. 41 y ss., pp. 81 y ss.; KÜDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, 2002; LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, 2002, pp. 66 y ss. y *passim*; OTTO, «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens», *JZ*, 2001, pp. 436 y ss.; PILZ, *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, 2001; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingstes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen des Beihilfeunrechts*, 1995.

¹⁰⁷ En sentido contrario expresamente contra mi posición RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 140 y ss., pp. 155-156. Sin embargo, si la relación de un comportamiento con otras posibilidades no es

consideran que los conocimientos o las intenciones del partícipe pueden cambiar la valoración jurídico-penal de la conducta convirtiendo una “acción en principio neutral” desde el punto de vista del sistema jurídico en una conducta punible¹⁰⁸. Los defensores de este segundo grupo de teorías¹⁰⁹ (que suelen concebir la teoría de la imputación objetiva como una mera teoría de criterios normativos para la imputación de resultados típicos) buscan excluir la mayoría de los supuestos de dolo eventual, especialmente cuando la actuación del posible partícipe se realiza durante la fase de actos preparatorios. De esta manera el conocimiento seguro, casi seguro o altamente probable o la intencionalidad convierten en incorrecto lo que objetivamente es correcto, estableciendo un tratamiento diferenciado entre las diversas modalidades de dolo que carece de anclaje en el Derecho positivo, por no decir que resulta incompatible con un sistema que establece en general diferenciaciones de tratamiento entre dolo e imprudencia pero no entre diversos tipos de dolo. Por otro lado, curiosamente, parece que el favorecimiento con dolo eventual pasa a ser relevante cuando objetivamente se trata de una clara conducta de participación, perdiendo relevancia los criterios subjetivos. Ello demuestra que los defensores de utilizar una mezcla de criterios objetivos y subjetivos tienen el objetivo político-criminal de dejar fuera del ámbito penal los supuestos en los que alguien cuenta con que otro va a realizar un hecho delictivo, pero sin que ello se derive de motivos objetivos concretos derivados del contexto en el que está actuando ni de un conocimiento de la resolución delictiva de terceros (con la idea de que no tiene sentido, resulta socialmente contraproducente o, simplemente, no existe un

alternativa, sino cumulativa ello no excluye la responsabilidad penal. Por ejemplo, si a alguien se le deja un mechero para que se encienda un cigarrillo y queme a otra persona a la que ha rociado de gasolina, que la colaboración sirva para varias cosas, unas legales y otras delictivas, no excluye que es esté facilitando la comisión de un delito, aunque sea junto con otras conductas irrelevantes. Si un empleado bancario realiza una transferencia de forma ilegal y contra las prescripciones del Banco de España, estando destinada una parte del dinero a defraudar a la Hacienda Pública y otra para fines legítimos, se trata de un hecho que tiene una dimensión legítima junto a una dimensión delictiva.

¹⁰⁸ Sobre este debate, muy condicionado por la concepción de la que se parta sobre el fundamento del injusto, y que, a su vez, resulta de especial relevancia para el desarrollo dogmático de la “teoría de la imputación objetiva” y la relevancia de los denominados “conocimientos especiales” en el sentido de las últimas versiones de la teoría de la causalidad adecuada (ENGISCH), cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 50 y ss., con ulteriores referencias; también ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2008, pp. 4 y ss. Ambos autores desarrollamos en estos trabajos planteamientos que ya hemos venido llevando a cabo en trabajos anteriores.

¹⁰⁹ Cuyo principal representante es ROXIN. Esta tesis es defendida con más o menos matices por autores relevantes como AMBOS, AMELUNG, OTTO, RANSIEK o TIEDEMANN, así como en los interesantes escritos de habilitación de KÜDLICH sobre el favorecimiento de hechos delictivos mediante actuaciones profesionales y de RACKOW sobre “acciones neutrales” como problema del Derecho Penal y, especialmente, ha sido asumida en sus aspectos esenciales por el Tribunal Supremo alemán desde el año 2000. Cfr. con mayor detalle y ulteriores referencias FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 55 y ss.; KRETSCHMER, «Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnehmeunrecht?», *Jura*, 2008, pp. 26-27; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 282, 306 ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2007, nm. 4/190 y s.

Desde la perspectiva de este trabajo es interesante resaltar que la actual doctrina del TS alemán se fija en tres sentencias: en el año 1998 (BGH, *NStZ-RR*, 1999, pp. 184 y ss.) con relación a un notario que en el marco de su actividad profesional interviene en una administración desleal, en el año 1999 (BGH, *Wistra*, 1999, p. 459; también BGH, *NStZ*, 2000, p. 34) en el caso de un abogado que ayuda a un cliente a “darle apariencia de seriedad” a una estafa y en el año 2000 (BGHSt 46, pp. 107 y ss., con recensiones de KÜDLICH, *JZ*, 2000, pp. 1178 y ss.; y LESCH, *JR*, 2001, pp. 383 y ss.) primera sentencia del TS alemán que trata la responsabilidad penal por participación en un delito fiscal de los empleados de banca que realizan transferencias al extranjero (en este caso Luxemburgo y Suiza).

interés general en llevar la protección de bienes jurídicos tan lejos)¹¹⁰. A partir de ese “mínimo” como umbral de relevancia, los aspectos subjetivos pasan a ser los decisivos. Los que defendemos la tesis contraria y consideramos que lo decisivo es que la conducta adquiera por sí misma y en su contexto “el sentido o significado objetivo de facilitar la futura comisión del delito”, creemos que sigue teniendo relevancia a efectos de valoración jurídico-penal el principio de autorresponsabilidad y la delimitación de esferas de responsabilidad en el marco de un sistema de libertades y de una sociedad de la confianza, llevando el umbral de relevancia jurídico-penal incluso a supuestos donde existe un conocimiento altamente probable o la intención de que un tercero delinca¹¹¹.

De acuerdo con el punto de partida expuesto, en este ámbito de los asesores resulta especialmente relevante que el asesoramiento se realiza en la fase de actos preparatorios (incluso puede que no haya una clara resolución delictiva por parte del que solicita el asesoramiento o consejo), por lo que objetivamente se precisa una clara adaptación específica al plan delictivo o a la futura organización del hecho delictivo. Mientras el servicio (listado de países con determinadas características en su legislación, por ejemplo) pueda tener otro sentido que el delictivo no se podrá hablar de participación. Ello es especialmente relevante cuando se trata de informaciones abstractas que se pueden obtener de diversas fuentes, sin vincular el suministro de la información a la realización de un hecho concreto (por ejemplo, información sobre persecución de hechos hipotéticamente delictivos y la aplicación del Derecho a esos casos)¹¹². En estos casos es evidente que el aprovechamiento delictivo de la prestación es competencia exclusiva del que hace uso de dichas informaciones para llevar a cabo una conducta delictiva.

Sin embargo, no se debe dejar de tomar en consideración que las relaciones de los asesores con sus clientes no se pueden calificar en muchos casos como anónimas y estandarizadas (como puede ser, por ejemplo, la venta de productos en un supermercado) y, en este sentido, no resulta normal que alguien busque un asesor altamente especializado con pago de una remuneración alta para solicitar meros “asesoramientos abstractos”. Si, en este sentido, el asesoramiento se torna claramente “consejo delictivo” entendido como “parecer o dictamen que se da para hacer o no hacer una cosa”, entramos de lleno en el ámbito de la participación¹¹³. Más evidente se torna la cuestión si el consejo no engloba sólo una consulta sobre *si* se realiza la acción delictiva sino que incluye el *cómo* se realiza¹¹⁴.

¹¹⁰ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 571-572.

¹¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, 1999, pp. 59-60.

¹¹² GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, pp. 735-736: “[...] si la información suministrada se limita a exponer una situación u orden de cosas, la prestación se mantiene en el ámbito de lo permitido”); cfr. también GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte Especial, Tomo II*, 2007, p. 650; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2008, pp. 14 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 90 y ss., con ulteriores referencias.

¹¹³ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., 2007, p. 736; también SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 91-92.

¹¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., 2007, p. 564.

- (iv) Especial referencia a ciertos deberes profesionales de colaboración con el Estado en la prevención del fraude fiscal y del blanqueo de capitales

En el Derecho Penal español no existe un deber general de impedir delitos económicos (art. 450 CP). No evitar un delito económico es una conducta, en principio, atípica. Sin embargo, en el ámbito administrativo han venido surgiendo ciertos deberes de colaboración de determinados profesionales con la Administración, deberes especialmente llamativos de cara a la prevención del fraude fiscal y del blanqueo de capitales. Ello se enmarca en una clara tendencia a nivel internacional no sólo de promover coactivamente la colaboración de las empresas en la persecución de las infracciones administrativas y penales cometidas por sus empleados y directivos -lo cual está dando lugar mediante el recurso a las “palabras mágicas” *compliance* como nuevo fin del Derecho Penal¹¹⁵ o a la autorregulación como estrategia del Estado a un nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹⁶ del que representan espléndidos ejemplos el Decreto legislativo italiano 231/2001¹¹⁷ o el actual Proyecto de reforma del Código Penal-, sino también de imponer obligaciones a determinados colectivos profesionales (bien como individuos o bien como organizaciones empresariales) para facilitar la prevención, detección y persecución de los delitos cometidos por sus clientes.

El Estado, dando fe de ineficacia en algunos ámbitos, está haciendo que la sociedad civil cumpla nuevas funciones preventivas que, tradicionalmente, le resultaban ajenas en el marco de un Estado liberal de Derecho. Dicho de forma gráfica, se está configurando una especie de “sistema para-policial privado” (con coste público cero) en el que el Estado basa en gran medida su capacidad de control de determinados ámbitos sociales. 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 y no vernos arrastrados por la pura administrativización en este ámbito¹¹⁸.

¹¹⁵ VOGEL, en VV.AA., *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 735 y ss.

¹¹⁶ Paradigmática la propuesta de la monografía de NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, con resumen en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, 2008. Sobre esta cuestión desde una perspectiva dogmática, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2008, pp. 199 y ss., con un análisis crítico de la propuesta de NIETO MARTÍN en las pp. 227 y ss.

¹¹⁷ NISCO, «Finanzmarktstrafrecht in Italien-Entwicklungen und kritische Anmerkungen», *ZStW* (120), 2008, pp. 94 y ss.

¹¹⁸ En sentido contrario, observa esta tendencia con una valoración positiva NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, pp. 131 y ss., considerando que con este tipo de estrategias se consigue “una forma de control social más sofisticada” (p. 133). El problema es que esta “forma de control social más sofisticada” no está representando una alternativa al ordenamiento jurídico-penal y las soluciones penales, sino que más bien se está convirtiendo en un fenómeno de expansión desfiguradora del Derecho Penal.

La idea de HASSEMER («Aktuelle Persektiven der Kriminalpolitik», *StV*, 1994, pp. 336-337, y «Perspektive einer neuen Kriminalpolitik», *StV*, 1995, pp. 489-490) de utilizar “sistemas técnicos de prevención” como alternativa al Derecho Penal está siendo desmentida por la realidad. Sobre esta idea de HASSEMER de la prevención técnica como alternativa al Derecho Penal para la prevención de delitos, vid. HEFENDEHL, «Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine: Die technische Prävention und das Strafrecht», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, (edits.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, 2006, pp. 48 y ss.; y WOHLERS, «Strafrecht als

Como sucede con la política económica o con la política fiscal, los fines preventivos de estas políticas no tienen que ser compatibles totalmente con las funciones propias del Derecho Penal. La prevención del delito fiscal y del delito de blanqueo de capitales, intereses centrales para el Estado, representan la punta del iceberg de este creciente intervencionismo por vías indirectas (y, por tanto, más difusas). Por citar sólo algunos ejemplos en relación a otros ámbitos, los intermediarios financieros también son llamados a colaborar en la lucha contra la información privilegiada y la manipulación de mercados o las empresas que prestan servicios en internet tienen que realizar cada vez mayores funciones policiales.

Con este panorama regulativo, ¿puede adquirir relevancia penal el que uno de estos profesionales, infringiendo dichos deberes extrapenales de colaboración para prevenir delitos fiscales o de blanqueo, facilite o favorezca la comisión de un hecho delictivo? En la doctrina se pueden encontrar opiniones divergentes. Mientras un sector considera que la infracción de estos deberes puede ser jurídico-penalmente relevante, otro sector entiende, en el otro extremo, que la infracción de estos deberes legales de colaboración para la prevención contra el fraude y el blanqueo nunca puede fundamentar una posición de garante, por lo que sólo puede generar responsabilidad administrativa¹¹⁹.

En el fondo esta última posición está denunciando implícitamente la existencia de sobre-exigencias a la sociedad civil (profesionales a los que se le asignan funciones policiales de persecución y prevención de delitos) y una excesiva administrativización del Derecho Penal. En todo caso, en lo que existe consenso entre los autores que han afrontado esta cuestión, es que no cualquier infracción administrativa relativa a la prevención del fraude fiscal o del blanqueo puede dar lugar automáticamente a la responsabilidad penal del profesional obligado, orientándose la solución más extendida hacia posiciones doctrinales alejadas de ambos extremos de acuerdo con criterios normativos específicamente jurídico-penales.

A efectos de simplificar la exposición me centraré en la actividad profesional de los notarios. Aunque la doctrina jurídico-penal se ha ocupado preferentemente de otros colectivos profesionales como los empleados de banca y entidades financieras o los abogados, los notarios han pasado a ocupar un lugar protagonista en el sistema de prevención del fraude fiscal y del

ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, (edits.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, 2006, p. 56. Este es uno de los grandes debates teóricos que deben desarrollarse en la actualidad con respecto al futuro del Derecho Penal económico, pero se trata de una cuestión de diseño de políticas públicas preventivas que queda fuera de los objetivos de este trabajo.

¹¹⁹ Sobre el estado de la cuestión en la doctrina española, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., 2007, pp. 561 y 563; también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., 2005, pp. 514-515, pp. 522-523.

blanqueo de capitales¹²⁰, especialmente porque por sus características institucionales se encuentran de forma más clara al servicio de las políticas jurídicas del Estado.

Una de las funciones esenciales del notariado es el control de la legalidad¹²¹. Así lo establece no sólo de partida la Ley del Notariado en el art. 1 (“El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”) sino también en otros preceptos del mismo texto legal como el art. 17 bis (“el notario deberá dar fe...de que el otorgamiento se adecua a la legalidad”). El art. 24 de la Ley del Notariado, modificado por la ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, establece a mayores que “los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”, añadiendo que “este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades”.

En el marco de un Estado social de Derecho y de las complejas sociedades modernas la idea de control de legalidad ha ido cambiando y ampliando su significado original (decimonónico). El acto o contrato autorizado por el notario debe ser integrado plenamente por éste en la vida jurídica (en la legalidad vigente) y pasar a formar parte del ordenamiento en su totalidad, cumpliendo así sus fines en consonancia con todas las demás piezas del sistema jurídico. El notario ha pasado de esta manera a cumplir una función como instrumento de prevención de las

¹²⁰ Esta cuestión ha sido tratada en dos libros colectivos de los años 2006 y 2007, referenciados a continuación: PALACIOS CRIADO/FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, 2006, y FUENTES MARTÍNEZ, (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, 2007.

A pesar de estas dos recientes publicaciones, se sigue echando de menos hasta la fecha un mejor tratamiento en la literatura jurídico-penal española de la cuestión de las responsabilidades penales del notario más allá del delito de falsedades documentales.

La única excepción reseñable en la doctrina penal a esta ausencia de tratamiento es el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, «La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos», en PALACIOS CRIADO/FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, 2006, pp. 167 y ss., que, partiendo de un análisis de la jurisprudencia, señala como tanto “la creciente imposición de deberes jurídico-públicos a los notarios cuya infracción puede llegar a tener trascendencia penal” como “los cambios (mayor competencia externa e interna, carácter crecientemente masivo de sus intervenciones) a que se ha visto sometida la actividad profesional notarial en los últimos años” permiten augurar un incremento de la responsabilidad penal por los delitos cometidos por sus clientes.

A pesar de la escasez de tratamiento de estas cuestiones, como señala el notario FUENTES MARTÍNEZ, en un trabajo reciente que trata sobre “Control de legalidad notarial e ilícitos penales”, la clara tendencia a una creciente imposición de deberes al notario, modificando su función de control de la legalidad, hace que haya que replantearse con mayor profundidad que hasta la actualidad este tipo de cuestiones relativas a las nuevas responsabilidades de los notarios. Cfr. FUENTES MARTÍNEZ, (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, 2007, pp. 66 y ss. Sobre lo que denomina este notario “caso crítico de la legislación sobre prevención del blanqueo de capitales”, cfr. FUENTES MARTÍNEZ, «El alcance del control de la legalidad de los actos y negocios jurídicos por parte del notario: (la “posición de garantía” del Notario)», en PALACIOS CRIADO/FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, 2006, pp. 132 y ss., señalando ciertos problemas que presenta la legislación de control de blanqueo de capitales en relación con las funciones propias del notariado.

¹²¹ STC 207/1999, de 11 de noviembre.

situaciones de ilegalidad. La función de control de la legalidad pasa, pues, a encerrar una dimensión de protección de intereses públicos que implica múltiples obligaciones legales, no sólo las tradicionales previas al otorgamiento del documento público a efectos de autorizar o no el documento, sino también –que es lo que aquí interesa– posteriores. Como ha señalado expresamente la Directora General de los Registros y del Notariado, las nuevas fronteras del Notariado en su función de servidores de los servicios públicos se encuentran, precisamente, en la colaboración para la prevención del blanqueo de capitales y del fraude fiscal¹²². Existe una clara tendencia a incrementar los deberes de colaboración de los notarios con las Administraciones Públicas para la prevención del fraude fiscal y del blanqueo de capitales, nuevas responsabilidades que son asumidas claramente por la DGRN y que forman parte de una política de adecuación de las funciones notariales a las nuevas necesidades de los modernos Estados sociales.

Desde el punto de vista del delito de defraudación tributaria existe un cuerpo normativo estatal y autonómico que establece deberes del notario de remitir información en la posición de un tercero obligado a informar a la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 93 LGT en el marco de la Sección relativa a la “colaboración social en la aplicación de los tributos”. Con relación a los aspectos jurídico-penales vinculados a la existencia de dicho estatus de tercero obligado a proporcionar información a la Administración tributaria, cabe plantearse dos supuestos: el cumplimiento de los mismos por parte de los notarios o bien su incumplimiento. En la medida en la que el notario no actúe como representante tributario sólo puede responder como partícipe (el tercero obligado a informar a la Administración contemplado en el art. 93.4 LGT no es un obligado tributario). Desde el punto de vista de la legislación tributaria española, el notario detenta una posición jurídica independiente, tanto con respecto a la Administración como al obligado tributario, a raíz del documento que ha autorizado. Si esto es así resulta evidente que es aplicable todo lo dicho anteriormente con respecto a los criterios normativos para fundamentar una participación delictiva en relación al asesor. El cumplimiento del estándar normativo no puede fundamentar la responsabilidad penal del notario, con independencia de sus representaciones (podría responder por otras razones, pero no por intervenir en un acto o negocio jurídico cumpliendo todos sus deberes). En sentido contrario, el incumplimiento podría dar lugar a una responsabilidad penal por participación en la medida en la que el notario se aleje del cumplimiento de su rol jurídico y se den todos los requisitos que exige la doctrina en el ámbito de la participación criminal. La doctrina suele excluir la atipicidad de la conducta, incluso en fase de actos preparatorios, cuando el profesional incumple especiales deberes positivos o de garante con relación a la comisión de hechos delictivos¹²³. En conclusión, un incumplimiento, bien generalizado o bien puntual, por parte del notario de los deberes de información sobre las operaciones realizadas, que llegue a favorecer o facilitar la comisión de un delito de defraudación

¹²² BLANCO-MORALES LIMONES, «Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica», en FUENTES MARTÍNEZ, (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, 2007, pp. 26 y ss.

¹²³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, 1999, pp. 79, y 81 y ss.; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 160 y ss., con ulteriores referencias; especialmente, pp. 175 y ss.

tributaria puede hacerle responder como partícipe en dicho delito¹²⁴. Sin embargo, si bien se le puede imputar objetivamente el hecho al notario (aunque no tenga una competencia preferente como autor), los límites a la responsabilidad penal pueden llegar a través de las exigencias subjetivas. Sólo podría haber responsabilidad penal en los casos en los que el notario actuara con dolo (al menos con dolo eventual), por lo que los casos de favorecimiento imprudente de la defraudación tributaria serían atípicos en la medida en la que en el Derecho Penal español no se encuentra tipificado el delito de defraudación tributaria imprudente¹²⁵. La decisión general del legislador penal de tipificar en exclusiva la modalidad dolosa hace que, en principio, no quepa esperar que los deberes contemplados en la legislación tributaria para colaborar en la lucha contra el fraude fiscal supongan un incremento sensible de las posibilidades de responsabilidad penal de los notarios.

Distinta es la situación con respecto al delito de blanqueo o legitimación de capitales o dinero –único delito en el ámbito del Derecho Penal económico que tipifica una modalidad por imprudencia grave–, que se está convirtiendo en un claro foco de “riesgo de punición” (o, al menos de verse implicado en un proceso penal, con el correspondiente coste de reputación) para este colectivo profesional¹²⁶. En este ámbito delictivo la primigenia prohibición de ocultar el origen delictivo de bienes o dinero se ha convertido para determinados profesionales que en su actividad pueden ser más “vulnerables” frente a este tipo de operaciones en un deber (policial) de prevención. En realidad, en mi opinión, este es uno de los aspectos político-criminales que

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, en PALACIOS CRIADO/FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, 2006, pp. 179 y 202, señala desde una perspectiva general cómo “el notario que favorece hechos delictivos de terceros mediante la infracción de deberes propios de la actividad notarial, puede ser calificado como partícipe, en la medida en que se den adicionalmente los demás presupuestos objetivos y subjetivos de tal atribución de responsabilidad”.

En el Fundamento de Derecho Vigésimosegundo de la Sentencia del Tribunal Supremo 1036/2003, de 2 de septiembre, que se puede entender cómo el “caso jurisprudencial de referencia” sobre la responsabilidad penal de los notarios por delitos realizados por terceras personas gracias al incorrecto comportamiento del notario, se señala cómo “es doctrina pacífica y muy consolidada de esta Sala Casacional, que no es preciso un acuerdo inicial entre el autor y el cómplice, sino que basta el presunto o tácito concierto de voluntades, con tal que dicho partícipe realice aportaciones al “iter criminal”, con conocimiento (siquiera sea meramente representativo...) de que con tal acción favorece el delito. La cooperación necesaria requiere un acto sin el cual no se habría producido el delito, mientras que la complicidad supone la aportación de condiciones meramente favorecedoras del delito”. Al final de este fundamento señala el Tribunal Supremo cómo por la vía del garante, a la que hoy se refiere el art. 11 del Código Penal, el notario que incumple sus obligaciones legales puede responder como partícipe, equiparándose su omisión al actuar.

¹²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, «La participación imprudente y la participación en delito imprudente en el Derecho Penal español: Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997», en VV.AA., *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 271-272; y FEIJOO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? (y II)», *La Ley* (Cuadernillo nº 4973), 19 de enero de 2000, p. 6.

¹²⁶ Sobre ello vid. por todos, PALACIOS CRIADO, «Blanqueo de capitales. Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios», en PALACIOS CRIADO/FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, 2006, pp. 45 y ss.; ZARAGOZA AGUADO, «El blanqueo de capitales. La comisión culposa y las profesiones jurídicas», en FUENTES MARTÍNEZ, (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, 2007, pp. 197 y ss., especialmente p. 201. Vid., además, desde la perspectiva de los notarios, ZARAGOZA AGUADO, «El Notario del siglo XXI», *Revista del Colegio Notarial de Madrid* (22), Noviembre-Diciembre, 2008, pp. 124 y ss.

explica en gran medida el éxito de esta figura delictiva y su rápida expansión a nivel internacional. La Directiva 2001/97/CE¹²⁷, que dio en España lugar a la ley 19/2003, de 4 de julio, que modifica la ley 19/1993¹²⁸, en una línea que ha confirmado la Tercera Directiva Comunitaria sobre la materia (2005/60/CE), expande los deberes de prevención más allá del ámbito de las entidades financieras y de crédito (casinos de juego; actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles; auditores, contables externos o asesores fiscales; notarios, abogados y procuradores bajo determinadas condiciones; actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos y de objetos de arte y antigüedades; actividades de inversión filatélica y numismática; actividades de transporte profesional de fondos o medios de pago; actividades de giro o transferencia internacional realizadas por los servicios postales; comercialización de loterías o juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios, etc.¹²⁹). Esta segunda Directiva de la UE relativa al blanqueo hace que los notarios dejen de ser considerados meros sujetos colaboradores en la prevención y pasen a ser verdaderos sujetos obligados. En realidad, en la estrategia diseñada por nuestro ordenamiento jurídico, se han acabado convirtiendo en pilares básicos de la lucha contra el blanqueo. Ya no vale sólo comunicar al SEPBLAC los actos o negocios sospechosos, sino que nuestro ordenamiento exige una participación más activa en el sistema de control administrativo. De entre los nuevos colectivos profesionales que se han convertido en sujetos obligados, adicionalmente a las entidades bancarias, el notariado ocupa un lugar protagonista¹³⁰. Para llegar a esta conclusión sólo hay que llevar a cabo una lectura superficial de la Orden EHA 114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, que entró en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE el 31 de enero de 2008, como complemento de lo dispuesto en general para todos los sujetos obligados por la ley 19/1993, de 28 de diciembre y por su reglamento de desarrollo aprobado por RD 925/1995, de 9 de junio.

¹²⁷ Sobre los sumamente relevantes para la evolución de nuestro ordenamiento en la materia textos internacionales: ÁLVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, 2007, pp. 53 y ss.; BLANCO CORDERO/DEL CERRO ESTEBAN, «Blanqueo de capitales», en VV.AA., *La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al nº 2015 de 15 de junio de 2006, 2006, pp. 75 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, pp. 21 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», en VV.AA., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial nº 61, 2005, pp. 181 y ss.; PÉREZ CEPEDA, «Instrumentos internacionales de Derecho Penal económico», en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, 2008, pp. 380 y ss.

¹²⁸ Desarrollada por RD 925/1995, modificado por RD 54/2005, de 21 de enero.

¹²⁹ Arts. 2 ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, modificada por ley 19/2003, de 4 de julio, y 2 RD 925/1995, de 9 de junio, modificado por RD 54/2005, de 21 de enero, reglamento de prevención del Blanqueo de Capitales.

¹³⁰ El eje central sobre el que gira el sistema es el Órgano Centralizado de prevención en materia de blanqueo de capitales (OCP) creado en el año 2005 por el Consejo General del Notariado. Se trata de un organismo singular en el marco de los sistemas de prevención que ofrece el Derecho comparado con funciones amplias de análisis y examen de operaciones basadas en la interrelación de datos, centralización y comunicación de sospechas al SEPBLAC, atención y procesamiento de requerimientos de autoridades, formación, elaboración del manual de procedimientos, etc. El OCP del Consejo General del Notariado está regulado por Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre.

El blanqueo no es, en realidad, una infracción contra el orden socioeconómico, sino que forma parte de un creciente sector del ordenamiento jurídico-penal que podemos denominar Derecho Penal de organizaciones criminales (que actúan por ánimo de lucro o por ideología), representando un instrumento de lucha contra la delincuencia organizada en la medida en la que pretende estrangular económicamente a las organizaciones criminales. El creciente éxito político-criminal del blanqueo y su expansión internacional parte del convencimiento de que para combatir a las organizaciones criminales (inicialmente las dedicadas al narcotráfico), una de las estrategias más eficaces consiste en neutralizar o desactivar las vías por las que los delincuentes profesionalizados blanquean los capitales fruto de sus actividades delictivas. Esta idea, desde luego, está presente en ciertas reflexiones generales sobre la legitimidad de este delito en diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo¹³¹. No es ninguna casualidad que nuestra praxis jurisprudencial se encuentre absolutamente dominada por blanqueo de capitales provenientes de organizaciones dedicadas al narcotráfico ni que se pueda constatar en la actualidad una clara tendencia a utilizar el blanqueo como instrumento básico para combatir la financiación del terrorismo¹³², aunque blanqueo de capitales que tienen un origen delictivo (ilegitimidad por origen) y financiación del terrorismo (ilegitimidad por destino) sean fenómenos distintos.

No se intenta en este trabajo afirmar que eficacia preventivo-instrumental sea sinónimo de legitimidad en el ámbito del Derecho Penal. Todo lo contrario. Sólo se pretende dejar de manifiesto la realidad que subyace a esta figura delictiva con el objetivo de intentar limitar su natural y peligrosa inercia expansiva. Algún sector doctrinal peca de “ingenuidad” al intentar vestir nuevas manifestaciones delictivas como el blanqueo con el traje legitimante de la “teoría del bien jurídico”, de tal manera que el ropaje hecho a medida por la doctrina impide ver lo que realmente se esconde debajo de la indumentaria. Esta figura delictiva de origen estadounidense (donde carece de predicamento la teoría del bien jurídico de origen germano) lleva marcado en la frente el sello del puro pragmatismo. A diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina, la prevención de riesgos para el sistema financiero no es un fin de protección, sino que no representa más que un “reflejo de protección” que, como se puede apreciar en la praxis jurisprudencial, no se encuentra presente en la mayoría de los casos en los que se condena por este delito. De acuerdo con este planteamiento, sin duda controvertido y polémico, como sucede con todos los aspectos que rodean a este delito, si bien el blanqueo es de partida una conducta postdelictiva, se puede interpretar materialmente como un comportamiento de colaboración con una organización criminal en la consecución de sus fines económicos. Si esto es así, los criterios normativos relativos al favorecimiento de hechos delictivos que ya han sido expuestos anteriormente son trasladables a los supuestos en los que se favorece la ocultación del origen delictivo de capitales o dinero.

¹³¹ SSTS 1293/2001, de 28 de julio; 1113/2004, de 9 de octubre.

¹³² Véanse, por ejemplo, el Título III de la Patriot Act estadounidense o la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La dogmática puede permitir en cierta medida restringir los peligrosos excesos puramente “efectivistas” de la legislación de blanqueo de capitales. No todo lo que es negativo para evitar el blanqueo o no contribuye a prevenirlo tiene que ser merecedor de pena, con independencia de que la prevención del blanqueo sea un fin legítimo o que una política preventiva pública en este sentido tenga toda la legitimidad. En conexión con estas ideas existe un sector doctrinal relevante que propugna la atipicidad de los comportamientos respetuosos con los estándares normativos de determinadas profesiones, con independencia del conocimiento del origen delictivo del dinero, doctrina que se ha centrado especialmente en empleados de banca e intermediarios financieros¹³³ y abogados defensores¹³⁴. Esta tendencia es aceptable en términos generales, con independencia de que en un trabajo de estas características no se puede entrar en una discusión casuística. La teoría de la imputación objetiva representa un adecuado soporte dogmático para este tipo de consideraciones, demostrando una vez más su utilidad práctica. De hecho se trata de trasladar a la parte especial la teoría general de las denominadas “conductas neutrales” o la modernización y normativización de la tradicional “teoría de la prohibición de regreso o retroceso” llevada a cabo en el seno de la teoría de la imputación objetiva, como ya se ha expuesto previamente en el epígrafe dedicado a la responsabilidad penal del asesor¹³⁵.

¹³³ Cfr., al respecto, BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, 1999; también FERRÉ OLIVÉ, (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, 2002.

¹³⁴ AMBOS, «Annahme “bemakelten” Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts», *JZ*, 2002, pp. 75 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, «Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (53), Octubre 2008, pp. 43 y ss.; FARALDO CABANA, «Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales», *ADPCP*, 2006, pp. 170 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales. Un apunte introductorio», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, pp. 207-224; HEFENDEHL, «Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht missglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? Die “Geldwäsche” durch den Strafverteidiger», en VV.AA., *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 145 y ss.; PÉREZ MANZANO, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (53), Octubre 2008, pp. 5 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, «Blanqueo de capitales y negocios standard», en SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 129 y ss., pp. 142 y ss.; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 402 y ss.; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2008, pp. 26 y ss.; SÁNCHEZ STEWART, «Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (53), Octubre 2008, pp. 33 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», *InDret* (1), 2008, pp. 1-40, (<http://www.indret.com/pdf/502.pdf>).

El TC alemán en una sentencia de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, NJW, 2004, p. 1305) estableció que el delito de blanqueo es compatible con la constitución siempre que el abogado defensor sea amenazado con pena en los casos en los que en el momento del cobro de honorarios tenía un conocimiento seguro de su origen delictivo. Sobre esta sentencia, cfr. BLANCO CORDERO, «Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por delito de blanqueo de capitales. La situación de Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», *Revista General de Derecho Penal* (3), 2005; también PÉREZ MANZANO, «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (edits.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 789 y ss.

¹³⁵ En relación al delito de blanqueo de capitales, cfr. las SSTs 34/2007, de 1 de febrero; 154/2008, de 8 de abril (Fundamento Jurídico Decimonoveno, utilizando argumentos como “los hechos, por sí mismos, carecen de

En sentido contrario, ¿qué sucede si un profesional como un notario no cumple con sus deberes de colaboración con el Estado, especialmente cuando se trata de infracciones calificadas en la normativa administrativa como muy graves? Los notarios tienen deberes de identificación del cliente mediante presentación de documento acreditativo lo más completa posible, de examinar con especial atención operaciones que por su naturaleza puedan estar particularmente vinculadas al blanqueo, de comunicar a la autoridades las operaciones sospechosas o inusuales (por ejemplo, porque carecen de lógica o coherencia económica, se realizan pagos con altas sumas de efectivo, intervienen empresas o personas residentes en paraísos fiscales, se crean entramados de sociedades con repetición de administradores y socios) o de abstenerse de ejecutar cualquier operación respecto de la que exista indicio o certeza de que esta relacionada con el blanqueo sin haber efectuado previamente la comunicación correspondiente¹³⁶. Para ello disponen, mediante mecanismos de autorregulación del propio notariado, de información sobre estándares de riesgo, con indicadores de elementos o patrones de conducta estadísticamente presentes en los supuestos de blanqueo, así como de manuales de prevención, que pueden ser de gran utilidad para determinar la tipicidad o permisión de la conducta del notario.

En caso de infracción de deberes de este tipo cabe hacer, al menos, dos consideraciones diversas:

a) Por un lado, puede que el notario, si hubiera cumplido con sus deberes, hubiera impedido el acto de blanqueo. En ese caso su comportamiento será relevante para el sistema jurídico-penal, con independencia de que si otro notario también se hubiera comportado de forma no correcta se habría podido realizar el negocio exactamente igual (la irrelevancia de comportamientos hipotéticos defectuosos a efectos de imputación del hecho realmente acaecido es algo generalmente aceptado por los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, así como en los trabajos monográficos sobre participación¹³⁷). Si bien nos encontramos con un tipo formulado de forma amplia, que parte de un cierto concepto extenso o unitario de autoría en la línea de los delitos que tienen que ver con actividades de organizaciones criminales, no se puede olvidar que en el ámbito del delito imprudente rige un criterio de autor tan restrictivo como en el ámbito del delito doloso¹³⁸. Por tanto, el notario sólo responderá como autor si imprudentemente ha realizado

significación delictiva [...] son en principio actos neutrales que no implican necesariamente participación en la actividad criminal”), en ambos casos dando lugar a la casación de la sentencia de primera instancia.

Muy didáctico recientemente sobre la influencia de la teoría de la imputación objetiva en la teoría de la participación KRETSCHMER, *Jura*, 2008, pp. 265 y ss., resaltando también los paralelismos con el delito de blanqueo (p. 268).

Sobre blanqueo de capitales y “negocios cotidianos”, cfr. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 410 y ss., que trata los supuestos de blanqueo como “interacciones con un carácter similar a la participación”

¹³⁶ Art. 3 ley de medidas de prevención del blanqueo de capitales y arts. 3 ss. del reglamento de prevención del Blanqueo de Capitales, complementado por los arts. 2 ss. de la Orden EHA/114/2008, de 29 de enero. En profundidad, sobre estas obligaciones ÁLVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, 2007, pp. 173 y ss., pp. 261 y ss.

¹³⁷ Por todos, RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, p. 86, con amplias referencias.

¹³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? (I)», *La Ley* (Cuadernillo nº 4972), 18 de enero de

alguna de las modalidades de conducta contempladas en los arts. 301.1 y .2 CP. Ello hace que en este ámbito haya que plantearse más bien una responsabilidad a título de participación¹³⁹.

b) Por otro lado, si el incumplimiento de los deberes por parte del profesional sólo afecta a la colaboración con la Administración para detectar y perseguir delitos de blanqueo, pero no a la posibilidad de impedir la operación, su comportamiento es atípico, incluso como participación, salvo que se tratara de un elemento más de un comportamiento que, adicionalmente por otras razones, adquiere un significado delictivo. Existen deberes en la legislación administrativa para los sujetos obligados que no tienen como fin evitar la comisión de un hecho delictivo concreto de blanqueo sino facilitar la persecución de los actos de blanqueo y la reconstrucción de las transacciones hasta llegar a las actividades criminales originales. La infracción de normas administrativas relativas al ejercicio profesional cuyo fin no tiene que ver directamente con evitar, impedir, dificultar o entorpecer la comisión de hechos delictivos carece de relevancia a efectos de imputación al notario del delito de blanqueo como autor o como partícipe, al igual que sucede con cualquier otro sujeto obligado¹⁴⁰. Ello suele suceder, en general, con los deberes relativos a documentación y a conservación de registros y no representa una excepción en el ámbito del blanqueo. En estos casos podemos hablar, a lo sumo, utilizando una expresión muy conocida en el debate en el seno de la teoría de la imputación objetiva, de “reflejos de protección” que no pueden justificar la imputación de un hecho de blanqueo.

5.2. La concreción o realización del riesgo en el resultado típico

Evidentemente, que al sujeto se le impute objetivamente una conducta como la descrita en el tipo penal exige en los delitos de resultado o de peligro concreto la constatación de que dicho resultado forma parte de la conducta (realización o concreción del riesgo en un resultado). Las cuestiones esenciales relativas a la imputación objetiva del resultado no plantean grandes excepciones en el ámbito del Derecho Penal económico con respecto a otros ámbitos delictivos. Por ejemplo, una cuestión muy trabajada con los delitos de homicidio y lesiones como la

2000, pp. 2 y ss.; también FEIJOO SÁNCHEZ, en VV.AA., *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 234 y ss.

¹³⁹ En sentido crítico con la tendencia a crear un concepto unitario de autor que trate jurídico-penalmente la participación como autoría, eliminando la tradicional distinción entre autores y partícipes en ámbitos como los delitos económicos o que tienen que ver con organizaciones criminales VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft-Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», en VV.AA., *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 565 y ss. Según este autor existe una relación directa entre la abstracción del bien jurídico protegido y la configuración legal o jurisprudencial de un concepto unitario de autor (p. 572).

El delito de blanqueo tiene que ver con todas estas coordenadas delictivas y, por tanto, se debe estar atento a evitar un concepto dogmáticamente inadecuado de autor de carácter unitario para todo tipo de intervención con independencia de sus características.

¹⁴⁰ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2003, pp. 518-519; RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht -Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele-», *Wistra*, 1997, p. 43; WOHLERS, «Gehilfenschaft durch “neutrale” Handlungen-Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?», *ZStrR* (117), 1999, p. 436; WOHLERS, «Hilfeleistung und Erlaubtes Risiko-zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäss § 27 StGB», *NStZ*, 2000, p. 173; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingstes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen des Beihilfeunrechts*, 1995, pp. 143 y ss.

imputación del resultado a la propia víctima por su comportamiento posterior a la creación del riesgo no permitido, que puede impedir en ciertos casos la imputación del resultado al que ha creado el riesgo típico¹⁴¹, puede tener una cierta relevancia en el ámbito del Derecho Penal económico, sobre todo en aquellos supuestos en los que un comportamiento fraudulento ha conseguido su objetivo gracias a un fallo clamoroso de funcionamiento de la Administración. No parece que lo que puede ser válido con respecto a la lesión de bienes básicos como la vida o la salud no pueda serlo, mutatis mutandis y con las matizaciones necesarias, a la protección de intereses económicos. Por ejemplo, se podría negar la imputación del perjuicio al erario público si el deudor tributario omite presentar la declaración de la renta cuando todas las cantidades que ha ingresado en el correspondiente período impositivo han sufrido las correspondientes retenciones a cuenta y el retenedor ha presentado la declaración anual del modelo 190 comunicando a la Agencia Tributaria el montante pagado y la retención practicada o, de cualquier otro modo, es evidente que la Administración tiene completo conocimiento de que existen hechos imponderables sujetos a declaración¹⁴² y, a pesar de ello, el deudor consigue eludir el pago de tributos por una cuantía superior a los 120.000 euros.

Sin embargo, no se trata de una cuestión de tipicidad exenta de problemas específicos, sobre todo porque debido a su carácter eminentemente normativo y menos “físico-causal” que los delitos contra las personas, los delitos económicos pueden plantear dificultades especiales en materia de imputación del resultado típico. Por sólo mencionar algún ejemplo, en el delito de información privilegiada del art. 285 CP, dejando de lado que el precepto no deja claro en qué momento se

¹⁴¹ En profundidad FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, 1999, pp. 159 y ss.

¹⁴² BAJO FERNÁNDEZ ha tratado desde hace más de treinta años esta cuestión en el ámbito del delito de defraudación tributaria en los casos de omisión de presentación de la declaración, tratando en realidad como un problema de determinación de la conducta típica (fraude) una cuestión de imputación del perjuicio del patrimonio público al sujeto que ha realizado la conducta fraudulenta.

Por diversos lugares, cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Delitos contra la Hacienda Pública*, 2000, pp. 53-54; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal económico*, 2001, pp. 223-224. Los autores que han intentado configurar el delito de defraudación tributaria de acuerdo con la estructura típica de la estafa han entendido que no existiría un engaño bastante o adecuado, sino meramente uno inidóneo que no podría dar lugar siquiera a tentativa (no habría creación de un riesgo, formulado en otros términos).

Vid. recientemente AYALA GÓMEZ, «Reflexiones en torno a las conductas de ocultación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, 2007, p. 266, siguiendo expresamente las tesis de MESTRE DELGADO. La posición mantenida en este trabajo no permite aceptar esta posición. El que omite declarar el hecho imponible realiza ya una conducta típica en grado de tentativa, por lo que la inidoneidad de su comportamiento para defraudar debe ser sólo tenida en cuenta a efectos de determinación de la pena de acuerdo con los criterios del art. 62 CP. En el ejemplo del texto, una pena de prisión de entre tres a seis meses resulta una reacción adecuada teniendo en cuenta el “peligro inherente al intento”. Si el delito de defraudación tributaria no es un supuesto de instrumentalización al estilo de la estructura típica del delito de estafa, el que la víctima no se proteja adecuadamente sólo puede tener efectos desde el punto de vista de la imputación del perjuicio, pero no para negar la conducta típica en grado de tentativa (creación de un riesgo). Es decir, en el delito de estafa la autoprotección deficiente puede provocar que no exista un riesgo típico (no hay instrumentalización), mientras en los supuestos en los que se tipifica la infracción de deberes de veracidad la conducta típica existe, por lo que a lo sumo es un dato que puede afectar a la imputación del perjuicio económico. A pesar de la falta de diligencia de la Administración, su déficit de información no deja de ser responsabilidad del contribuyente. No se puede tratar aquí de forma detallada en qué supuestos se puede entender que existe “una autoprotección deficiente” de la Administración, ya que sólo en estos supuestos habrá que entender que el delito no se encuentra consumado en la medida en la que el perjuicio al erario público no es imputable al sujeto obligado.

calcula el beneficio económico (en relación al momento de la venta o, en caso de venta de acciones, cuando empieza el desplome del valor o bien en el de máxima cotización si el sujeto no se desprende rápidamente de los valores negociables, etc.), ¿Cómo se calcula el impacto de la información en el mercado, sobre todo cuando ya existían rumores en el mercado, si en la plusvalía o en la minusvalía de valores o instrumentos negociados intervienen multitud de factores? O, en el delito de concurso del art. 260 CP, será raro encontrar un único factor que permita explicar la insolvencia, especialmente en situaciones de crisis económica y recesión de la economía como la presente¹⁴³.

Si, a pesar de existir una conducta no permitida, el resultado típico es consecuencia de otros factores, resultando irrelevante la creación no permitida del riesgo o el comportamiento fraudulento, sólo se podrá castigar por tentativa. No se debe desdeñar, además, el peso que la referencia al principio *in dubio pro reo* puede tener en este tipo de consideraciones cuando no se sepa si el resultado típico es, en realidad, consecuencia de factores que no forman parte del riesgo típico. Así, por ejemplo, puede resultar sumamente complejo calcular el impacto de una información en un valor negociable. Sólo se puede dejar señalado en estos momentos que en este punto es de aplicación la doctrina de la “concreción o realización del riesgo”, de la “conurrencia de riesgos” o del “fin de protección de la norma” que la doctrina viene desarrollando para delitos de resultado como el homicidio o las lesiones y que aquí no puede ser detallada¹⁴⁴. No hay razón alguna para crear criterios distintos para los delitos económicos.

5.3. ¿Imputación subjetiva?

También es evidente que para poder imputar un injusto penal a título de autoría o de participación, dicho injusto tiene que ser doloso o, en el caso del art. 301. 3 CP, imprudente (por imprudencia grave). Es preciso que el autor abarque con su dolo (o con su imprudencia) los elementos que convierten su comportamiento en una creación no permitida de un riesgo. Es decir, en el ámbito del Derecho Penal económico vigente el riesgo no permitido tiene que ser creado de forma dolosa (o por imprudencia grave en el delito de blanqueo) o la conducta no permitida tiene que ser realizada dolosamente. Quiero dejar claro que esta no es una cuestión que carezca de importancia, sino simplemente que es una cuestión que excede el tema de esta ponencia. El dolo (o, en su caso, la imprudencia) se proyecta sobre las circunstancias que configuran objetivamente la conducta como típica, abriéndose en el ámbito de la responsabilidad subjetiva un abanico nuevo de problemas adicionales a la imputación objetiva que aquí no pueden ser tratados.

¹⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Concursal* (16/1), 2009, pp. 72 y ss.

¹⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, 2001, pp. 162 y ss., pp. 323 y ss.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, 1999, pp. 129 y ss.; también GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 382 y ss.

En todo caso, una adecuada determinación del tipo objetivo, como objeto del dolo, convierte en innecesarias especiales referencia al ánimo de defraudar o de perjudicar del agente. Como ya he dicho, bajo el manto del recurso retórico a los *animi* se han venido ocultando de forma arbitraria y dogmáticamente insatisfactoria cuestiones puramente normativas ajenas en realidad a la psique de los sujetos. La teoría de la imputación objetiva, a través del desarrollo de criterios normativos, nos permite tratar adecuadamente estas cuestiones tradicionalmente “subjetivizadas” mediante especiales elementos subjetivos del injusto no exigidos por los tipos penales.

Me gustaría resaltar simplemente dos aspectos puntuales debido a que tienen que ver intensamente con muchas de las cuestiones que han sido tratadas anteriormente:

a) Si los delitos socioeconómicos no son sólo meras infracciones administrativas cualificadas por la cuantía, en los delitos que se exige un perjuicio (delitos contra la Hacienda Pública, delito de concurso, delito de información privilegiada, etc.), creación dolosa de un riesgo significa que el resultado tiene que ser también abarcado, al menos, con dolo eventual para que pueda ser imputado subjetivamente. Cuando se tipifica una conducta lesiva socialmente en relación a un resultado que concreta su lesividad, dicho resultado no es sólo una condición objetiva de punibilidad, sino que tiene que ser imputado tanto objetiva como subjetivamente. Si se comparte la idea de partida de este trabajo de que el Derecho Penal económico no es un mero Derecho de conducción de la economía con penas para los casos de infracciones administrativas o mercantiles de mayor cuantía, esta conclusión cae por su propio peso. Puede haber supuestos en los que, siendo clara de partida la relevancia penal de la conducta, el resultado final se deba a circunstancias imprevisibles para el sujeto.

b) De acuerdo con el Derecho vigente, el error de tipo, por muy vencible que sea, da lugar a la atipicidad de la conducta (salvo en el ya reiterado caso del blanqueo). La teoría de la imputación objetiva sirve para concretar lo que ha de ser objeto del dolo, pero no para saltarse las exigencias legales con respecto a la responsabilidad subjetiva. El art. 14 CP no dispensa un trato más benigno sólo a los que actúan por error, sino siempre que hay un error, con independencia de las razones por las que el sujeto actúa. Resaltar este aspecto en este ámbito delictivo es importante¹⁴⁵, ya que la denominada “teoría de la ignorancia deliberada” importada por nuestro Tribunal Supremo del ámbito anglosajón¹⁴⁶ tiene una tendencia natural a ser aplicada en ámbitos que tienen que ver con el Derecho Penal económico (“dueños” de sociedades mercantiles que las “prestan” para realizar negocios poco claros, blanqueo de capitales, operaciones en nombre de trust internacionales siguiendo sus instrucciones, miembros de Consejos de Administración que

¹⁴⁵ En sentido contrario, con toda radicalidad, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tomo I, 2ª ed., 2007, p. 336: “[...] la imputación subjetiva no se construye, por tanto, a partir del conocimiento actual del sujeto al momento de cometer el hecho, sino del conocimiento que le es exigible al autor por el rol que cumple al momento del hecho”.

¹⁴⁶ Básico el estudio monográfico de RAGUÉS I VALLÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, 2007.

“prefieren no saber”¹⁴⁷, etc.). Así, por ejemplo, esta teoría se suele aplicar cuando alguien se incorpora a una organización delictiva de otros pero sin saber muy bien en qué clase de actividad delictiva está participando: alguien se presta a participar en un contrato a cambio de un precio sin saber muy bien si ello es para defraudar a un tercero, a la Hacienda Pública o para blanquear dinero.

Esta constelación de casos nos obliga a reflexionar una vez más sobre el objeto del dolo en la codelinuencia (sobre todo cuando alguien “se sube en marcha” a un delito ya organizado por otros) para constatar si es suficiente a efectos de imputación jurídico-penal que alguien sepa que está participando en una posible paleta de actividades delictivas, pero sin saber muy bien cuál de ellas puede ser. Por ejemplo, alguien sabe que introduce en España en una maleta algún tipo de material o sustancia prohibida, pero sin saber si son drogas o cualquier otra materia prohibida por la ley de contrabando. Pero no se debe olvidar que incluso en este caso caben supuestos de error. Por ejemplo, en el doble fondo de la maleta hay una bomba para eliminar a miembros de otra organización, lo cual es desconocido por el que lleva la maleta a pesar de que es consciente de que está transportando algo prohibido. En definitiva, el recurso a la “ignorancia deliberada” de acuerdo con la cual el error se trata como dolo cuando “no se sabe porque no se quiere saber” es una solución contraria al principio de legalidad (si estos supuestos se quieren tratar como error debe reformarse el art. 14 CP) y dogmáticamente insatisfactoria en la medida en la que puede dar lugar a soluciones versaristas (el que sabe que lo que está haciendo no es correcto del todo, puede acabar respondiendo de todo lo que suceda, incluso aunque fuera difícilmente previsible)¹⁴⁸.

6. Conclusión final

En este trabajo se ha pretendido llevar a cabo un esbozo de las enormes capacidades de prestación y potencialidades que encierra la teoría de la imputación objetiva (si se prefiere, teoría normativa de la imputación de injustos penales) en la línea que vengo defendiendo como teoría global. Los que viven en el mundo de lo ontológico entenderán que muchas de las cuestiones aquí tratadas son anecdóticas (pequeños problemas de la parte especial que no necesitan una teoría), pero espero haber dejado claro que ello no es así y que una perspectiva que deja las cuestiones aquí tratada en la marginalidad teórica se ha quedado “fuera de juego”. Sólo una adecuada normativización de la tipicidad permite abrir las puertas y ventanas de la teoría

¹⁴⁷ JAKOBS, «Capítulo 3. Tipo subjetivo. Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/SCHÜNEMANN/JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 119 y ss.; NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 142.

¹⁴⁸ Ya me manifesté en contra de este tipo de construcciones para la imputación subjetiva en Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva, p. 108, señalando que si se quiere consolidar esta tendencia ello sólo se puede hacer a través de una reforma legislativa expresa, pero que de *lege data* “el Código penal en el art. 14 sólo tiene en cuenta los motivos personales del error para distinguir entre injusto imprudente y ausencia de injusto. Sostener de *lege data* que no existe un error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber es una normativización *contra legem*”.

jurídica del delito al viento fresco de la realidad social. En el presente trabajo no se ha pretendido más, a partir de las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva, que abrir algún hueco y diseñar un croquis. Si el camino que tenemos por delante nos lleva a visitar lugares interesantes o no es más que un defraudante callejón sin salida es algo que el tiempo -inexorable- nos dirá. Sólo una cosa tengo clara como conclusión: no se puede hablar de una dogmática correcta si no representa un instrumento adecuado para resolver legítimamente los problemas básicos de las sociedades modernas.

7. Bibliografía

Hans ACHENBACH (2008), «Ordnungsfaktor Wirtschaftsstrafrecht», *StV*, p. 325 y ss.

Hans ACHENBACH (2007), «Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung», *ZStW*, Num. 119, pp. 789 y ss.

Hans ACHENBACH/Andreas RANSIEK (2008), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg.

Daniel ÁLVAREZ PASTOR/Fernando EGUIDAZU PALACIOS (2007), *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid.

Kai AMBOS (2002), «Annahme “bemakelten” Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts», *JZ*, pp. 75 y ss.

Luis ARROYO JIMÉNEZ/Adán NIETO MARTÍN, (dirs.) (2008), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Madrid.

Ignacio AYALA GÓMEZ (2007), «Reflexiones en torno a las conductas de ocultación en el delito de defraudación tributaria», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 257-267.

Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2000), «Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal», *RDPC*, 1, pp. 359 y ss.

Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2007), *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2007), *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.) (2007), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.) (2008), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ (2008), «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret*, 3, pp. 1-10, (www.indret.com/pdf/551_es.pdf).

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/ Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2000), *Delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2001), *Derecho Penal económico*, Ed. Ceura, Madrid.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/ Silvina BACIGALUPO SAGESSE, (eds.) (2009), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid.

Isidoro BLANCO CORDERO (2005), «Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por delito de blanqueo de capitales. La situación de Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», *Revista General de Derecho Penal*, 3 (mayo).

Isidoro BLANCO CORDERO (1999), *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, Ed. Comares, Granada.

Isidoro BLANCO CORDERO/José Antonio DEL CERRO ESTEBAN (2006), «Blanqueo de capitales», en VV.AA., *La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al nº 2015 de 15 de junio de 2006, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 73-88.

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES (2007), «Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica», en Jesús Julián FUENTES MARTÍNEZ, (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, Civitas, Madrid, pp. 26 y ss.

Javier BOIX REIG (dir.)/Paz LLORIA GARCÍA (coord.) (2008), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid.

Felipe CABALLERO BRUN (2008), *Insolvencias punibles*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid.

Abraham CASTRO MORENO (2008), *Elusiones fiscales atípicas*, Atelier, Barcelona.

José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2003), *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Editorial Bosch, Barcelona.

José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2008), «Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 53, Octubre, pp. 43 y ss.

José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2008), «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 29 y ss.

Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA (2008), «Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias», en Luis ARROYO JIMÉNEZ/ Adán NIETO MARTÍN, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Madrid, pp. 140 y ss.

Claus DEGOUTRIE (2007), *Scalping*, Logos Verlag, Berlín.

Eduardo DEMETRIO CRESPO (2009), *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid.

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2009), «Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/ Silvina BACIGALUPO SAGESSE, (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21 y ss.

Patricia FARALDO CABANA (2006), «Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales», *ADPCP*, Tomo 59, Num. 1, pp. 135-180.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2007), «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, con especial referencia a las organizaciones empresariales», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 113 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2008), «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», en Luis ARROYO JIMÉNEZ/ Adán NIETO MARTÍN, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Madrid, pp. 200 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2008), «Bien jurídico y delitos socioeconómicos», en Javier BOIX REIG (dir.)/Paz LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid, pp. 143 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (1997), «Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Revista Jurídica La Ley*, 2, pp. 1690 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2007), «Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Num. 40, Monográfico "Empresa y Derecho Penal", Julio-Agosto, pp. 5 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2001), «La participación imprudente y la participación en delito imprudente en el Derecho Penal español: Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997», en VV.AA., *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 271 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2006), «Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en VV.AA. *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Prof. Antonio González-Cuéllar García*, Editorial Constitución y Leyes (COLEX), Madrid, pp. 157 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2005), «Sobre la normativización del peligro», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/ Agustín JORGE BARREIRO/ Carlos Jesús SUÁREZ GONZÁLEZ (edits.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 307-342.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2009), «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho Penal», *Anuario de Derecho Concursal*, Vol. 1, Num. 1, pp. 39 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2000), «Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? (I)», *La Ley*, Cuadernillo nº 4972, 18 de enero, pp. 2 y ss.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2000), «Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? (y II)», *La Ley*, Cuadernillo nº 4973, 19 de enero, p. 6 y ss..

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2007), *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus S. A., Editorial, Madrid.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (1999), *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Edijus, Zaragoza.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (1999), *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2001), *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, Editorial Bosch, Barcelona.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2007), *Retribución y prevención general*, Editorial B de F, Buenos Aires.

Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, (ed.) (2002), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

Yvan FIGUEROA ORTEGA (2008), *Delitos de infracción de deber*, Ed. Dykinson (Colección Cuadernos Luis Jiménez de Asúa), Madrid.

Jesús-Julián FUENTES MARTÍNEZ, (dir.) (2007), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, Civitas, Navarra.

Jens FÜRHOFF (2000), *Kapitalmarktrechtliche Ad hoc-Publizität zur Vermeidung von Insiderkriminalität: die Notwendigkeit einer kapitalmarktrechtlich orientierten Ad hoc-Publizitätsnorm zur Legitimation eines strafrechtlichen Insiderhandelsverbotes*, Peter Lang Verlag, Francfort.

José Ignacio GALLEGO SOLER (2006), «Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales», *Estudios de Derecho Judicial*, Vol. 72, pp. 49-134.

José Ignacio GALLEGO SOLER (2008), «Una visión general de los delitos defraudatorios contra el patrimonio en el Derecho Penal español», en José Ramón SERRANO PIEDECASAS/Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, Editorial Constitución y Leyes (COLEX), Madrid.

Percy GARCÍA CAVERO (2007), *Derecho Penal Económico. Parte Especial, Tomo II*, Editorial Grijley, Lima.

Percy GARCÍA CAVERO (2007), *Derecho Penal Económico. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., Editorial Grijley, Lima.

Percy GARCÍA CAVERO (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, J. M. Bosch Editor, Barcelona.

Alicia GIL GIL (2007), *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona.

José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ (2008), «Aspectos de la responsabilidad penal de los órganos de administración», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2005), «La “actuación por otro” y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 427 y ss.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer, Buenos Aires.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (2009), «El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales. Un apunte introductorio»,

en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/ Silvina BACIGALUPO SAGESSE, (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 207-224.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (2008), «Gobierno corporativo y Derecho Penal», en Javier BOIX REIG (dir.)/Paz LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid, pp. 513 y ss.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (2007), «Prescripción y fraude de ley en el delito fiscal: ¿In dubio pro reo vs. in dubio pro fisco?», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 211 y ss.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ/Bernd SCHÜNEMANN/Günther JAKOBS (coords.) (2008), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona.

Carlos M. GONZÁLEZ GUERRA (2006), *Delitos de infracción de un deber*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.

Winfried HASSEMER (1994), «Aktuelle Persektiven der Kriminalpolitik», *StV*, Num. 6, pp. 333 y ss.

Winfried HASSEMER (1995), «Perspektive einer neuen Kriminalpolitik», *StV*, Num. 15, pp. 483-490.

Winfried HASSEMER (1995), «Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung», *Wistra*, Vol. 1, pp. 41-46.

Roland HEFENDEHL (2006), «Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine: Die technische Prävention und das Strafrecht», en Andrew VON HIRSCH/Kurt SEELMANN/Wolfgang WOHLERS, (edits.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 48 y ss.

Roland HEFENDEHL (2004), «Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen», *JZ*, Num. 1, pp. 18 y ss.

Roland HEFENDEHL (2001), «Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht missglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? Die "Geldwäsche" durch den Strafverteidiger», en VV.AA., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, de Gruyter Verlag, Berlin, pp. 145 y ss.

Esther HERNÁNDEZ SAINZ (2007), *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, Aranzadi, Pamplona.

André HIENZSCH (2006), *Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit. Eine empirische Studie*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

Silvan HÜRLIMANN (2005), *Der Insiderstraftatbestand. Rechtsvergleichende Studie der schweizerischen und der US-amerikanischen Regelung unter Berücksichtigung der EU-Richtlinien und der aktuellen Entwicklungen im Finanzmarkt*, Schulthess Juristische Medien, Zurich.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter Verlag, Berlín.

Günther JAKOBS (2008), «Capítulo 3. Tipo subjetivo. Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal», en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ/Bernd SCHÜNEMANN/Günther JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, pp. 119 y ss.

Daniela KOENIG (2006), *Das Verbot von Insiderhandel. Eine rechtsvergleichende Analyse des schweizerischen Rechts und der Regelungen der USA und der EU*, Schulthess Juristische Medien, Zurich.

Joachim KRETSCHMER (2008), «Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnehmereunrecht?», *Jura*, 2008, pp. 265-271.

Michael KUBICIEL (2005), «Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit», *NStZ*, Num. 7, pp. 353-360.

Hans KÜDLICH (2004), *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Duncker & Humblot, Berlín.

Jon LANDA GOROSTIZA (2002), *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"*, Comares, Granada.

Thomas LASKOS (2001), *Die Strafbarkeit wegen Untreue bei der Kreditvergabe*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

Jens LOHMAR (2002), *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, Duncker & Humblot, Berlín.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA/Raquel ROSO CAÑADILLAS (2008), «Administración desleal», en Javier BOIX REIG (dir.)/Paz LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid, pp. 29 y ss.

Mario MARAVER GÓMEZ (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.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2007), «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 73 y ss.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2005), «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», en VV.AA., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, *Estudios de Derecho Judicial* n° 61, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 181 y ss.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2004), «Reflexiones sobre la expansión del Derecho Penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales», en Santiago MIR PUIG/Mirentxu CORCOY BIDASOLO, (dirs.), *La Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 91 y ss.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2007), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2007), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Isaac MERINO JARA/José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (1994), «La responsabilidad del asesor fiscal en el ejercicio de su actividad profesional», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Num. 233, pp. 993 y ss.

Raquel MONTANER FERNÁNDEZ (2008), *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona.

Adán NIETO MARTÍN (2007), «¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?», *Revista Penal*, Num. 19, pp. 120-136.

Adán NIETO MARTÍN (2004), «El programa político-criminal del *corporate government* (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)», *Revista de derecho y Proceso Penal*, Num. 11, pp. 259-284.

Adán NIETO MARTÍN (2008), «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 131 y ss.

Adán NIETO MARTÍN (2000), *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Adán NIETO MARTÍN (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid.

Attilio NISCO (2008), «Finanzmarktstrafrecht in Italien-Entwicklungen und kritische Anmerkungen», *ZStW*, Num. 120, pp. 94 y ss.

Elena NÚÑEZ CASTAÑO (2000), *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Harro OTTO (2001), «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens», *JZ*, pp. 436-444.

María Teresa PALACIOS CRIADO (2006), «Blanqueo de capitales. Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios», en María Teresa PALACIOS CRIADO/Jesús-Julián FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 45 y ss.

María Teresa PALACIOS CRIADO/Jesús-Julián FUENTES MARTÍNEZ, (coords.) (2006), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial nº 73*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Carlos PALAO TABOADA (2007), «La punibilidad del fraude de ley», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 23 ss.

Nuria PASTOR MUÑOZ (2004), *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Atelier, Barcelona.

Michael PAWLIK (1999), *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns Verlag, Colonia.

Enrique PEÑARANDA RAMOS (2008), «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en VV.AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer, Madrid, pp. 1445 y ss.

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (2008), «Instrumentos internacionales de Derecho Penal económico», en José Ramón SERRANO PIEDECASAS/Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, Editorial Constitución y Leyes (COLEX), Madrid, pp. 380 y ss.

Mercedes PÉREZ MANZANO (2005), «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/ Agustín JORGE BARREIRO/Carlos Jesús SUÁREZ GONZÁLEZ (edits.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 789 y ss.

Mercedes PÉREZ MANZANO (2008), «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Num. 53, Octubre, pp. 5 y ss.

Francisco Javier PÉREZ ROYO (2007), «Delito fiscal y ocultación», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, p. 222 y ss.

Harald PETERSEN (1999), «Die Strafbarkeit des “Scalping”», *Wistra*, Vol. 18, Num. 9, pp. 328-332.

Klaus PILZ (2001), *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.

Ana María PRIETO DEL PINO (2004), *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, Pamplona.

Peter RACKOW (2003), *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.

Ramon RAGUÉS I VALLÉS (2003), «Blanqueo de capitales y negocios standard», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, pp. 129 y ss.

Ramon RAGUÉS I VALLÉS (2007), *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona.

Andreas RANSIEK (1997), «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht -Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele-», *Wistra*, Vol. 16, p. 41-47.

Ricardo ROBLES PLANAS (2008), «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2008, pp. 1 y ss.

Ricardo ROBLES PLANAS (2007), *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona.

Ricardo ROBLES PLANAS (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

Ricardo ROBLES PLANAS/Eduardo RIGGI (2008), «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», *InDret*, 3/2008, pp. 1-40, (http://www.indret.com/pdf/576_es.pdf).

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (2008), «Defraudación», en Javier BOIX REIG (dir.)/Paz LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Iustel (Portal Derecho, S.A.), Madrid, pp. 303 y ss.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1999), «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (dir.), *La administración desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 16 y ss.

Claus ROXIN (2000), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., de Gruyter Verlag, Berlín.

Pablo SALVADOR CODERCH/Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1999), *Simulación y deberes de veracidad*, Civitas, Madrid.

Nielson SÁNCHEZ STEWART (2008), «Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Num. 53, Octubre, pp. 33 y ss.

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ (2003), «El elemento "fraude" en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, pp. 91-126.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2008), «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», *InDret 1/2008*, pp. 1-40, (<http://www.indret.com/pdf/502.pdf>).

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

Christian SCHRÖDER (2007), *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, Heymanns Verlag, Colonia.

Bernd SCHÜNEMANN (2008), «Capítulo 1. Cuestiones generales. La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ/Bernd SCHÜNEMANN/Günther JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, p. 17 y ss.

Bernd SCHÜNEMANN (2008), «Capítulo 2. Tipo objetivo. ¿"Infracción grave del deber" en la administración desleal?», en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ/Bernd SCHÜNEMANN/Günther JAKOBS (coords.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, pp. 81 y ss.

José Ramón SERRANO PIEDECASAS/Eduardo DEMETRIO CRESPO (2008), *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, Editorial Constitución y Leyes (COLEX), Madrid.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2005), «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora», en VV.AA. *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, pp. 909 y ss.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2003), «Introducción», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, pp. 11 y ss.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2006), «La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos», en María Teresa PALACIOS CRIADO/Jesús-Julián FUENTES MARTÍNEZ, (coords.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos. Estudios de Derecho Judicial n° 73*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 164-204.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, (ed.) (2003), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid.

Frank SOESTER (2002), *Die Insiderhandelsverbote des Wertpapierhandelsgesetzes-Wirtschaftsstrafrecht europäischen Ursprungs*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.

Juan María TERRADILLOS BASOCO (2008), «Concepto y método del Derecho Penal económico», en SE José Ramón SERRANO PIEDECASAS/Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, Editorial Constitución y Leyes (COLEX), Madrid, pp. 21 y ss.

Klaus TIEDEMANN (2007), *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Heymanns Verlag, Colonia.

Joachim VOGEL (2007), «Wertpapierhandelsstrafrecht-Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?», en VV.AA., *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Heymanns Verlag, Colonia, pp. 733 y ss.

Joachim VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.

Klaus VOLK (2001), «Tendenzen zur Einheitstäterschaft-Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», en VV.AA., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, de Gruyter Verlag, Berlín, pp. 565 y ss.

Martin WEBER (2000), «Scalping-Erfindung und Folgen eines Insiderdelikts», *NJW*, pp. 562 y ss.

Jürgen WESSING (2003), «Strafbarkeitsgefährdungen für Berater», *NJW*, pp. 2265 y ss.

Wolfgang WOHLERS (1999), «Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen-Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?», *ZStrR*, Num. 117, p. 436 y ss.

Wolfgang WOHLERS (2000), «Hilfeleistung und Erlaubtes Risiko-zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäss § 27 StGB», *NStZ*, p. 173y ss.

Wolfgang WOHLERS (2006), «Strafrecht als ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?», en Andrew VON HIRSCH/Kurt SEELMANN/Wolfgang WOHLERS, (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 56y ss.

Monika WOLFF-RESKE (1995), *Berufsbedingstes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen des Beihilfeunrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

Javier ZARAGOZA AGUADO (2007), «El blanqueo de capitales. La comisión culposa y las profesiones jurídicas», en Jesús-Julián FUENTES MARTÍNEZ, (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, Civitas, Navarra, pp. 197 y ss.

Javier ZARAGOZA AGUADO (2008), «El Notario del siglo XXI», *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, Num. 22, Noviembre-Diciembre, pp. 124 y ss.

Dimitris ZIOUVAS (2005), *Das neue Kapitalmarktstrafrecht-Europäisierung und Legitimation*, Heymanns Verlag, Colonia.

8. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STS, 2ª, 30.04.2003	RJ 2003\5202	José Manuel Maza Martín	
STS, 2ª, 06.03.2007	RJ 2007\2847	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 23.04.1992	RJ 1992\6783	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 21.02.2005	RJ 2005\4970	José Manuel Maza Martín	
STS, 2ª, 20.07.2006	RJ 2006\8412	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 05.10.2006	RJ 2007\29	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 01.02.2007	RJ 2007\3246	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 05.12.2002	RJ 2003\546	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca	
STS, 2ª, 22.04.2003	RJ 2005\1415	Cándido Conde-Pumpido Tourón	
STS, 2ª, 25.11.2005	RJ 2006\320	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca	
STS, 2ª, 20.06.2006	RJ 2006\5183	Carlos Granados Pérez	
STS, 2ª, 03.10.2003	RJ 2003\7026	José Jiménez Villarejo	
STS, 2ª, 20.01.2006	RJ 2006\604	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 26.02.1998	RJ 1998\1196	José Jiménez Villarejo	
STS, 2ª, 17.07.2006	RJ 2006\7697	Julián Sánchez Melgar	
STS, 2ª, 14.11.2006	RJ 2007\360	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 02.02.2004	RJ 2004\2112	Juan Saavedra Ruiz	
STS, 2ª, 25.01.2006	RJ 2006\3331	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	
STS, 2ª, 29.11.2006	RJ 2006\9137	Enrique Bacigalupo Zapater	
STS, 2ª, 28.07.2001	RJ 2001\8334	Julián Sánchez Melgar	
STS, 2ª, 09.10.2004	RJ 2004\6557	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	
STS, 2ª, 02.09.2003	RJ 2004\459	Julián Sánchez Melgar	
STS, 2ª, 08.04.2008	RJ 2008\2703	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca	