Parte general del derecho penal económico

Klaus Tiedemann

Sumario: 1. Introducción. 2. Las normas penales en blanco y las teorías del dolo y del error. 3. Leyes temporales y retroactividad. 4. Fraude a la ley e interpretación "económica". 5. Causalidad. 6. Posición de garante y autoría. 7. Autoría normativa (o funcional).

1. Introducción

(p. 11) La parte general del Código penal español se aplica a los delitos económicos previstos en la parte especial de este mismo código. Las disposiciones del código penal, según el art. 7 , no son aplicables, por el contrario, a los delitos y faltas previstos en leyes especiales; sin embargo, de acuerdo al segundo párrafo de este mismo artículo, si les serán de aplicación las disposiciones del capítulo I (De los delitos y faltas). Las demás garantías constitucionales, por ejemplo el principio de legalidad regulado en el art. 25. 1. de la Constitución española, como es evidente, rigen igualmente para dichas leyes especiales. [1]

Con cierta independencia de esta situación legal, el Derecho penal económico presenta particularidades en relación a cuestiones de la Parte general. Estas singularidades se deben tanto a razones de técnica legislativa como al hecho que el Derecho penal económico tiene en cuenta los nuevos fenómenos socioeconómicos y opta por soluciones novedosas en cuanto a su contenido. Así Binding, el gran maestro alemán de principios de este siglo, ha caracterizado al Derecho penal especial y, sobre todo, a las leyes penales en blanco, como expresión ideal y perfecta de la teoría de las normas. Esta técnica legislativa refleja la triple división: norma de conducta, descripción del acto que viola esta norma de conducta y sanción penal como mandato dirigido al juez penal. [2]

(p. 12) Si se consideran las particularidades que supone la aplicación de teorías como las referentes, por ejemplo, a la causalidad (estrechamente ligada a los clásicos delitos de resultado),al error, al dolo, a la autoría y a la posición de garante, a los delitos económicos, cabe preguntarse si ha sido y es correcto desarrollar y discutir la casi totalidad de la dogmática de la Parte general como se hace respecto a los delitos de violencia. [3]

En cuanto a las soluciones legislativas basta recordar la famosa norma sobre el error de prohibición adoptada por el Consejo del Reich alemán en 1915 y en la que se estableció, por primera vez, que fuera tomado en consideración. El origen de esta regulación se encuentra en la reacción de los comerciantes berlineses contra el primer gran incremento del Derecho penal económico durante aquellos años de guerra. Este caso es un ejemplo claro de la influencia de la situación socio-económica sobre la legislación penal.

---

[1] En el Perú, la situación es formalmente un poco diferente; pues el art. X del Título Preliminar dispone que "las normas generales de este Código son aplicables a los hechos previstos en leyes especiales". A diferencia del código derogado, el vigente prevé en el Título IX del Libro segundo, Parte especial, los delitos contra el orden económico (nota de la redacción).

[2] Binding, Karl, Die Normen und ihre Uebertretung, vol I, 3a. ed. Leipzig 1916,p. 68 y s. ; véase Bustos Ramírez Juan, Manual de derecho penal, Parte General, Barcelona 1984,p. 84 (citado: P. G.); Tiedemann, Klaus, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht,Tubingen 1969,p. 113 y s. (citado : Tatbestandsfunktionen).

[3] En un libro del mismo autor publicado en idioma alemán, se ha intentado mostrar una serie de modificaciones que necesita la Parte general cuando se aplica a delitos económicos o de inteligencia: Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, p. 335 y ss. (para el error); más generalmente Tiedemann, in Festschrift fur Baumann, 1992 (sobre la relación entre la Parte Especial y Parte General). Nota de la redacción: En la bibliografía nacional no se encuentran obras o artículos en que se hayan discutido específicamente los problemas dogmáticos que se presentan en el dominio del derecho penal económico. Una excelente introducción al derecho penal económico y de la empresa es el libro del Porf. Tiedemann, Poder económico y delito, Editorial Ariel, Barcelona 1985.

2. Las normas penales en blanco y las teorías del dolo y del error

En el ámbito de la tipicidad es característico del Derecho Penal económico el uso de normas penales en blanco; es decir, normas "abiertas" total o parcialmente que remiten, para ser completadas y complementadas, a normas de rango inferior a la ley que las contiene (normas penales en blanco e sentido amplio)[4]. Por ejemplo, el art. 343 bis del Código penal español, concerniente al sector penal de los medicamentos, sanciona a quienes "expendieren medicamentos.... Sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias". Menos abiertos son los artículos 346 y 347 bis, referentes al fraude alimenticio y al delito ecológico respectivamente[5]. En estos últimos ejemplos, se describen de manera casi **(p. 13)** completa las acciones punibles (en el art. 347 bis, se indican incluso el resultado), mientras que en el art. 343 bis se indica únicamente la materia prohibida y la acción ("expender") que en sí es neutral (en el caso del art. 346 la noción de fraude hace ya menos neutral la acción).

No vamos a tratar enseguida de las dudas sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en sentido estricto[6]. Aún para la dogmática penal no está claro si el carácter incompleto del tipo penal tiene consecuencias en las teorías del dolo y del error. La doctrina alemana mayoritaria[7] da poca importancia al aspecto de técnica legislativa y al hecho que la "lectura conjunta" de varios preceptos legales o reglamentarios (es decir, el completar una norma con otra como si fuesen un enunciado legal único) significa ya una concretización y, a menudo, un cambio de sentido que transforma en tipos penales descriptivos, tipos penales que, en principio, aparecen muy normativizados. Esta constatación tiene evidentemente consecuencias respecto al dolo y al error. Esto es válido tanto para las leyes penales en blanco en sentido estricto como en sentido amplio. Señalamos como ejemplo, en el derecho alemán de la quiebra, el párrafo 283,1,n. 7 b, del Código penal. Según esta norma, los balances mercantiles de la empresa deben realizarse "en el tiempo prescrito". A primera vista, parece entonces que un error del autor sobre el plazo, creyendo por ejemplo que el plazo es de 4 meses, es un error de tipo que excluye el dolo. Esta afirmación es, igualmente, válida en derecho penal español. Pero, si se lee el tipo penal en concordancia con el párrafo 264. 1, del Código de comercio alemán (HGB) se debe substituir la expresión "el tiempo prescrito" por un dato numérico exacto: "en el plazo de 3 meses". Si el director de una Sociedad anónima sabe que, desde el cierre del ejercicio anual, ya han transcurrido 3 meses y no realiza el balance, omite dolosamente su realización: la integración de la prescripción (párrafo 264 HGB) en la norma del código penal tiene como consecuencia que su desconocimiento o conocimiento equivocado es sólo un error de prohibición en el sentido del párrafo 17 del Código penal alemán y del art. 6 bis a, apdo. 3 del Código penal español. Además para las sociedades anónimas llamadas "pequeñas" el mismo párrafo 264 HGB prevé un plazo de hasta 6 meses "si eso corresponde a una administración ordenada" (elemento normativo que se mantiene también en el tipo penal) y, respecto al comerciante "normal",el párrafo 243 HGB habla únicamente de el plazo "que corresponde a una administración ordenada". Así pues, el contenido ya completado del párrafo 283 del Código penal alemán varía según quien sea el sujeto activo.

(p. 14) Lo que parece difícil o imposible de admitir es que la solución dogmática penal sea diferente de la expuesta si el plazo para realizar el balance estuviese regulado en una norma administrativa y no en el Código de Comercio. Contra esta solución diferente es de considerar la identidad estructural de los tipos penales de los artículos 343 bis y 347bis, en los que se consideran, dentro del tipo penal, de manera idéntica las leyes y reglamentos a los cuales remiten. Admitir un tratamiento idéntico en ambos supuestos supondría que las leyes penales en blanco en sentido estricto y en sentido amplio,

---

[4] Sobre esta distinción véase Cordoba Roda, Juan, en la Empresa en la Constitución Española,1988,p. 513 y ss. ; Quintero Olivares, Gonzalo, Derecho Penal, Parte General, 2a. ed. ,1989,p. 55; también Bustos Ramírez, P. G. ,p. 86.

[5] Art. 346: "El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores. . . ". Art. 347 bis ("El que contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos. . . . que pongan en peligro grave la salud de las personas. . . . "). Nota de la redacción: Según el art. 304 del Código penal peruano, "comete delito contra la ecología", quien, "infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos. . . ".

[6] Respecto a este problema, véase Bustos Ramírez, P. G. , p. 84 y ss. ; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, p. 241 y ss. , con más referencias.

[7] Véase Schroeder,Horst, in Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar,10a. ed. 1985,art. 16 n. 42 y ss. , con referencias.

contrariamente a los aspectos del Derecho constitucional, no presentan diferencias relevantes respecto a la tipicidad y a las teorías del dolo y del error en el Derecho penal.

Queda por aclarar si existe diferencia de las leyes penales en blanco en relación a los elementos normativos del tipo penal que remiten a leyes extrapenales, por ejemplo, al Código Civil cuando el art. 514 del Código penal habla de "cosas ajenas" al definir el hurto[8]. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia alemanas suelen reconocer que el autor actúa con dolo únicamente cuando conoce la valoración extrapenal; es decir que forma parte del tipo penal no solamente el contenido sino también la existencia de la norma extrapenal[9]. No es muy claro por qué debe tratarse de manera diferente el caso de los elementos normativos y el de la norma penal en blanco (más "abierta" que un tipo penal con elementos normativos). Sobre todo, si el contenido penal de la ley en blanco, sin considerar la regulación extrapenal, se presenta como bastante neutral (véase una vez más el ejemplo del párrafo 343 bis) para dar al tipo un carácter de injusto típico conviene introducir y mantener en él la existencia de la valoración extrapenal. Sólo conociendo esta valoración, el autor de la acción neutral o socialmente útil "per se" puede recibir el "impulso" moral para reconocer el carácter injusto de su actuar. Así y contra la opinión dominante en Alemania, se debe admitir que las cuestiones relativas al dolo y al error deben ser tratadas de igual manera tanto respecto a las leyes penales en blanco como a los tipos penales con elementos normativos[10].

3. Leyes Temporales y retroactividad

Otra particularidad del Derecho penal económico, en el ámbito de la tipicidad, consiste en las modificaciones frecuentes de sus normas en razón de los constantes cambios **(p. 15)** de intereses de la vida económica y de la política económica. Esta dependencia situacional del derecho económico y del Derecho penal económico crea serios problemas propios de la aplicación de las leyes en el tiempo. Se trata de conflictos que no sólo conciernen las normas penales que tienen expresamente limitada su vigencia (leyes temporales). En este caso, se aplica el párrafo 2, 4, del Código penal alemán que prevé la represión de los autores de acuerdo a la ley temporal aunque ya no esté en vigor[11]. La doctrina dominante en Alemania[12] considera también como leyes temporales las leyes sin plazo señalado de vigencia de antemano; es decir, leyes que están vigentes en razón a su contenido sólo para relaciones económicas mutables. La duración de su vigencia será determinada mediante la interpretación.

Cuestión delicada es la de saber si determinadas normas penales, especialmente pertenecientes al ámbito penal de los precios fijos y de la restricción de importaciones, al Derecho tributario y al régimen de divisas, son "leyes temporales" o "leyes ordinarias" (no aplicables después de su derogación). La cuestión es de gran transcendencia práctica porque la aplicación de la ley temporal después de su derogación rompe el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 24 del Código penal español). Sirva como ejemplo el llamado" caso de las donaciones a los partidos políticos" que resolvió el Tribunal Supremo alemán en una sentencia de l987[13]. Mediante esta sentencia, se castigó, como autores de infracciones tributarias, a dos mil empresarios que habían

---

[8] Según el art. 185 del Código penal peruano debe tratarse de un bien " mueble" total o parcialmente ajeno" (nota de la redacción).

[9] Véase, por ejemplo, Cramer, Peter, en Schonke, Adolf/schroder,Horst,Strafgesetzbuch,Kommentar,23a. ed., art. 15 n. 100 y 101 (citado: Schonker/Schroder). Nota de la redacción: En cuanto al derecho peruano, consultar Roy Freyre, Luis, Derecho Penal Peruano. Tomo III: Delitos contra el patrimonio, Lima 1983,p. 41.

[10] Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, p. 387 y ss. , y la expresión Irrtum uber Rechtsfragen, en Handworterbuch des Wirtschafts-und Steuerstrafrechts, 1989 (citado: Handworterbuch).

[11] El art. 8 del Código peruano estatuye: "Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario" (nota de la redacción).

[12] Eser, Albin, en Schoncke/Schroder, art. 2 n. 37,con referencias; contra esta opinión Tiedemann, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, in Festschrift fur Karl Peters 1974,p. 200 y ss. y la posición dominante de la doctrina española: Bustos Ramirez, P. G. ,p. 101. Nota de la redacción: Respecto al Perú, ver : Bramont Arias, Luis, Derecho Penal, Lima 1972,p. 22; Villavicencio, Felipe, Derecho Penal, Vol. I, p. 78 ; Hurtado Pozo, José, Manual de derecho penal, Parte General,2a. ed. , Lima, 1987,p. 265.

[13] Tiedemann, Die Parteispenden-Etscheidung des BGH, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1987,p. 1247 y Bergmann, Juristische Schulung (JuS) 1987,p. 864.

hecho donativos ocultos en favor de partidos políticos, a pesar que en la nueva regulación del impuesto de sociedades, vigente en el momento de dictarse la sentencia se consideraban expresamente permitidos y de utilidad pública los hechos que antes eran declarados punibles. El Tribunal Supremo alemán consideró -incorrectamente- que no era de aplicación la nueva regulación a los casos pendientes, en razón a que la fijación de impuestos se efectúa por periodos anuales y que la deuda tributaria se calcula según el derecho tributario vigente en el periodo correspondiente.

(p. 16) Aunque cierto para la aplicación de las normas tributarias, esto no indica nada respecto a la punibilidad; es decir, en cuanto a la aplicación de las normas sancionadoras. Por último, en este caso es de tener también en cuenta el bien jurídico del Derecho penal tributario. El Tribunal Supremo alemán se limita a considerar la obtención de ingresos y no tiene en cuenta, como debería hacerlo según nuestro punto de vista, los fines a que estan destinados los fondos recaudados. Si se produce un cambio de valoración, debido a cambios en los fines de la ley, se debe aplicar retroactivaemte, a nuestro juicio, la ley más favorable[14].

4. Fraude de la ley e interpretación "económica"

El fraude a la ley es un fenómeno característico y problemático de la tipicidad en materia económica. Incurre en fraude quien no realiza la acción prevista en el tipo penal sino que elude la aplicación de la penalidad. Este no puede, en principio, ser castigado ni siquiera cuando su comportamiento sea materialmente reprochable y contrario a la finalidad de la norma jurídico-económica[15]. Esto es una consecuencia reconocida del principio de legalidad (art. 25. 1 de la Constitución española). A veces las leyes extrapenales contienen claúsulas expresas sobre abuso o fraude a la ley (por ejemplo, art. 24 de la Ley General Tributaria española). Esta regulación tiene relevancia para la valoración penal y posibilita el castigo. Pero como las claúsulas generales, en razón del mencionado principio de legalidad, tienen que aplicarse de manera restrictiva, los casos límite concernientes a tales claúsulas extrapenales no tienen relevancia penal.

Cuando no existen claúsulas expresas de fraude a la ley, la jurisprudencia tiende en cierta manera por razones de política criminal a castigar los fraudes a la ley interpretando extensivamente los tipos penales; especialmente cuando contienen elementos normativos del tipo. Un ejemplo alemán reciente es el de las llamadas "primas de inversión": en una situación de coyuntura económica débil, el gobierno alemán introdujo una subvención de 10% de cada inversión realizada en un plazo determinado de varios meses. Muchos compradores de camiones, autobuses, etc. que habían comprado estos vehículos antes de la entrada en vigor de la correspondiente ley sobre primas de inversión rescindieron, de acuerdo con las empresas vendedoras los contratos celebrados para realizar nuevos contratos de compra sobre el mismo objeto. Los solicitantes de las primas de inversión no comunicaban al organismo de Hacienda, competente para otorgar esta subvención, el hecho de que había existido, antes de la fecha decisiva, un contrato que había sido **(p. 17)** rescindido, después de acuerdo con las normas de Derecho Civil. El Tribunal Supremo[16] consideró este caso como estafa, con este fin interpretó el término contrato (de compra-venta) de manera restrictiva; en el sentido de primer contrato suscrito. Así colmó una laguna de la Ley sobre primas de inversión que no contenía tal restricción.

Esta restricción restrictiva de una norma extrapenal que desfavorece al autor significa una aplicación extensiva del tipo penal (de estafa). Esto no es posible cuando se trata de elementos descriptivos. Un caso, ya clásico, es el del "caviar ruso" resuelto por el Reichsgericht alemán[17]: un comerciante alemán, antes de cruzar la frontera alemana, ordenaba transvasar el caviar procedente de Rusia en pequeñas latas a grandes barriles evitando así el alto impuesto que gravaba la importación de mercancías de primera calidad embaladas o envasadas en pequeños recipientes. Este caso nos muestra que leyes poco afortunadas o incompletas crean las condiciones para que se cometan tales conductas.

---

[14] Véase Tiedemann,las expresiones Zeitgesetz y Blankettstrafgesetz, Handworterbuch.

[15] Tiedemann, JuS 1989,p. 696.

[16] Tiedemann, Strafbare. Erschleinchung-von Investitionszula- gen durch Aufhebung und Neuabschluss von Liefevertragen, (comentario a BGHSt vol 31,p. 93 y ss.) in NJW 1980,p. 1557.

[17] Colección de las decisiones del Reichsgericht RGSt Vol. 71,p. 135 y ss. Véase sobre esta decisión Tiedemann, Der Subventionsbetrug, in Zeitchrift fur die gesamte Strafrechtswisseanschaft (ZStW) vol. 86,1974,p. 917 y s.

Podemos afirmar que la prohibición de la analogía y el mandato de certeza o de legalidad buscan, también en los casos de abuso, evitar la transgresión del tenor literal de la norma jurídica. Más allá de este existe punibilidad solamente si claúsulas legales expresas declaran tales conductas como improcedentes u ordenan una "consideración económica" de los hechos. Sin una claúsula legal expresa, esta "interpretación económica" es posible únicamente como expresión de la interpretación teleológica y no como idea autónoma y nueva de interpretación. Las previsiones del Código civil español sobre fraude a la ley y abuso de derecho (arts. 6 párrafo 4 y 7 párrafo 2) no se aplican como principios generales en Derecho penal económico[18]

5. Causalidad

Los problemas de la causalidad surgen tradicionalmente en los delitos llamados de resultado, como el homicidio y las lesiones (arts. 405 y ss y arts. 416 y ss del Código penal español). En materia económica, estos tipos penales de resultados juegan un papel importante sobre todo en los supuestos de productos defectuosos. Al lado del caso español de la Colza, ha adquirido fama el caso alemán del producto farmacéutico Thalidomid de la empresa Chemie **(p. 18)** Grunenthal[19]: esta empresa fabricaba el tranquilizante y somnífero Tahlidomid y lo introdujo en el mercado bajo la denominación Contergan. Este medicamento era muy utilizado en los años 60 por mujeres embarazadas. Un número elevado de estas sufrió abortos no voluntarios o dieron a luz niños con malformaciones. A pesar de sospecharse una relación de causalidad entre el productos y esos resultados, la empresa Grunenthal continuó la venta del mismo. Sin embargo, no se pudo comprobar con la certeza necesaria si el medicamento Contergan era la causa de las malformaciones o de los abortos, ya que -aunque en porcentaje muy bajo- también se dan malformaciones y abortos naturales.

Se discutió si sería suficiente una prueba estadística: considerados dos grupos de personas, uno expuesto al riesgo sospechoso y el otro no, un mayor número de personas resultan afectadas en el primer grupo que en el segundo. La opinión mayoritaria, con razón, rechaza esta idea en relación a los " clásicos" delitos de resultado o de lesión. La opinión contraria, recientemente formulada de nuevo en la doctrina alemana, pretende que el término "otro" en los tipos legales de homicidio y lesiones no se refiere necesariamente a una persona determinada. Un criterio diferente es admitido en la jurisprudencia alemana en los procesos de delitos masa (por ejemplo, los delitos de estafa en agravio de un gran número de personas). En estos casos, el Tribunal Supremo exige que cada una de las víctimas sea individualizada y oída en la visita principal. Así, estima insuficiente que las víctimas sean representadas por un número determinado hasta la fase de reducción de la prueba testimonial. Este aspecto procesal pone en evidencia la necesidad de determinar la víctima cuando se trata de delitos de resultado o de lesión, al menos en materia de lesiones corporales; es decir de bienes jurídicos altamente individuales[20]. Si por el contrario, se puede eliminar la influencia de otras causas y reducir el nexo causal al producto defectuoso, esto parece suficiente aun cuando no se conoce la razón del efecto tóxico[21].

Para evitar estos problemas procesales, el legislador, sobre todo en materia económica y del medio ambiente, ha elaborado tipos delictivos sin prever un resultado como elemento constitutivo: delitos de peligro abstracto constituido por una acción considerada peligrosa (por ejemplo, el art. 343 bis C. p. aplicado en el caso de los medicamentos nocivos).

---

[18] Véase TC B. O. E. 30 de julio de 1984 (sobre aborto en el extranjero). Sobre este tema Arroyo Zapatero, Luis, Jurisprudencia constitucional en materia penal,in Cuadernos de Política Criminal,n. 24,1984,p. 679.

[19] Landgericht de Aquisgrana Juristenzeitung (JZ) 1971,p. 507 y ss. con nota de Armin Kaufmann, JZ 1971,569.

[20] Tiedemann; in Festschriff fur Achmitt, 1992,p. 139 y ss.

[21] BGHSt vol. 37,p. 106 y ss (caso Erdal),con comentario de Kuhlen,en Neue Zeitschrift fur Strafrecht (NZSt),1990,p. 560 y ss. Nota de la redacción: Sobre la causalidad, ver: Hurtado Pozo, el principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal, in Nuevo Foro Penal, n. 39, 1988 p. 27 ss.

(p. 19) 6. Posición de garante y autoría

El ejemplo de los productos defectuosos presenta otros dos problemas: la determinación de la negligencia en caso de la puesta en venta de dichos productos y la obligación de retirarlos del mercado cuando se conoce su peligrosidad.

El primer problema está estrechamente relacionado con el segundo: la posición de garante de quien debe retirar el producto defectuoso del mercado puede fundamentarse sobre la injerencia cuando la distribución del producto en el mercado haya sido antijurídica; es decir, contraria a las normas de diligencia y, por tanto, imprudente.

Más grave y difícil es la determinación de la posible posición de garante cuando según las normas vigentes, incluso las normas no escritas de diligencia profesional, la producción y la venta del producto no pueden ser consideradas antijurídicas (imprudentes). El Derecho civil, como consecuencia de una Directiva europea, reconoce para estos supuestos un deber de vigilancia posterior a la venta del producto y este deber de vigilancia puede considerarse, en el Derecho penal, también como deber y fundamento de la posición de garante. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo en el "caso Erdal"[22] una empresa que fabricaba un spray para zapatos que causaba alergias e incluso la muerte.

También debemos analizar la cuestión más general de sí, considerada la empresa como posible fuente de peligros para terceros, sus propietarios y gerentes tienen una posición de garante para impedir hechos delictivos de sus empleados (véase en el Derecho español el art. 21 C. P. sobre responsabilidad civil[23] y el art. 8 de la Ley de defensa de la competencia para el supuesto particular de los actos restrictivos de competencia). Una parte importante de juristas alemanes deduce tal posición de garante del poder de dirección empresarial[24]. Otros admiten esta posición de garante sólo para empresas peligrosas, como las que fabrican **(p. 20)** armas y municiones[25] (en el mismo sentido se pronunció el Tribunal Federal de Suiza en el caso de la empresa Buehrle[26] por exportación prohibida de armas a zonas en crisis). De la misma manera, también se comprende en la jurisprudencia alemana, como "peligrosas" las empresas constructoras y las gestoras de polideportivos con efectos exteriores en el tráfico urbano[27]. Poco se ha discutido la cuestión de sí en los casos de delitos especiales (como la quiebra) existe una posición de garante derivada de la particular proximidad del sujeto activo con el bien jurídico protegido[28]. Tampoco está claro si en los supuestos de dirección colegiada de la empresa, por ejemplo, de una sociedad anónima, cada órgano tiene la obligación jurídico penal de impedir, a pesar de carecer de poder de decisión al respecto[29],que otros órganos de la misma empresa cometan delitos en perjuicio de los socios o de la comunidad en general. Una tendencia moderna de la dogmática alemana niega tal obligación a la luz del principio de autonomía humana que, con razón se reconoce como un principio limitador de la responsabilidad penal. Este criterio ha sido aceptado, recientemente, por la jurisprudencia alemana en los casos de imprudencia[30].

---

[22] BGH,6. 7. 1990 -2 StR 549/89 (LG Mainz),in Neue Juristische Woche (NJW) 1990,p. 2560 ss.

[23] Según esta disposición, pf. 1: "Son también responsables civiles, en defecto de los que sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera persona o Empresas, por los delitos o faltas que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los Reglamentos generales o especiales de Policía que esté relacionada con el hecho punible cometido" (nota de la redacción).

[24] Schunemann, Bernd Unternehmenskriminalitat und Strafrecht,1972; Tiedemann/Vogel, JuS 1988,p. 295 (299), con más bibliografía.

[25] Dreher, Eduard/Troendle, Herbert, Strafgesetzbuch,45a. ed. ,1991,art. 13n. 12 (citado: Strafgesetzbuch).

[26] Colección de las decisiones del Tribunal Supremo de Suiza (BGE) vol. 96 IV p. 176.

[27] Véase la jurisprudencia (alemana)citada en Dreher/ Troendle Strafgesetzbuch

[28] Véase para el ejemplo del derecho penal de la quiebra, Tiedemann, Konkursstrafrecht, Berlín 1985,párrafo 283, n. 37 infra, capítulo VI.

[29] Tiedemann, GmbH-Strafrecht, art. 82 nos. marg. 23 y 30.

[30] Tiedemann/Vogel. JuS 1988, p. 299 con referencias. Vista más general de este aspecto por Schumann, f. Karl, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip des Selbstverantwortung der Anderen,1986.

7. Autoría normativa (o funcional)

En el ámbito del Derecho penal del medio ambiente, se ha discutido, en Alemania, sobre si es autor sólo quien ejecuta el hecho, o si por pertenecer activa o pasivamente a una "esfera de responsabilidad" también puede ser "autor" quien no actúa materialmente e, incluso, una persona jurídica[31]. En los Países Bajos, este concepto funcional de autoría ha facilitado la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal holandés. En muchos países, el mismo concepto de autoría es utilizado, actualmente, de modo implícito en tipos delictivos en los que la víctima es el consumidor. Así, "productor" de alimentos adulterados no es quien utiliza la máquina como la materia prima para fabricarlos, sino quien actúa en el tráfico como comerciante; no "capta" clientes con actos engañosos, quien redacta los avisos publicitarios, los exhibe en escaparates o los difunde en la prensa y televisión, sino el titular del negocio que origina la publicidad.

Por supuesto, no es éste un problema especial del Derecho penal económico. Más bien el Derecho penal económico, como en muchos otros ámbitos, tiene aquí una **(p. 21)** función de promoción y desarrollo de la parte general. Si la dogmática penal, en principio, se ha desarrollado a través de los delitos dolosos de violencia, la importancia práctica de los delitos culposos (por ejemplo, en la circulación) ha revolucionado, recientemente, la teoría general del delito: la teoría de la imputación objetiva nació para restringir la responsabilidad penal en este tipo de delitos. Hoy, según algunos autores, su aplicación se extiende a los delitos dolosos. El núcleo de esta teoría de la imputación objetiva es el riesgo creado de forma ilícita. Sólo recurriendo a esta idea es posible resolver casos como el del empresario Schleicher, socio mayoritario de unas sociedades de inversión para la explotación de gas en el Canadá[32]: estas sociedades hacían publicidad para atraer a inversionistas a quienes se prometía un interés muy elevado. Cuando, debido a la actuación perjudicial del gobierno canadiense al no otorgar el permiso necesario y al hecho que las fuentes de gas encontradas no eran tan ricas, no se obtuvieron durante bastante tiempo los beneficios esperados, se pagó el alto interés prometido a los socios con el dinero que aportaban los nuevos socios atraídos por la publicidad. Para salvar a las empresas de la quiebra, Schleicher les concedió créditos altos. Schleicher fue acusado como coautor del delito de estafa porque sin esos créditos no se hubiera efectuado la estafa contra los nuevos socios (ver art. 14, n. 3 del Código penal español[33] y, en consecuencia las empresas hubieran quebrado sin poder continuar sus actividades, incluida la de la publicidad engañosa. Unicamente aplicando el criterio de la imputación objetiva, se puede eximir de responsabilidad a quienes mediante actos socialmente neutros o útiles (como otorgar créditos o vender objetos permitidos[34]), cooperan formalmente en la ejecución de hechos criminales en el sentido de los arts. 14. 3 y 16 del c. p. español.

Poca relación tiene con esta problemática el art. 15 bis del Código penal español[35] que sindica como sujeto activo de los delitos especiales (por ejemplo, el de quiebra) a quien actúa en representación legal o voluntaria de una persona jurídica, siempre que recaiga en la persona jurídica en sentido propio la característica exigida al sujeto activo Z (por ejemplo ser comerciante). Esta regulación resuelve sólo el problema que surge cuando el autor "natural" no tiene la correspondiente cualificación o característica exigida en la ley, **(p. 22)** mientras que el sujeto activo por ser una persona jurídica no puede (en principio) ser castigada. Más importante es determinar quien "actúa"

---

[31] Véase Rudolphi, Hans -Joachim, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betriben fur Gewasserunreinigungen und ihre Begrenzen durch den Einleitungsbescheid, in Festschrift fur Karl Lackner 1987,p. 863 y ss. ; Tiedemann, expresión Umweltstrafrecht, en Handworterbuch, vol. II.

[32] Bundesgerichtshof NJW 1989,p. 2403 y ss.

[33] De acuerdo con esta disposición, se consideran autores: "Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado". Nota de la redacción: El art. 100 del Código penal peruano derogado, se reprimía como autores ". . . a los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse". El nuevo código, art. 25,pf. 1, expresa: "El que, dolosamente, preste auxilio pra la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor". Consultar, Hurtado Pozo, P. G. ,p. 548 y ss.

[34] RGSt vol. 39,p. 44 (46 y s).

[35] Esta norma dice: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser activo del mismo". En términos similares ha sido redactado el art. 27 del nuevo código peruano (nota de la redacción).

como directivo, órgano o representante de la persona jurídica especialmente en los casos en que estas personas no realizan un comportamiento activo sino omisivo. Junto al problema dogmático de la posición de garante de estas personas, existe el problema de la participación mediante omisión por el grado de conocimiento que el directivo, por ejemplo, tenga del hecho que debe impedir. El Derecho alemán prevé para estos casos una responsabilidad administrativa (art. 130 de la ley sobre contravenciones al orden, referente a los delitos o faltas cometidos por los subordinados)[36].

[36] Tiedemann, Wirtschaftsstrafrechtund Wirtschaftskriminalitat,vol 1, Allegemeiner Teil,Hamburg 1976,p. 204.