

La legitimidad de la incriminación de los delitos económicos

Sumario

El presente artículo se encarga de determinar si la criminalización de los delitos económicos es legítima, en tanto hace un uso justificado de la institución social de la pena. De manera general, se responde a la cuestión de si es posible recurrir a la pena para hacer frente a conductas socialmente perturbadoras que tienen lugar en el ámbito de la economía. Para ello se tiene en cuenta una teoría realista de la criminalización. Luego se entra a discutir si la forma como se criminalizan los delitos económicos y las penas previstas para sus autores se corresponden con la función atribuida a la pena y las exigencias que imponen los principios penales de carácter garantista.

Abstract

This article determines whether the criminalization of economic crimes is legitimate, as it makes justifiable use of the social institution of punishment. In general, it addresses the question of whether punishment can be used to address socially disruptive behaviors occurring in the economic sector. To this end, it considers a realist theory of criminalization. It then discusses whether the way in which economic crimes are criminalized and the penalties provided for their perpetrators correspond to the function assigned to punishment and the requirements imposed by the criminal law principles.

Zusammenfassung

Dieser Artikel untersucht, ob die Kriminalisierung von Wirtschaftsdelikten legitim ist, im Sinne einer gerechtfertigten Anwendung von Strafen. Er behandelt allgemein die Frage, ob Strafen zur Bekämpfung sozial schädlichen Verhaltens im Wirtschaftsbereich zulässig sind. Zu diesem Zweck wird eine realistische Theorie der Kriminalisierung herangezogen. Anschließend erörtert der Artikel, ob die Art und Weise der Kriminalisierung von Wirtschaftsdelikten und die für die Täter verhängten Strafen der Funktion von Strafen und den Anforderungen fundamentaler strafrechtlicher Prinzipien, die Rechte gewährleisten, entsprechen.

Title: The legitimacy of criminalizing economic crimes

Titel: Die Legitimität der Kriminalisierung von Wirtschaftsdelikten

Palabras clave: Delitos económicos, teoría de la criminalización, teoría de la conducta criminal.

Keywords: Economic crimes, criminalization theory, theory of criminal behavior.

Stichwörter: Wirtschaftsdelikte, Kriminalisierungstheorie, Theorie des kriminellen Verhaltens.

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.08

1.2026

Recepción
01/10/2025

-

Aceptación
10/11/2025

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. La criminalización de los delitos económicos**
 - 2.1. La teoría realista de la criminalización
 - 2.2. El caso de los delitos económicos
- 3. La forma de la criminalización**
 - 3.1. La teoría de la conducta criminal
 - a. Delitos económicos con tipificación abierta
 - b. Delitos económicos de peligro abstracto
 - c. Delitos económicos con sistema unitario de autor
 - d. La persona jurídica como sujeto de imputación en los delitos económicos
 - 3.2. Las penas imponibles
- 4. Conclusión**
- 5. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No
Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

En las últimas décadas es notoria la especial atención que se le viene dando a los delitos económicos en la discusión doctrinal. No tanto para seguir cuestionando el déficit de persecución advertido desde el reclamo criminológico iniciado por SUTHERLAND, sino básicamente porque su configuración legislativa actual presenta ciertas particularidades que marcan ostensibles diferencias con el tratamiento general de los delitos. En efecto, la criminalización de la delincuencia económica se ha venido realizando mediante técnicas de tipificación que parecerían moverse en el límite de lo que autorizan los principios político-criminales de tradición liberal como la lesividad, la legalidad, la culpabilidad o la proporcionalidad¹. A esta particular forma de criminalizar las conductas constitutivas de delitos económicos se le suma la intensificación de la respuesta punitiva legalmente prevista. En el caso de las personas naturales, la tendencia legislativa no es solamente a castigarlas con la clase de pena más grave (la privación de la libertad), sino que se establece además un régimen de ejecución más riguroso que apunta a restringir el acceso a alternativas que eviten el ingreso a la cárcel, buscando que la pena de prisión se cumpla efectivamente. La ley de delitos económicos chilena es una buena muestra de esta última orientación legislativa². Por otro lado, la tendencia generalizada en los países de tradición europea-continental de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal abre la posibilidad de castigar también a la organización empresarial en cuya actividad se ha cometido el delito económico³. El escenario punitivo se termina de completar con la previsión, como pena copulativa, de multas en función de la capacidad económica del delincuente económico y de inhabilitaciones que apuntan básicamente a sacarlo de la actividad económica⁴.

Ante el escenario legislativo descrito cabe razonablemente preguntarse si la forma como el legislador penal está criminalizando los delitos económicos resulta legítima o no. Este juicio de legitimidad no está referido al respeto del procedimiento legalmente establecido para la aprobación de las leyes penales, ni tampoco a la obtención del consenso político en el debate parlamentario, sino a la racionalidad teleológica del uso de la respuesta penal. Parece claro que la intención del legislador es hacer que la lucha contra la delincuencia económica sea más eficaz y, de esta manera, reducir la cifra oscura de criminalidad que aún la caracteriza. Sin embargo, la obtención de esta mayor eficacia no puede bastar para legitimar el particular tratamiento legislativo que se le viene dando a los delitos económicos, siendo necesario exigir también la observancia de garantías de carácter irrenunciable, ya que éstas, por un lado, aseguran la racionalidad de la respuesta penal y, por el otro, dan la debida protección a la dignidad humana. Por ello, no debe sorprender en lo absoluto que la discusión sobre los delitos económicos siga

* Autor/a de contacto: Percy García Caveró (percy.garcia@udep.edu.pe). Esta publicación se enmarca en el proyecto de investigación PID2022-141610OB-11, "Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI", *Proyectos de generación de Conocimiento*, Agencia Estatal de Investigación, España (Dirección del proyecto: Bernardo Feijoo y Enrique Peñaranda).

¹ Vid., sobre esta situación, con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 4.ª ed., 2022, pp. 139 ss.

² Vid., BASCUÑÁN/WILENMANN, *Derecho penal económico chileno*, t. I, 2023, pp. 171 ss.

³ Vid., la referencia a esta tendencia legislativa, GARCÍA CAVERO, *El derecho penal de las personas jurídicas*, 2023, pp. 40 ss.

⁴ Así, en la legislación penal chilena, por ejemplo, BASCUÑÁN/WILENMANN, *Derecho penal económico chileno*, t. I, 2023, p. 51.

ocupándose de la cuestión de si el legislador penal está haciendo un uso legítimo de la respuesta punitiva en este ámbito.

En mi opinión, el abordaje de la cuestión de la legitimidad de la criminalización de los delitos económicos debe llevarse a cabo tanto en un plano general, como en uno específico. En el plano general debe determinarse si, con base en una teoría de la criminalización, los delitos económicos pueden estar integrados válidamente en el universo de las conductas penalmente sancionadas. En el plano específico, y siempre que se admita la legitimidad general del uso de la respuesta punitiva para hacer frente a los delitos económicos, lo que se debe llevar a cabo es un análisis de la manera como se ha realizado la criminalización de los delitos económicos en particular. En lo que sigue, voy a realizar un análisis general de legitimidad de los delitos económicos, utilizando para ello la teoría realista de la criminalización formulada recientemente por el Prof. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ⁵. Luego de ello, entraré en un análisis más específico, determinando si la forma de tipificación que usualmente se usa en los delitos económicos o las sanciones previstas desbordan el ámbito legítimo de criminalización. No se trata, por lo tanto, de realizar un análisis de delitos económicos en específico, sino de abordar tópicos comunes a varios de ellos.

2. La criminalización de los delitos económicos

Para evaluar la legitimidad general de la regulación legislativa de los delitos económicos, lo primero que se debe esclarecer es si el Derecho penal económico es aún Derecho penal o si, por el contrario, cuenta ya con una independencia normativa que lo somete a criterios regulatorios propios. La respuesta a esta cuestión puede estar influida por lo que, en el último tiempo, el Prof. Thomas ROTSCH ha llamado el fenómeno de la divisionalización o compartimentalización de la dogmática penal, esto es, la aparición de subcategorías dogmáticas que cada vez más están regidas por sus propias reglas⁶. Precisamente con base en este fenómeno se estarían produciendo en el ámbito del Derecho penal económico flexibilizaciones, modificaciones e incluso apartamientos de los conceptos desarrollados por la dogmática penal general⁷. Ante esta situación podría resultar razonable defender cierta independencia dogmática del Derecho penal económico en relación con los criterios generales del Derecho penal⁸. Sin embargo, la posición doctrinal aún dominante niega que exista esta autonomía del Derecho penal económico, ya que la imposición de las sanciones a los delitos económicos se sigue llevando a cabo y, por tanto, justificando con los parámetros del sistema penal. No se trata entonces de algo distinto al Derecho penal, sino solamente de un sector especial del Derecho penal⁹. En ese sentido, la

⁵ Vid., esta propuesta en SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 2/83.

⁶ Vid., ROTSCH, «Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung», en JOECKS *et al.* (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 148 ss.

⁷ Vid., ROTSCH, «Vom schwierigen Zustand des deutschen Strafrechts», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10), 2020, p. 475.

⁸ Así, en el último tiempo, WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich ein Betrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, nm. 840, si el tipo penal se vincula con algún mecanismo de autorregulación de la economía.

⁹ En este sentido, MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, p. 32, sostiene que la dogmática vale igualmente para el Derecho penal económico y el Derecho penal nuclear. Igualmente, WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4.ª ed., 2017, 1/10; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2012, pp. 13 ss.; CARPIO BRIZ, «Concepto y contexto del Derecho penal económico», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General y Parte Especial*, 2016, p. 37; QUINTERO OLIVARES, «Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, 2020, pp. 53 ss.

imposición de la pena en los delitos económicos debe apuntar, en consonancia con la función general atribuida al Derecho penal, a la protección de bienes jurídicos o al restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada por el delito, siendo ineludible que, en el cumplimiento de dicho propósito, se observen los principios que regulan el ejercicio de la potestad punitiva. En todo caso, lo que nadie pone en tela de juicio es la necesidad de ajustar el cumplimiento de la función atribuida a la pena y la vigencia de los principios penales en el uso de la potestad punitiva a las particularidades de la realidad económica.

2.1. La teoría realista de la criminalización

Para determinar si los delitos económicos cumplen con la función atribuida a la pena y forman parte, por tanto, del Derecho penal, es necesario contar con una teoría de la criminalización que sirva para responder a la pregunta general de cuándo es legítimo el uso de la institución social de la pena. En el último tiempo, el Prof. SILVA SÁNCHEZ se ha encargado precisamente de formular una teoría de la criminalización con esa finalidad¹⁰. Su punto de partida es que esta teoría de la criminalización no debe ser entendida como un planteamiento meramente descriptivo que se limite a hacer referencia a la forma en la que se sancionan penalmente determinadas conductas en un país, sino que resulta necesario asumir una perspectiva normativa que permita discutir la legitimidad de la decisión criminalizadora.

Dentro de la perspectiva normativa de la teoría de la criminalización, el profesor español distingue un enfoque formal-institucional y un enfoque material. El primero parte de la premisa de que es viable criminalizar cualquier forma de conducta, siempre que la entidad estatal competente para realizar la criminalización cuente con la legitimidad política suficiente, se respete el procedimiento establecido y se mueva dentro de los límites fijados por la Constitución. El segundo, por el contrario, identifica un fundamento sustantivo para la criminalización, de manera tal que, si tal fundamento no está presente, entonces la criminalización no puede considerarse legítima. En la actualidad, la posición mayoritaria asume una perspectiva normativa de carácter material en la formulación de la teoría de la criminalización, por lo que se convierte en un punto de especial debate la identificación del fundamento sustantivo con el cual se legitima la incriminación penal. Lo que queda claro entonces es que no toda decisión legislativa de criminalización que siga los cauces procedimentales democráticamente establecidos es, por esa sola razón, legítima.

Entre una insuficiente teoría del bien jurídico y una teoría formalista de la identidad normativa de la sociedad con poca capacidad crítica de la regulación positiva, el Prof. SILVA SÁNCHEZ propone un enfoque realista de la teoría de la criminalización. Este enfoque parte de distinguir dos fundamentos normativos con los que se podría legitimar la decisión de criminalización: la racionalización de la respuesta punitiva ante una conducta que constituye un grave mal contra los bienes de una persona, por un lado, y la intensificación de los desincentivos de realización de una conducta socialmente indeseada, por el otro. El profesor español entiende que no es posible asumir una teoría unitaria de la criminalización que opte por uno u otro de los fundamentos mencionados, por lo que concluye que ambos fundamentos deben ser tenidos en cuenta¹¹. Sin embargo, no se deja a la discrecionalidad del legislador penal recurrir a uno u otro fundamento de la incriminación, sino que eso dependerá de la clase de delito que se esté incriminando. En

¹⁰ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/1.

¹¹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/87.

relación con las clases de delito, el Prof. SILVA SÁNCHEZ recurre a una tripartición que los diferencia entre delitos *mala in se*, delitos *mala in se* periféricos y delitos *mala quia prohibita*.

Los delitos *mala in se* son aquellos que deben ser criminalizados de modo obligatorio por los Estados, ya que se trata de formas de conducta que afectan dolosamente bienes intrínsecos de la persona como la vida o la integridad física, psicológica o moral. La pena se sustenta, en estos casos, en un reproche estatal que tiene su base en una censura moral-universal. En ese sentido, el Estado castiga la comisión de los delitos *mala in se* por una delegación de la humanidad ante la infracción de un deber natural de respeto a la dignidad de las personas. Lo anterior, sin embargo, no obliga incondicionadamente a que el Estado imponga un castigo por la comisión de estos delitos, pues también puede tener en consideración aspectos prudenciales como la equidad, la eficiencia o la oportunidad del castigo.

Los delitos *mala in se* periféricos, por su parte, recogen afectaciones imprudentes a bienes intrínsecos de la persona o afectaciones dolosas a bienes humanos extrínsecos o institucionales. Dentro de estos delitos es posible distinguir, a su vez, dos subgrupos. Por un lado, los delitos que tienen un núcleo de *mala in se* y, por lo tanto, el Estado debe castigarlos, pero atendiendo a lo establecido en un orden estatal primario. Aquí se incluyen, por ejemplo, las afectaciones contra la propiedad o la libertad personal que cuentan con una regulación primaria a nivel del Derecho civil o administrativo. Por otro lado, están los delitos que lesionan gravemente los vínculos que definen las relaciones interpersonales en sociedad. Estos delitos parten del dato universal de que toda persona, en tanto vulnerable y dependiente, necesita de vínculos familiares y relaciones basadas en la confianza y la reciprocidad. Sin embargo, estas relaciones están determinadas por la manera en la que está configurada cada comunidad concreta. Por esta razón, estas figuras delictivas responden a determinado contexto histórico-cultural que el tipo penal recoge por medio de elementos normativos de carácter jurídico o social. Como se puede ver, los delitos *mala in se* periféricos están caracterizados por criminalizar actos que toda sociedad debe criminalizar, pero los contornos de esa criminalización dependen de las concretas características de la sociedad de la que se trate.

Finalmente, los delitos *mala quia prohibita* son aquellos que están referidos a un orden administrativo-estatal de previsión de situaciones de riesgo. En unos casos, se criminalizan formas de conductas abstractamente peligrosas para bienes intrínsecos o extrínsecos. En otros casos, lo que es objeto de sanción son formas de conductas que constituyen la infracción de deberes ciudadanos de cooperación con el Estado. El rasgo característico de estos delitos es la utilización de estructuras de accesoriedad administrativa, en especial su formulación como leyes penales en blanco. Al igual que los delitos *mala in se* periféricos, los delitos *mala quia prohibita* están definidos en un determinado contexto cultural que resulta variable. Sin embargo, su criminalización no es exigible a cualquier sociedad, sino que es consecuencia de una decisión tecnocrática o burocrática de optar por la represión penal y no, más bien, por una respuesta en el ámbito exclusivamente administrativo.

Con base en la clasificación realizada de los delitos, se puede identificar el fundamento material de la criminalización en cada clase de delito. En el caso de los delitos *mala in se*, la criminalización se hace necesaria por la grave fractura interpersonal y la ruptura con la comunidad que supone la afectación dolosa de bienes intrínsecos de la persona. La pena debe restaurar el daño personal y social producido por estos delitos, restableciendo el orden jurídico. Ello tiene lugar mediante una negación de la autoafirmación del sujeto que realiza la conducta delictiva, por lo que a la pena le corresponde una función retributivo-restaurativa, en donde adquiere suma importancia

la imposición efectiva del castigo y su ejecución¹². Por el contrario, en los delitos *mala quia prohibita* la criminalización no se sustenta en la necesidad de restaurar retributivamente el daño producido, sino en prevenir un fenómeno socialmente indeseado. Por eso, en estos delitos prevalece el momento de la conminación penal, lo que lleva muchas veces a la previsión de penas que superan el merecimiento de sanción del sujeto infractor¹³. Esta situación es precisamente la que explica que, a nivel judicial, se establezcan mecanismos para corregir los excesos que se dan a nivel de la conminación legal, como es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena o la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por una clase de pena menos grave. Entre los delitos *mala in se* y *mala quia prohibita*, se encuentran los delitos *mala in se* periféricos que conforman una zona gris, en la que se entremezclan los fundamentos materiales antes mencionados.

2.2. El caso de los delitos económicos

Atendiendo al esquema conceptual expuesto, parecería razonable sostener que los delitos económicos estarían ubicados básicamente dentro de los delitos *mala quia prohibita* y, en algunos casos puntuales, dentro de los delitos *mala in se* periféricos. La razón para sostener esta conclusión residiría en el hecho de que los bienes jurídicos en torno a los que giran los delitos económicos son de carácter económico, por lo que no podrían entrar en la categoría de los delitos *mala in se* que, como se indicó, se circunscriben a bienes intrínsecos de la persona. El razonamiento precedente, sin embargo, podría tener sentido en una concepción de los delitos económicos que ubique su criterio normativo de definición en el carácter económico del bien jurídico con el que se sustenta su criminalización. Pero si se entiende que ese no es el rasgo normativo que los define dogmáticamente, sino el que se cometan en un contexto económico¹⁴, entonces sería posible que delitos que afecten bienes jurídicos intrínsecos de la persona puedan también ser considerados como delitos económicos. Así, por ejemplo, si la calidad de delito económico les es atribuida a delitos como el delito de incumplimiento de medidas de seguridad laboral o el delito contra la salud de los consumidores¹⁵, en donde se incluyen normalmente como un supuesto de agravación la lesión a bienes intrínsecos de la persona como la vida o la integridad física, entonces cabría reconocer la existencia de delitos económicos *mala in se*, cuya criminalización encontraría su justificación en la necesidad de restaurar retributivamente el daño producido. Así las cosas, los delitos económicos podrían presentarse en el ámbito de cualquiera de las tres clases de delitos, más allá de que su ubicación predomine en uno u otro lugar.

Sobre la base de lo anteriormente indicado, puede sostenerse que la criminalización de los delitos económicos que tengan la calidad de *mala in se* resulta legítima por la necesidad de restaurar la situación anterior a la lesión, retribuyendo la infracción del autor por medio de la imposición de la pena. En estos delitos se produce la lesión de bienes jurídicos intrínsecos de las personas en un contexto económico. El fundamento retributivo-restaurativo también está presente en los delitos *mala in se* periféricos, aunque aquí entra a tallar también la necesidad preventiva de evitar

¹² Vid., SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 3/102.

¹³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 3/105.

¹⁴ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, «Hacia un concepto dogmático del derecho penal económico», en CONTESSE/SILVA (coords.), *Racionalidad y escepticismo en el Derecho penal. Estudios en Memoria de Miguel Soto Piñeiro*, 2024, pp. 663 ss.

¹⁵ Así, VERGHO, *Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht*, 2009, p. 35, incardina los delitos contra los consumidores dentro del Derecho penal económico.

la generalización de conductas contrarias a una regulación primaria. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de administración desleal o fraudulenta, de los delitos contra la propiedad industrial o de los delitos contra los derechos de los acreedores que giran en torno a afectaciones al bien extrínseco de la propiedad. Por su parte, en el caso de los delitos económicos que entran en la categoría de los delitos *mala quia prohibita*, la legitimidad de su incriminación requiere que se encuentre debidamente fundamentada la necesidad de reforzar los mecanismos preventivos de evitación de conductas abstractamente peligrosas, en el sentido de la incapacidad del derecho administrativo sancionador para conseguir la mínima prevención requerida con sus mecanismos de reacción. Así cabría legitimar la criminalización de delitos como el lavado de activos o los delitos contra la libre competencia. También encontrarían cabida como delitos *mala quia prohibita* los delitos económicos que infringen deberes de cooperación ciudadana como los delitos tributarios, los delitos de obstaculización de las funciones de supervisión de las agencias de control económicas o los delitos de omisión de reporte de operaciones sospechosas. Como se ve, en contra de lo que propugnaba de forma general la escuela de Frankfurt en la década de los noventa del siglo pasado¹⁶, hay un espacio para la incriminación legítima de los delitos económicos, lo que obviamente no impide la realización de análisis específicos que cuestionen determinadas decisiones de incriminación que no se ajusten a los parámetros propios del sistema penal.

3. La forma de criminalización

Lo que se acaba de exponer de manera general no debe llevar a la errada conclusión de que el análisis de legitimidad de los delitos económicos se reduce al cumplimiento del fundamento retributivo, preventivo o de ambos, dependiendo de la clase de delito que se incrimina. El legislador penal no puede definir la conducta delictiva de cualquier forma o sancionarlas con cualquier clase de pena. En ese sentido, la legitimidad de la incriminación de los delitos económicos debe ocuparse también de analizar si la forma de conducta sancionada cumple con las exigencias mínimas que debe reunir una conducta criminal y si la pena legalmente prevista se corresponde con el fundamento de la clase de delito incriminado.

3.1. La teoría de la conducta criminal

Para poder establecer si la manera de criminalizar una forma de conducta por el legislador penal resulta legítima, es necesario contar con una teoría de la conducta criminal con la que se pueda hacer una operación de contraste. No toda conducta autoriza el uso de la pena, aunque se haga con la finalidad que se le atribuye. La necesidad de retribución y/o de prevención no se puede satisfacer mediante un uso absolutamente discrecional de la pena.

La configuración actual del Derecho penal como un Derecho penal de acto y no de autor, exige, en primer lugar, el cumplimiento del llamado principio del hecho. De acuerdo con este principio solamente es posible criminalizar el obrar de un agente, excluyéndose la represión penal de los pensamientos, los procesos externos meramente causales o la forma de ser de una persona¹⁷. Como fundamento subyacente a estas exclusiones estaría la idea de que solamente las actuaciones controlables pueden ser pasibles de una respuesta punitiva. En segundo lugar, la criminalización de un hecho externo debe ser una decisión del legislador que debe estar plasmada en una ley: principio de legalidad. Se trata de una garantía formal que obliga a que sea el

¹⁶ Vid., en general, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., 2022, pp. 69 ss.

¹⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 2/126.

legislador el que determine la conducta pasible de sanción penal. En tercer lugar, el hecho externo no solamente debe ser antinormativo, sino que debe producir una afectación a terceros o a la comunidad (lesividad)¹⁸. Es cierto que esta afectación se puede ir flexibilizando, si con ello se optimiza la protección por medio de la prevención, pasando así de la lesión al peligro concreto y finalmente al peligro abstracto. No obstante, esta flexibilización debe ser sometida a un control de proporcionalidad que descarte la utilización innecesaria del castigo penal, lo que tiene lugar cuando la gestión eficiente de las situaciones de riesgo se puede solventar satisfactoriamente con las sanciones administrativas. Por último, el hecho lesivo debe ser un hecho del autor, lo que constituye una expresión del principio de culpabilidad. No es legítimo, por lo tanto, que se prevea legislativamente la responsabilidad penal por el hecho de un tercero (responsabilidad vicarial). Asimismo, para que la responsabilidad sea por un hecho propio es necesario que solamente se castigue la realización dolosa o culposa de la conducta prohibida, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Con base en el esquema conceptual precedentemente desarrollado es posible determinar si la forma como el legislador penal tipifica la conducta constitutiva de un delito económico resulta legítima o no. Está claro que no es posible dar una respuesta general a las distintas decisiones de incriminación, sino que se debe proceder a un análisis de las concretas figuras delictivas. Como se anticipó, no pretendo realizar en esta contribución evaluaciones focalizadas a delitos económicos en particular. Lo que, sin embargo, sí haré es examinar las técnicas de tipificación legislativa que, por lo general, son utilizadas para la criminalización en el ámbito de la delincuencia económica, estableciendo si tal uso resulta legítimo y, en caso así lo sea, qué condiciones se deberían cumplir para mantenerse dentro de ese uso legítimo.

a. Delitos económicos con tipificación abierta

Una característica común de los delitos económicos es que están legalmente configurados como tipos penales abiertos, lo que se hace con la finalidad de que el juez pueda ajustar la descripción típica a la complejidad del contexto económico¹⁹. Así, por un lado, el tipo penal utiliza elementos normativos de carácter abierto que le permitan a la interpretación judicial adaptarse a la multiformidad de las relaciones económicas²⁰. De manera especial, cabe mencionar el uso de cláusulas indeterminadas, cláusulas de fraude a la ley penal o las llamadas representaciones comparativas (*Maßfiguren*). Por otro lado, se recurre también a formulaciones que se remiten a regulaciones extrapenales, con las que el juez pueda concretar el contenido de la conducta típica en sectores especializados sometidos a constante revisión²¹. Estas remisiones pueden materializarse bajo la forma de una ley penal en blanco o por medio de una accesoriedad administrativa de acto. Solamente con el apoyo de estas técnicas de tipificación, el juez estará en capacidad de congeniar la ley penal con el permanente cambio del contexto económico²², en especial en momentos de crisis²³.

¹⁸ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/133.

¹⁹ Vid., BACIGALUPO ZAPATER, «La justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, 2012, p. 71.

²⁰ Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed., 2017, 5/253; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4.ª ed., 2017, 6/20.

²¹ Vid., BRETTEL/SCHNEIDER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3.ª ed., 2021, 1/87.

²² Vid., SILVA SÁNCHEZ, «La legislación penal económica», en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 51; HÜLS, *Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts?*, 2019, pp. 86 s.

²³ Así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed., 2017, 4/218.

Frente a las particularidades dogmáticas precedentemente advertidas en la configuración típica de los delitos económicos, la doctrina penal ha discutido si éstas resultan compatibles con el principio de legalidad²⁴. Como se sabe, este principio regulador de la potestad punitiva impone al legislador penal la obligación de precisar en la ley, de manera previa, cuál es la conducta penalmente sancionada²⁵. Si bien queda claro que esta precisión de la conducta punible no exige la formulación de leyes absolutamente determinadas, sino relativamente determinadas, el legislador penal debe establecer, por lo menos de manera general, cuáles son los elementos constitutivos de la forma de conducta que es pasible de sanción y no dejar en manos del juez la plena decisión sobre la relevancia penal de la conducta que es sometida a su conocimiento²⁶. La cuestión es si los tipos penales con elementos normativos abiertos o remisiones normativas cumplen con esa mínima determinación legislativa. Una respuesta afirmativa requiere la desentrañar el sentido de la exigencia de legalidad.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el principio de legalidad apunta a excluir la discrecionalidad judicial al momento de decidir si una conducta concreta constituye un delito. Su sentido, por lo tanto, no es la previsión detallada de la conducta delictiva en la ley penal, sino que su castigo sea objetivamente previsible para el ciudadano antes de su realización²⁷. En ámbitos complejos, como lo es precisamente el contexto económico, la determinación objetiva de la conducta delictiva por parte de legislador necesita hacerse de una forma tal que el juez pueda adaptar el tipo penal a la multiformidad y al dinamismo de la realidad económica. No es que se prescinda de la previsibilidad objetiva de la conducta penalmente sancionada, sino que tal previsibilidad se obtiene de un modo más complejo.

Con base en lo anterior puede decirse que la utilización de elementos normativos de carácter abierto en la estructuración típica de los delitos económicos alcanza el mínimo de determinación exigible, si es que estos elementos se asientan en conceptos valorativos que cuenten con un núcleo de significación asegurado²⁸ o están vinculados a criterios de referencia legalmente definidos como, por ejemplo, la existencia de una cláusula de analogía *intra legem*. Con esa misma lógica, es posible también afirmar que la tipificación de un delito económico bajo la forma de una ley penal en blanco es compatible con lo requerido por el principio de legalidad, si es que una lectura conjunta entre la ley penal y la normativa de remisión permite determinar objetivamente la conducta penalmente sancionada. El uso de la técnica legislativa de la remisión normativa no hace indeterminada a la ley penal. No obstante, la compatibilidad con el principio de legalidad se discute en relación con otro aspecto, cuando la normativa extrapenal, a la que el tipo penal se remite, es de rango infralegal, pues, en tal caso, una determinación conjunta de la conducta delictiva podría significar una contravención de la llamada reserva de ley. Con todo, lo cierto es que no habría espacio para plantear este cuestionamiento, si la remisión a la normativa infralegal se hace para concretar un elemento típico de carácter general o para determinar

²⁴ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., 2022, pp. 159 ss.

²⁵ Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 2019, p. 147.

²⁶ Se trata de una determinación objetiva que no depende de la difusa y difícil de determinar intención subjetiva del legislador (así, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, 4/21). Sobre el mandato de certeza como determinación objetiva, vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 253.

²⁷ Vid., sobre la previsibilidad objetiva como fundamento del principio de legalidad TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *Juristische Schulung*, 1989, p. 696; DANNECKER, «Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en WABNITZ/JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 2000, 1/87.

²⁸ Así, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, p. 34, exige que las valoraciones sean reconocidas y seguras.

aspectos periféricos de la conducta delictiva, siempre que se utilice una remisión concluyente y no se produzca, a su vez, una nueva remisión normativa.

De lo expuesto queda claro entonces que lo único que admite la configuración abierta del tipo penal en los delitos económicos es una mayor participación creadora del juez en ámbitos dinámicos o cambiantes o una necesaria correspondencia de su decisión con los ámbitos de regulación primaria, pero no constituye una renuncia a la previsibilidad objetiva de lo que es materia de sanción. No se trata, por lo tanto, de un supuesto de falta de vigencia del principio de legalidad, sino de su flexibilización para alcanzar niveles mínimos de eficacia de la respuesta punitiva. Si esta flexibilización no se autorizara, la persecución de la criminalidad económica estaría condenada al fracaso por una situación de desfase con la realidad. Ante el costo de esta necesidad, algunos autores proponen compensar la flexibilización de la determinación legal con el establecimiento de parámetros interpretativos a nivel judicial, lo que se traduciría en promover una cierta vinculatoriedad de las interpretaciones judiciales o trasladar al juez el deber de interpretar la ley incierta conforme a la Constitución (bien jurídico). De esta manera, se evitaría en el ámbito de los delitos económicos la realización de interpretaciones irrazonables e imprevisibles²⁹.

b. Delitos económicos de peligro abstracto: la preparación y la acumulación

Otra particularidad típica de los delitos económicos es el abandono del paradigma clásico de la lesividad. Como se sabe, la comprensión liberal del delito requiere de la lesión de un bien jurídico concreto, por lo que el tipo penal tendría que asumir la forma de un delito de lesión. Esta exigencia se traduce en el llamado principio de lesividad. Sin embargo, los modernos procesos de criminalización han flexibilizado este principio para dar cabida a los delitos de peligro, lo que ha tenido lugar de manera particularmente notoria en los delitos económicos. En el caso de los delitos de peligro concreto no se hace un mayor cuestionamiento, pues se entiende que sí reúnen la lesividad requerida, aunque con una comprensión normativa del resultado que abandona la perspectiva empírica de los delitos de lesión. Así, la lesividad se determina a partir del parámetro valorativo de si la conducta ha generado todas las condiciones para la lesión de un bien jurídico concreto y ésta no se produce por razones imprevisibles³⁰. Por el contrario, a los delitos de peligro abstracto sí que se les reprocha abandonar el paradigma de la agresión y prescindir finalmente de la exigencia de lesividad. La crítica de la escuela de Frankfurt en la última década del siglo pasado da buena cuenta de este cuestionamiento por lo menos a nivel de la discusión académica³¹. No obstante, la doctrina penal mayoritaria considera que los delitos de peligro abstracto pueden cumplir con la lesividad requerida, aunque dando un paso más en el proceso de normativización de la perspectiva de análisis. En concreto, su lesividad residiría en una afectación a las condiciones jurídicamente garantizadas para un disfrute seguro de los bienes jurídicos³². Esta perspectiva, por lo demás, se ajusta a la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos que protegen usualmente los delitos económicos, en donde no existe un objeto material que pueda ser lesionado o puesto en peligro por la conducta concreta³³. Con este enfoque

²⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 61.

³⁰ Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., p. 417.

³¹ Vid., al respecto, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, 1991, pp. 70 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 255 ss.

³² Vid., en los delitos económicos, KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 441 ss.

³³ Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed., 2017, 4/220.

normativo de la lesividad se le abre una vía de legitimación al legislador penal para criminalizar conductas bajo la forma de delitos de peligro abstracto.

Pese a la admisión general del uso del peligro abstracto para la criminalización de conductas, existen, sin embargo, algunas formas especiales de peligro abstracto que presentan ciertos reparos en la discusión doctrinal. Se cuestiona básicamente un excesivo alejamiento de la afectación al bien jurídico, entrando la criminalización prácticamente en un ámbito de prevención propio de la regulación administrativa. Dos son las figuras delictivas que reciben este cuestionamiento: los delitos de preparación y los delitos cumulativos.

Los delitos de preparación se caracterizan por anticipar la tutela penal a la sola realización de un acto de preparación de un delito. Esta estructura típica es común en diversos delitos económicos, como lo evidencia, por ejemplo, la configuración legal del delito monetario de posesión de instrumentos para la falsificación de dinero o del delito de colusión, en el que basta la sola celebración de un acuerdo restrictivo de la libre competencia. Para cuestionar la legitimidad de la decisión de criminalizar el acto de preparación de un delito se ha recurrido usualmente al llamado principio del hecho. Al respecto cabe señalar, sin embargo, que los delitos de preparación sí cumplen con el principio del hecho, pues no incriminan un hecho interno, sino el obrar de una persona. Su particularidad es simplemente que la conducta realizada no afecta de modo inmediato el bien jurídico. Esa circunstancia, sin embargo, no les debería restar legitimidad, siempre que produzcan una afectación mediata y generen, por lo tanto, niveles intolerables de inseguridad o perturbación social. Lo que, en todo caso, sí podrá ser materia de discusión es la procedencia de incriminar ciertos actos preparatorios con base en los principios de lesividad y de proporcionalidad, pero lo que no se podrá hacer es descartar de plano los delitos de preparación, alegando que resultan incompatibles con el principio del hecho³⁴.

Otra forma especial de peligro abstracto utilizada en la criminalización de los delitos económicos es la figura de los delitos cumulativos. En los delitos cumulativos se sanciona una acción individual que, por sí misma, no afecta el bien jurídico, pero que, visto en conjunto con otras posibles infracciones, sí lo hace³⁵. Ejemplos de delitos económicos que asumen esta forma de configuración típica es el delito de contaminación ambiental y el delito de lavado de activos. A estos delitos de peligro abstracto se les critica sustentar el reproche penal en un hecho que, al menos en parte, incluye el hipotético comportamiento de terceros³⁶, por lo que, si tal reproche se centrara únicamente en el aporte propio, no se alcanzaría la lesividad suficiente para sustentar una respuesta penal³⁷. Sin embargo, la normativización de la lesividad de una conducta da paso a que la incriminación pueda ser permeable a criterios de valoración complementarios. En ese sentido, encuentra acogida la idea del rechazo de la utilización de los demás para el provecho propio (*freeloading*), pudiéndose encontrar en este aspecto precisamente la lesividad de los delitos cumulativos³⁸. A partir de esta fundamentación, la discusión se traslada a qué conductas pueden penalizarse bajo la lógica del aprovechamiento del esfuerzo de los terceros. Dos serían

³⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/129.

³⁵ Vid., BUSTOS RUBIO, «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, p. 304.

³⁶ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (ed.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 50; BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70), 2017, pp. 311 s.; GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 2017, p. 23.

³⁷ En este sentido, BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70), 2017, pp. 312 ss.

³⁸ Vid., con más detalle, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährungsdelikte*, 2000, pp. 319 ss.

los requisitos exigidos para la criminalización de delitos por medio de la figura de la acumulación: (a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos pueden esperarse de forma realista y (b) cada contribución cumulativa individual debe poseer un peso específico mínimo³⁹. En consecuencia, si los delitos económicos configurados bajo la forma de un delito acumulativo cumplen con estos dos requisitos, no debería haber un mayor cuestionamiento a su legitimidad.

c. *Delitos económicos con sistema unitario de autor*

Si bien no se trata de una situación legislativa novedosa, VOLK se ha encargado de destacar en el último tiempo la tendencia del legislador penal hacia un concepto unitario de autor al momento de tipificar diversos delitos económicos⁴⁰. De esta manera, el sistema diferenciado de la intervención delictiva recogido en la Parte General resulta abandonado en la tipificación de diversos delitos económicos de la Parte Especial o de leyes penales especiales. En el plano explicativo, se entiende que esta tendencia responde fundamentalmente al hecho de que los delitos económicos se sustentan en bienes jurídicos abstractamente formulados y, por lo tanto, resulta muy difícil encontrar parámetros claros para distinguir las formas de intervención delictiva reconocidas en la Parte General⁴¹. Desde el punto de vista valorativo, sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria frente a esta tendencia legislativa es crítica. Así, ROXIN llama a oponerse enfáticamente a estos desarrollos o evoluciones contrarios al sistema general del delito, a los que cuestiona desde el punto de vista del Estado de Derecho⁴². Si bien no se hace una mayor precisión sobre los principios del Estado de Derecho que resultarían afectados por esta tendencia, parece claro que uno de los más relevantes sería el principio de proporcionalidad, pues al actor secundario del delito se le estaría castigando con la misma pena que la de un actor principal.

A mi modo de ver, no parece razonable defender un rechazo absoluto a la tipificación de delitos económicos con una configuración unitaria de la autoría. En determinados delitos puede ser que la entidad cuantitativa del aporte no sea un dato decisivo para la imputación, por lo que podría considerarse legítimo una redacción amplia del tipo que abarque los distintos aportes al hecho delictivo. Los delitos de infracción de un deber podrían ser el ejemplo más claro de esta indiferencia cuantitativa⁴³. Por el contrario, los casos que sí deben ser rechazados son aquellos en los que, por simples razones político-criminales, el legislador quiere dar carta abierta al juez para poder decidir discrecionalmente la entidad de la sanción⁴⁴. Esta situación podría conllevar una infracción al principio de proporcionalidad, en la medida que el juez imponga al cómplice secundario una pena concreta sin tener en consideración la atenuación que la regla de la Parte General contempla. Tal situación se ha hecho patente en el caso del delito de lavado de activos, cuya amplia estructuración típica termina equiparando la complicidad con la autoría⁴⁵. Así, en el

³⁹ Vid., detenidamente, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, pp. 322 ss.

⁴⁰ Vid., VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 563 ss.

⁴¹ Así, VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 571.

⁴² Vid., ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, 25/3. Igualmente, VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 573.

⁴³ A ellos hace referencia también VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, pp. 569 y s.

⁴⁴ Hace referencia a este proceder por razones político-criminales, CASABIANCA-ZULETA, «Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos», *Estudios Socio-Jurídicos*, (11), 2009, p. 118.

⁴⁵ Así lo destaca VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 566.

caso del llamado “pitufo”, cuyo aporte al proceso de lavado es fungible y con un volumen bajo de dinero implicado, no parece razonable castigarlo con la misma pena que el cerebro de la operación⁴⁶. En estos casos, la única manera de mantener la observancia de la proporcionalidad es que el juez la haga valer en el ámbito de la pena concreta.

d. *La persona jurídica como sujeto de imputación en los delitos económicos*

Una de las características actuales de los delitos económicos es que las sanciones penales no se circunscriben a los agentes individuales, sino que se castiga también al agente corporativo. Si bien la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones penales no es exclusiva para los delitos económicos, no hay duda de que este tipo de criminalidad constituye su principal ámbito de repercusión. Lo que cabría discutir al respecto es si la forma como se hace responsable penalmente a una persona jurídica cumple con las exigencias derivadas del principio de culpabilidad penal, en el sentido de que el injusto penal realizado pueda ser considerado un hecho propio del autor⁴⁷. Una respuesta a este interrogante requiere diferenciar los modelos de responsabilidad propuestos.

Una responsabilidad penal corporativa que se sustente en un modelo de heterorresponsabilidad debería ser descartada de plano, ya que a la persona jurídica se le hace penalmente responsable por el hecho delictivo de otro. En efecto, bajo este modelo el delito es cometido objetiva y subjetivamente por un miembro individual de la organización corporativa, a la que se le hace penalmente responsable por el beneficio obtenido. Dado que la persona jurídica no respondería por un hecho propio, el principio de culpabilidad penal sería dejado de lado⁴⁸, dándose entrada a una responsabilidad indirecta que se encuentra proscrita en sede penal. Por el contrario, al modelo de autorresponsabilidad no se le puede hacer este mismo cuestionamiento, pues a la persona jurídica se le responsabiliza penalmente por un hecho propio: la defectuosa organización expresada en la falta de adopción de un modelo de prevención de delitos idóneo. Sin embargo, lo que se discute en este modelo es si la persona jurídica cuenta con las condiciones materiales y espirituales para recibir el reproche que sustenta la culpabilidad penal⁴⁹. Unos rechazan que la persona jurídica pueda reunir tales condiciones, lo que los obliga a morigerar la autorresponsabilidad con la introducción de componentes de heterorresponsabilidad, dando lugar a modelos mixtos o eclécticos. Otros, por el contrario, proponen una normativización plena de los criterios de imputación penal, de manera tal que la determinación de la responsabilidad penal no precise de aspectos predicables solamente de personas naturales.

A mi modo de ver, el modelo de autorresponsabilidad no requiere sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una culpabilidad por el hecho definida normativamente de la misma forma que para las personas naturales. Las personas jurídicas tienen una realidad y

⁴⁶ Sobre esta problemática, CASABIANCA-ZULETA, *Estudios Socio-Jurídicos*, (11), 2009, pp. 128 ss.

⁴⁷ Vid., esta discusión con más detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., 2022, pp. 181 ss.

⁴⁸ Vid., GÓMEZ-JARA DIEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 187; ARTAZA VARELA, «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG *et al.* (coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 232 s.; ORTIZ DE URBINA, «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)», en KUHLEN *et al.* (dirs.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, pp. 279 s.; NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídica», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 69; GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, pp. 574 s.

⁴⁹ Vid., GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 154 ss.

dinámica propias, que no pueden equipararse a las de las personas naturales. Por ello, la culpabilidad penal de las personas jurídicas debe ser necesariamente convencional, tomando analógicamente como referencia la culpabilidad ontológica de las personas naturales. Solamente admitiendo la construcción de esta culpabilidad convencional analógica (*analogia relationis*) es posible legitimar un Derecho penal de las personas jurídicas y, en el caso de los delitos económicos, de las empresas⁵⁰. Esta fundamentación analógica no debe circunscribirse a la formulación del reproche personal que, como ciudadano corporativo, se le haría por su falta de fidelidad al Derecho, sino también para identificar en la estructura corporativa el referente analógico al conocimiento que sustenta la imputación subjetiva (en mi opinión: la información⁵¹). De esta forma, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no constituye una vulneración del principio de culpabilidad penal, ajustándose a las exigencias que impone.

3.2. Las penas imponibles

El segundo aspecto a considerar, al momento de discutir la legitimidad de una decisión de criminalizar determinada forma de conducta, tiene que ver con la pena a imponer. Nuevamente aquí la tripartición de los delitos en *mala in se*, *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita* ofrece un criterio material de evaluación. Como lo propone el Prof. SILVA SÁNCHEZ, la pena de prisión implica una exclusión de la comunidad, lo que solamente se puede justificar ante la comisión de delitos dolosos de lesión de bienes intrínsecos de la persona, esto es, delitos *mala in se*⁵². Por el contrario, en los delitos *mala in se* periféricos, la pena de prisión debe ser excepcional, limitada a supuestos especialmente graves que merecen el castigo más intenso. Salvo estos supuestos de excepción, la reacción punitiva ordinaria en los delitos *mala in se* periféricos debería tener lugar por medio de otras clases de penas como podrían serlo las penas de localización permanente, las penas de prestación de servicios a la comunidad, las penas pecuniarias o las penas de privación de derechos. Por último, en el caso de los delitos *mala quia prohibita*, las penas legalmente previstas deben ser restrictivas de derechos o pecuniarias y sólo de forma muy excepcional podría admitirse la previsión de una pena de prisión para supuestos que produzcan efectos catastróficos.

Con base en los criterios materiales de justificación expuestos se puede concluir que la previsión legal de la pena de prisión es legítima para los delitos económicos que puedan ser calificados de *mala in se*. También lo será para los delitos económicos *mala in se* periféricos que sean especialmente graves, como podría ser el caso, por ejemplo, del delito de acaparamiento de bienes de primera necesidad o del delito de venta ilegal de bienes recibidos para su distribución gratuita a sectores sociales desfavorecidos. Un aspecto importante a destacar en estos supuestos es que la pena de prisión legalmente prevista no solamente se le tiene que imponer al responsable, sino que su ejecución debe ser efectiva, ya que solamente de esta manera la pena de prisión podrá cumplir con la función de retribución-restauración que se le atribuye. Por el contrario, no es legítimo castigar, de manera general, los delitos económicos *mala in se* periféricos con una pena de prisión, sino que se debe recurrir a clases de pena menos intensas, pues lo que se busca básicamente es desincentivar la generalización de ese tipo de conductas. Si bien el legislador penal prevé muchas veces una pena abstracta de prisión por la comisión de estos delitos con el objetivo de producir un mayor efecto de prevención general negativa, lo cierto es que admite también mecanismos de sustitución de esta pena por otra clase de penas o medidas

⁵⁰ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal de las personas jurídicas*, 2023, pp. 64 s.

⁵¹ Vid., al respecto, GARCÍA CAVERO, «La imputación subjetiva a la persona jurídica», *InDret*, (2), 2022, pp. 134 ss.

⁵² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/100.

alternativas que no supongan el ingreso en un centro penitenciario, como la prisión domiciliaria, la libertad vigilada, la suspensión condicional de la pena, la conversión de la pena, entre otras. De esta manera, el legislador encarga al juez la labor de ajustar la respuesta punitiva a la gravedad concreta del hecho realizado. Ya en el caso de los delitos económicos *mala quia prohibita* la misma previsión legal de la pena debe restringirse a sanciones distintas a la pena de prisión, salvo supuestos muy excepcionales de efecto catastrófico, como podría ser el caso, por ejemplo, del delito de contaminación medioambiental agravado por la producción de un grave daño a la estabilidad del ecosistema.

El esquema general descrito sobre la legitimidad de las penas previstas para los delitos económicos permite discutir, de manera específica, si pueden tener acogida aquellos regímenes especiales que adoptan criterios más rigurosos de represión para este ámbito de la criminalidad, como ocurre, por ejemplo, con la regulación especial recogida en la Ley Chilena de Delitos Económicos. Sin entrar en un análisis detallado de lo establecido en esta regulación, uno de sus principales rasgos característicos es la reducción de las posibles medidas sustitutivas de la prisión (o, en su propia terminología, de la reclusión menor o mayor), así como también la intensificación de los requisitos para poder acceder a estas medidas. En general, a lo que se apunta con esta regulación sancionatoria especial es a que en los delitos económicos las penas de prisión se cumplan de manera efectiva, salvo casos muy excepcionales. E incluso, en el caso de las penas sustitutivas a las que el delincuente económico pudiese acceder, a excepción de la remisión condicional, se establece una forma de cumplimiento que supone, por lo menos, una privación parcial de la libertad en el domicilio o en un establecimiento especial. ¿Es posible sustentar esta particular regulación desde una teoría de la incriminación de base realista como la propuesta?

En el caso de los delitos económicos *mala in se*, la pena de prisión legalmente prevista, como se indicó, debe ser cumplida por el condenado. La Ley de Delitos Económicos chilena no afecta en lo absoluto esta necesidad de castigo efectivo, ya que su finalidad es, antes bien, reducir las posibilidades de sustituir la ejecución efectiva de la pena de prisión. En ese sentido, se cumple con la finalidad retributiva-restaurativa de la pena en estos delitos económicos mediante su efectiva imposición. Más problemática es la situación en los delitos económicos que reúnan la calidad de *mala in se* periféricos. Como se indicó en las consideraciones generales, una pena de prisión solamente puede admitirse en casos especialmente graves. Pero en el supuesto ordinario de los delitos *mala in se* periféricos y, en general, en los delitos *mala quia prohibita*, la pena apunta básicamente a generar un efecto disuasorio, por lo que la eventual previsión legal de una pena de prisión por razones de prevención general debe contar con mecanismos que eviten la efectiva imposición de esa pena por medio de medidas alternativas, ajustando la pena a la gravedad concreta del delito. En la regulación chilena de los delitos económicos, sin embargo, la lógica es, más bien, la inversa, esto es, que una alternativa a la pena de prisión sea lo excepcional. De hecho, para acceder a la remisión condicional, que es la única pena sustitutiva que no implica una privación de la libertad, se requiere no sólo que la pena de presidio o reclusión impuesta no exceda los tres años, sino también que concurra una atenuante muy cualificada (esto es: una culpabilidad muy disminuida o un injusto de bagatela). Parece claro entonces que desde los criterios generales que deben sustentar la incriminación penal no habría margen para legitimar una regulación sancionatoria especial como la chilena.

Pese a lo anterior, algunos autores sostienen que el régimen punitivo especial para los delitos económicos en la regulación penal chilena encontraría su fundamento en la sensación de impunidad que genera socialmente el regular acceso del delincuente económico a las penas

sustitutivas por la entidad de pena legalmente prevista y la baja probabilidad de reincidencia⁵³. Además, lo que se busca con las penas sustitutivas es producir un efecto de prevención especial que en lo absoluto resulta apropiado para el delincuente económico. Esta justificación argüida para restringir la posibilidad de sustituir una pena de reclusión por otra de menor intensidad en el supuesto regular de los delitos económicos *mala in se* periféricos o en los delitos económicos *mala quia prohibita* no resulta convincente. Al centrarse esta justificación en la necesidad de hacer frente a la sensación social de impunidad que genera la falta de cumplimiento de una pena efectiva en los delitos económicos, lo que se está haciendo es decidir la individualización de la pena para estos delitos con base en consideraciones de prevención en general. Esa posibilidad, sin embargo, no puede encontrar un asidero válido, pues, como lo indica el Prof. SILVA SÁNCHEZ, «la prevención general negativa no puede desempeñar un papel en la individualización de la pena dado su patente carácter instrumentalizador del reo»⁵⁴. Se estaría despersonalizando al condenado con la finalidad de asegurar las condiciones cognitivas de cumplimiento de las normas penales⁵⁵. Tal despersonalización no puede encontrar cabida. Para reforzar la obediencia general de las normas se podrá, en todo caso, acudir a la pena de multa o a la consecuencia accesoria de decomiso de ganancias ilícitas, comunicando socialmente, con la claridad necesaria, que la comisión de un delito económico no solamente no es rentable, sino que también lleva aparejado graves perjuicios económicos para su autor.

Una mayor viabilidad justificativa podría reconocérsele al planteamiento que sustenta el tratamiento punitivo diferenciado para los delitos económicos en un retribucionismo complejo. De acuerdo con este planteamiento, la pena no solamente debe reafirmar el Derecho ante la negación del delito, sino también evitar la erosión de la voluntad de cumplimiento de las normas. Así, el marcado potencial anómico que produce la comisión de un delito, por quien se aprovecha de una ventaja estructural o agencial, jurídicamente reconocida, para la adquisición o el despliegue de poder económico, hace que la pena se deba imponer sin que, a diferencia de la criminalidad de los marginales, exista la asunción de alguna corresponsabilidad social mediante la suspensión o sustitución de la ejecución de la pena desde la perspectiva de la resocialización⁵⁶. En ese sentido, la pena para los delitos económicos no debe dar cabida a mecanismos de alternatividad a la pena privativa de libertad.

La justificación retribucionista esbozada para el tratamiento punitivo diferenciado de los delitos económicos tiene, sin embargo, un componente discutible: que las suspensiones o sustituciones de las penas privativas de libertad se sustenten en una finalidad de resocialización que impone la corresponsabilidad social. En realidad, estas medidas no apuntan a resocializar al condenado, sino, más bien, a evitar la desocialización que le produce el cumplimiento de una pena de prisión de corta duración. En consecuencia, la corresponsabilidad de la sociedad deberá ser considerada a nivel de la determinación de la pena concreta como una circunstancia de atenuación. Pero las

⁵³ Vid., BASCUÑÁN/WILENMANN, *Derecho penal económico chileno*, t. I, 2023, pp. 164 s.

⁵⁴ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 28/18.

⁵⁵ Ya JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 39 s., ponía de relieve la concepción de las leyes de delitos económicos como una lucha contra individuos que en su vida económica se habrían apartado probablemente de manera duradera o, al menos, de modo decidido del Derecho, no prestando la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.

⁵⁶ Vid., MAÑALICH RAFFO, «Los delitos económicos frente a la teoría de la pena. *Méditations hégéliennes* a propósito de la reciente metamorfosis del derecho penal chileno», en FEIJOO SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (eds.), *Teoría y práctica de los delitos económicos. Hacia una racionalización de la protección penal del orden económico*, 2025, pp. 56 ss.

alternativas a las penas de prisión no se mueven en ese mismo espacio justificativo, sino en la evitación de la desocialización del condenado, lo que tendría que valer tanto para los marginados, como para los integrados en la sociedad.

4. Conclusión

La exposición realizada permite concluir que, en una teoría de la incriminación de base realista, es posible justificar la criminalización de los delitos económicos. Asimismo, con base en una teoría de la conducta criminal que se desprende de la referida teoría de la incriminación es posible también la flexibilización de los principios que regulan el ejercicio del *ius puniendi*. En cuanto a las penas imponible, sin embargo, resulta discutible la aprobación de un estatuto sancionatorio especial para los delitos económicos que apunte a impedir o restringir sustancialmente el acceso a medidas alternativas a la pena de prisión.

5. Bibliografía

ARTAZA VARELA, «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdF, Buenos Aires, 2014, pp. 231 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, «La justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55 ss.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ/WILENMANN VON BERNATH, *Derecho penal económico chileno*, t. I, DER Ediciones, Santiago, 2023.

BRETTEL/SCHNEIDER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2021.

BUSTOS RUBIO, «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, pp. 293 ss.

CARPIO BRIZ, «Concepto y contexto del Derecho penal económico», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General y Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 27 ss.

CASABIANCA-ZULETA, «Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos», *Estudios Socio-Jurídicos*, (11), 2009, pp. 117 ss.

DANNECKER, «1. Kapitel. Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en WABNITZ/JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, C.H. Beck Verlag, München, 2000, pp. 13 ss.

GALÁN MUÑOZ, «Bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos intermedios», en GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 ss.

GARCÍA CAVERO, «Hacia un concepto dogmático del derecho penal económico», en CONTESSE/SILVA (coords.), *Racionalidad y escepticismo en el Derecho penal. Estudios en Memoria de Miguel Soto Piñero*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2024, pp. 663 ss.

———, *El derecho penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2023.

———, «La imputación subjetiva a la persona jurídica», *InDret*, (2), 2022, pp. 132 ss.

———, *Derecho penal económico. Parte General*, 4ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2022.

———, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ideas, Lima, 2019.

GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DIEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, Buenos Aires, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 565 ss.

HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Decker, Heidelberg, 1991.

HÜLS, *Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 21 ss.

———, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», trad. por Molina Fernández en Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 441 ss.

MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011.

MAÑALICH RAFFO, «Los delitos económicos frente a la teoría de la pena. *Méditations hégéliennes* a propósito de la reciente metamorfosis del derecho penal chileno», en FEIJOO SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (eds.), *Teoría y práctica de los delitos económicos. Hacia una racionalización de la protección penal del orden económico*, BdeF, Buenos Aires, 2025, pp. 27 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2012.

NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídica», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 49 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (dirs.), *Compliance y teoría del delito*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.

PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1993.

QUINTERO OLIVARES, «Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 49 ss.

ROTSCH, «Vom schwierigen Zustand des deutschen Strafrechts», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10), 2020, pp. 471 ss.

———, «Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung», en JOECKS/OSTENDORF/RÖNNAU/SCHMITZ (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 141 ss.

ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, München,, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

———, «La legislación penal económica», en EL MISMO, (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 47 ss.

TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.^a ed., Vahlen, Sinzheim, 2017.

———, «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *Juristische Schulung*, 1989, pp. 691 ss.

———, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.

———, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr, Tübingen, 1969.

VERGHO, *Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2009.

VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2001, pp. 563 ss.

WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich ein Betrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016.

WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4.^a., C. H. Beck, Sinzheim, 2017.

WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.