

# “El derecho penal económico, a veces, se utiliza de un modo demagógico”

En entrevista a El Mercurio Legal, el catedrático español Miguel Bajo Fernández, habló sobre los problemas del derecho penal económico, el cambio dogmático que significó la dictación de una legislación que castiga penalmente a las empresas y el papel del *compliance* en esta nueva normativa.

Jueves, 20 de octubre de 2011 a las 9:00



- Miguel Bajo Fernández participó en el seminario "Autorregulación empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica", organizado por la Universidad Alberto Hurtado.

0 Comentarios

Andrea Chaparro

Miguel Bajo Fernández estuvo sólo unos días en Chile, participó en un seminario de la Universidad Alberto Hurtado y dio esta entrevista a El Mercurio Legal, donde habló de su visión del derecho penal económico, así como de la dictación de la reciente legislación que castiga penalmente a las empresas y el papel que juega el llamado *compliance* en esta nueva normativa.

El catedrático español de la Universidad Autónoma de Madrid, y socio principal del estudio jurídico que lleva su nombre y cuenta con su propio decálogo, es uno de los más reconocidos especialistas europeos en derecho penal económico y actualmente trabaja en un libro con dos de sus discípulos, Bernardo Feijoo y Carlos Gómez-Jara, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es ese uno de los temas que le preocupa hoy y ya ha adoptado una posición: Que la persona jurídica debe responder por sus hechos propios y por su culpabilidad, pero advierte que esta es una vía "aún en construcción".

## Derecho penal económico

### — ¿Cuáles son las principales problemáticas que plantea hoy el derecho penal económico?

— Puede haber problemas teóricos, políticos y de aplicación. Son varios los problemas teóricos relacionados con la responsabilidad penal de los miembros de las corporaciones, con delitos especiales y con los mecanismos de la representación dentro de la empresa y con la concurrencia o coexistencia con la propia responsabilidad del ente empresarial.

Se reconoce la existencia de un carácter expansivo en el derecho penal económico,

**Miguel Bajo:**  
La tendencia de los gobernantes es usar el derecho penal económico como un instrumento de obtención de votos.

porque éste participa del vicio de la expansión del derecho penal consistente en crear delitos sin un motivo concreto de protección de bienes, sino por razones que parecieran responder más bien a cuestiones políticas, a particulares necesidades de los partidos políticos.

La tendencia de los gobernantes es usar el derecho penal económico como un instrumento de obtención de votos, como una modalidad del derecho penal simbólico. A veces, se utiliza de un modo demagógico. Por ejemplo, en la última modificación del Código Penal en España el Partido Comunista

## Un cambio dogmático en el derecho penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para el académico ha sido como "una sacudida" que provoca al estudioso del derecho penal, o a quien le corresponde la tarea de aplicar la norma, la necesidad de optar entre distintas posiciones. La suya, aunque está "aún en construcción", apunta a que la persona jurídica responde por sus hechos propios y por su culpabilidad.

Explica que en la primera, la dogmática no quedaría alterada y las penas de las personas jurídicas serían una respuesta a su peligrosidad objetiva. "Igual que un loco o un esquizofrénico. A las personas jurídicas se les impondría un efecto jurídico sancionador, no como castigo, sino para conjurar su peligrosidad", dice.

"La segunda —cuenta— es la que dice 'no, no, mire usted, la dogmática queda afectada, pero sólo en el sentido de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece al principio de atribución'. Se le atribuye a la persona jurídica la responsabilidad de la persona física, de su representante, porque ha cometido el hecho delictivo, en su nombre, en su representación o en su provecho.

## Análisis jurídico



### Fracaso del silencio positivo de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo

Alejandro Vergara

"Sin perjuicio, esa Ley contiene significativos estándares y garantías de los administrados, y ha sido un aporte superlativo al control de la discrecionalidad de los órganos de la Administración".

0 Comentarios



### La Corte Suprema y la Nulidad de Derecho Público

Luis Cordero

"Pareciera necesario e indispensable construir una teoría de las nulidades en el Derecho Público chileno sobre la base de criterios legales. En mi opinión, la Ley de Procedimiento Administrativo da luces suficientes para eso...".

0 Comentarios



### La incerteza jurídica laboral

Héctor Humeres

"... Pueden citarse diversos ejemplos de materias que están requiriendo una mayor precisión acerca de sus contenidos...".

1 Comentario



### RIA y Artículo 5º Estatuto PYME

José Francisco García

"... No se trata solamente de utilizar herramientas económicas pro eficiencia, se trata, en un sentido jurídico profundo, de obligar al regulador a tomar decisiones racionales, limitando su discrecionalidad".

0 Comentarios



### Luces y sombras de la nueva protección legal de la maternidad

Cecily Halpern

"... Dos conceptos subyacen en la nueva ley y constituyen un avance en nuestro sistema laboral: la corresponsabilidad de ambos progenitores en la crianza y cuidado del niño y la incorporación, si bien de forma tenue, de la flexibilidad laboral...".

0 Comentarios

Ver más

## Comentarios Recientes



**Rodrigo Avello** Realmente es un gran aporte para todos los obreros jurídicos.

Milton Juica y renovado sistema de búsqueda de fallos: "Se trata de entregar al público la novedad jurisprudencial" · 13 hours ago



**Rafael andres** SE AGRADECE, en mi parecer va más allá de la transparencia, es un aporte al desarrollo y superación del medio jurídico nacional, el cual -me parece- requiere de una revitalización y una urgente...

Milton Juica y renovado sistema de búsqueda de fallos: "Se trata de entregar al público la novedad jurisprudencial" · 17 hours ago



**Rafael andres** Podría llegar a considerarse al mobbing como un



A su juicio los hechos de la persona física (empleado, consejero, directivo) se imputan a la persona jurídica, produciéndose una especie de reconversión a la persona jurídica de los hechos y la culpabilidad de su empleado y, por ello, recibe una pena como la persona física.

"La tercera interpretación —a la que adhiere— es la que dice 'mire usted vamos a cambiar los parámetros, vamos a cambiar el paradigma de la ciencia del derecho penal, de la dogmática jurídico penal como ciencia, de la imputación objetiva y subjetiva del hecho delictivo y entender que el sujeto del derecho penal no está definido en función de la libertad de la voluntad, como tradicionalmente, sino definido conforme a sus posibilidades de comunicación'".

"Es decir —dice— de acuerdo a la sociología de la comunicación, a la sociología de (Niklas) Luhmann, y al pensamiento de (Gunther) Jakobs, como penalista, el sujeto, objeto de imputación objetiva y subjetiva, no es más que un organismo complejo autónomo, con capacidad de autorreferencialidad, como pueden ser tanto las personas físicas como las personas jurídicas y, por lo tanto, la acción que comete y su culpabilidad son propios del nuevo sujeto de imputación, de ese sujeto que llamamos persona física o persona jurídica, y entonces la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva de la realización de hechos propios, hechos propios de la persona física o de la persona jurídica".

Ahora, no es que los conceptos de acción y de culpabilidad cambien, se adaptan a una nueva concepción del derecho penal, que es una concepción funcionalista, del funcionalismo de Jakobs. "Un nuevo paradigma, en términos de (Thomas) Kuhn".

"Unos, por ejemplo, como (Alex) van Weezel en Chile, mantienen la primera de las posiciones: 'oiga estamos ante una responsabilidad por la peligrosidad de la empresa y no me toque la dogmática jurídico penal basada en la libertad de voluntad'. Sin embargo, otros, como, (Héctor) Hernández, mantiene la segunda posición, la de que 'aquí la responsabilidad de la persona jurídica se explica por el principio de atribución'.

Y, por lo tanto, hay toda una dogmática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero derivada del principio de atribución", comenta.

"Y, finalmente, creo que de modo aislado, los jóvenes Carlos Gómez —Jara y Bernardo Feijoo, mantienen que la persona jurídica —y yo me he apuntado a ese carro— responde por sus hechos propios y por su culpabilidad".

#### La tercera vía

"En síntesis sería —explica— al sujeto se le imputa objetiva y subjetivamente el hecho delictivo, no en virtud de haber ejercitado su libertad de voluntad en el sentido clásico de voluntad como expresión de un querer en sentido humano dirigido a un objeto, sino en el sentido de ser un sujeto complejo, autorreferenciable, autónomo, capaz de autorregularse y de guardar fidelidad al derecho y en el que lo fundamental es la posibilidad de comunicación. Tanto en la persona física como en la jurídica esa comunicación puede ser falsa, en el sentido de que lesiona bienes jurídicos y a eso se llama delito. Este es el cambio de paradigma

quería, para los delitos contra la Hacienda pública, penas similares a las que se aplican al homicidio, intentando crear un enemigo, con afán demagógico, y aparentar que se persigue eficazmente con el derecho penal económico un auténtico monstruo a quien imputar todos los males que se viven en la sociedad.

Este es un problema de política criminal muy grave, pues convierte al derecho penal económico en un instrumento, ajeno a su objeto y le quita dignidad, pues su fin debe de ser la protección de los bienes individuales mejor valorados por la sociedad en el ámbito económico. No se trata de castigar por castigar, de sancionar la pura desobediencia, sino de proteger valores, bienes jurídicos, o sea, los derechos del individuo tarea que proporciona dignidad al Derecho penal. Quizá éste sea el problema más importante porque el derecho penal económico se está expandiendo ilimitadamente frente a cualquier desarreglo social que hubiera y debiera ser resuelto por vías menos gravosas que las puramente penales.

La aplicación práctica se encuentra con un problema importante.

Contra el crimen organizado y el transnacional —que tienen distintas manifestaciones y, una de ellas se produce en el derecho penal económico— el legislador debe usar mecanismos ingeniosos para contrarrestar los dispositivos que ingenia el delincuente en estas organizaciones y que facilitan la comisión del hecho delictivo. Por ejemplo, en la Unión Europea se ha acordado dar eficacia a la orden de detención que puede emitir un juez dirigida al juez de otro Estado sin pasar por el proceso de extradición y este es un instrumento que compensa los obstáculos que se encuentran en la persecución de este tipo de delitos. Trata de solventar las dificultades, pues se salta las engorrosas condiciones del proceso de extradición y cualquier juez de cualquier país miembro de UE puede ordenar la detención. Esto es posible, porque los países confían en los sistemas judiciales de sus pares.

**— Chile se ha visto golpeado en el último tiempo por algunos escándalos corporativos que han dejado miles de víctimas, como el caso La Polar. ¿Qué puede esperarse del derecho penal de cara a impedir que hechos de esa naturaleza?**

— El derecho penal económico no es el instrumento que sirva para erradicar hechos delictivos. Está para hacer justicia y debe funcionar para crear confianza en la ciudadanía. Se erradican los hechos delictuales con justicia social, con una distribución de la riqueza más equitativa, con el trabajo de la policía, con la labor de los mecanismos reguladores de los diversos sectores (Banco Central, Comisión de Valores, Comisión de Energía, prevención de riesgos laborales, etc.). Esos son mecanismos más eficaces. El Derecho penal tiene la función de proteger intereses del individuo y de la colectividad, de restaurar la confianza en la vigencia del ordenamiento, con independencia de que sea útil a los fines de la erradicación del hecho delictivo. Pero su función no es específicamente ésta que corresponde más bien a la política criminal de la Administración pública.

**— ¿Cuáles son sus actuales líneas de**

**Miguel Bajo:**  
El derecho penal económico no es el instrumento que sirva para erradicar los hechos delictivos.

**Miguel Bajo:**  
El derecho penal tiene la función de proteger intereses del individuo y de la colectividad.

considerarse el mobbing como una enfermedad laboral en virtud de sus efectos?  
El <i>mobbing</i> o acoso moral en el trabajo · 17 hours ago

 **Alex Van weezel** Excelente artículo, muchas gracias!  
Algunas claves para entender los proyectos de ley de protección de datos personales · 19 hours ago

 **Maria De la fuente** A mi me encanta leer jurisprudencia, así que el poder acceder a esta base me ha permitido leer fallos muy elaborados y con una base legal y de jurisprudencia excelente. Antes siempre leía los...  
Milton Juica y renovado sistema de búsqueda de fallos: "Se trata de entregar al público la novedad jurisprudencial" · 20 hours ago

#### Más Comentados

**El <i>mobbing</i> o acoso moral en el trabajo**  
1 comment · 17 hours ago

**Milton Juica y renovado sistema de búsqueda de fallos: "Se trata de entregar al público la novedad jurisprudencial"**  
3 comments · 13 hours ago

**Algunas claves para entender los proyectos de ley de protección de datos personales**  
1 comment · 19 hours ago

**Progresará tramitación en el Congreso de proyecto de ley que endurece penas por manejo en estado de ebriedad**  
1 comment · 22 hours ago

**La incerteza jurídica laboral**  
1 comment · 3 days ago

#### Comentadores Top

 **Esteban Maldonado**  
1 · 3 posts

 **Christian Rodriguez**  
1 · 3 posts

 **Andres Correa**  
1 · 3 posts

 **Rafael andres**  
1 · 2 posts

 **Alex Van weezel**  
1 · 2 posts



proveniente de la sociología de Luhmann, que incorpora a su dogmática penal Jakobs, maestro de tantos, obligando a entender la pena desde la óptica de la prevención general positiva como forma de restablecer la vigencia de la norma”.

Y agrega que se adhiere a esta tercera opción por una razón: “Porque si la persona jurídica respondiera por algo que no ha hecho, es decir, por la conducta de su empleado o simplemente por su propia peligrosidad o forma de ser peligroso, entonces hemos vuelto a la denostada responsabilidad objetiva que tantos siglos nos costó erradicar del Derecho penal moderno. La jurisprudencia constitucional y la del tribunal supremo español han sido muy claras, no se pueden imponer penas, ni siquiera a las personas jurídicas, por hechos ajenos. Por lo tanto, hay que buscar una forma en que entendamos que la persona jurídica ha cometido un hecho propio y no simplemente que se le atribuya el hecho ajeno de la persona física”.

Pero afirma que la vía por donde se puede discurrir para encontrar un hecho propio en la persona jurídica y una culpabilidad propia por la cual se le castiga “está por construirse”.

## investigación en el ámbito del derecho penal económico?

– Estoy escribiendo un libro con dos de mis discípulos, Bernardo Feijoo y Carlos Gómez-Jara, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, que en España se impulsó por razones similares a las que promovieron la ley en Chile. En el caso español, hubo presiones de la Unión Europea para convertir en penas las sanciones administrativas ya existentes creando una formal responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Chile, fue para ingresar en la OCDE. Hoy es una opción asumida en casi toda la Europa occidental ante la que se resisten Alemania e Italia. Procedente del derecho anglosajón que nunca vio dificultad alguna en la asunción de esta clase de responsabilidad de los entes colectivos, desde la década del '80 hasta ahora, distintos países han ido incorporando esta figura a sus sistemas jurídicos.

### Autorregulación empresarial

– **¿Qué opinión tiene de esta tendencia de convertir la *compliance* en un elemento central de la responsabilidad penal, no sólo de las personas jurídicas, sino también de las personas naturales que actúan en la empresa? ¿Implica esto difuminar los límites entre derecho penal y derecho comercial?**

– En España es distinto que en Chile, pues la legislación penal no va acompañada de este tipo de regulación. El legislador penal tuvo en cuenta que con anterioridad existía una normativa con

sanciones administrativas —que hoy también son penales— para distintas áreas: bancaria, de valores y seguros, medioambiental, etc. El legislador penal aprovecha esta realidad y la reglamentación de carácter administrativo que funciona correctamente. Por eso, en España el legislador penal no se preocupó, como en Chile, de regular los deberes de evitación de riesgos dentro de la empresa y creo que el legislador español ha hecho bien, pues la *compliance* americana es disonante con el derecho penal económico en nuestros países. Habría que encajarla en el sistema y eso sería dificultoso.

Por otro lado, (en España) hay un código unificado de gobierno corporativo que recomienda a las sociedades la implementación de mecanismos de prevención y control, que si bien no son obligatorios, sí lo son en el sentido de que la empresa, o los aplica o debe explicar por qué no, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Existen también, pero a nivel administrativo, reglas de comportamiento para las empresas en sectores como blanqueo de capitales, mercado de valores o prevención de riesgos laborales. Qué duda cabe que el juez penal español a la hora de castigar el delito de la persona jurídica tendrá en cuenta la existencia o no de esas reglas y su grado de cumplimiento en relación con el bien lesionado para valorar el grado de responsabilidad penal de la empresa, pero el legislador penal no ha contemplado ninguna otra regla de obligado cumplimiento que las ya existentes en el ordenamiento o las que se deriven de las nuevas figuras delictivas.

### Miguel Bajo:

La *compliance* americana es disonante con el derecho penal económico en nuestros países.

– **A su juicio ¿Cuál es el papel de los modelos de prevención de delitos económicos dentro las empresas? ¿Considera que éstos pueden actuar como una eximente o atenuante de responsabilidad penal?**

– Para el legislador español no es una eximente pero sí una atenuante. Apoyándose en esta circunstancia legal, la Fiscalía publicó una circular, una norma interna para fiscales, donde advierte que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en absoluto atiende al *compliance*, sino que sólo depende de que la persona física haya cometido el delito en nombre de la empresa. A mí me parece una barbaridad, pues excluye de un plumazo las regulaciones administrativas al respecto a las que hacíamos referencia antes.

Yo entiendo que, pese a que la Ley penal española no contiene de modo expreso referencia alguna a la exención de responsabilidad por la existencia de reglas de cumplimiento y de su acatamiento u observancia en relación con el bien lesionado, la exención se deriva del conjunto del ordenamiento. Es evidente. La jurisprudencia administrativa lo ha visto con claridad y ha distinguido entre la culpa de la persona física y la que se puede reprochar a la persona jurídica en función de la existencia o cumplimiento de las reglas de comportamiento de prevención de los riesgos dentro de la empresa. Entre una empresa que tenga estrictas reglas de prevención de riesgos de lesión de la legalidad y que haya creado una cultura de fidelidad al derecho, y aquella otra que carezca de dichas reglas o las tenga ordenadas defectuosamente o no haya mecanismos de control para su cumplimiento, existen diferencias que, aunque no hayan sido tomadas en cuenta por el legislador penal para la exención de responsabilidad, no puede negarse su eficacia como eximente.

### Miguel Bajo:

Creo que no va a funcionar (la certificación), es imposible que un organismo emita un certificado que sea eficaz para eliminar la responsabilidad penal de la empresa.

**– En su opinión, ¿quién debiese calificar la efectividad del modelo, el juez penal o la autoridad administrativa?**

– Queda en manos del juez determinar la eficacia del *compliance*, una fiscalización anterior no me parece determinante para la responsabilidad penal. En el derecho sancionador español, hay criterios más o menos claros que, aunque no son obligación sino sólo recomendaciones, obedecen al principio "cumple o explica" y serán utilizados por el juez para determinar el grado de reproche que se puede dirigir a la persona jurídica en cada delito.

Creo que no va a funcionar (certificación), es imposible que un organismo emita un certificado que sea eficaz para eliminar la responsabilidad penal de la empresa. El juez siempre podrá decidir si la certificadora actuó de mala fe o bajo influencia o movida por intereses ilícitos, etc.

### Miguel Bajo:

Si la persona jurídica respondiera por algo que no ha hecho (...) entonces hemos vuelto a la denostada responsabilidad objetiva que tantos siglos nos costó erradicar.



Me gusta

DISQUS

Añadir Comentario

Ingresar



Escriba su comentario.

Showing 0 Comentarios

Ordenar por: los más populares

Suscríbete por e-mail RSS