E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año VII, N.º 14
Mayo de 2022
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES** (**CEICJUS**).

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Dias
La Pampa 2670, 2.° piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA) Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA) Lara BENÍTEZ (UDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA) Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY) Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT) Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA) Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

Mª. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Luís GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Hernán GULLCO (UTDT)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Máximo LANGER (UCLA)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UDESA)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

Ezequiel MALARINO (UDESA/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UROSARIO)

Daniel PASTOR (UBA)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

José Milton PERALTA (UNC)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Alejandra VERDE (UDESA/UTDT)

Patricia ZIFFER (UBA)

"EN LETRA: DERECHO PENAL" es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

***

Tres declaraciones y garantías:

1. "EN LETRA: DERECHO PENAL" está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).

2. "EN LETRA: DERECHO PENAL" garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

3. "EN LETRA: DERECHO PENAL" es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

COLUMNAS

Opiniones de filósofos sobre el ataque ruso a Ucrania, Justin Weinberg (coord.), 6

ARTÍCULOS

El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial, Adriano Teixeira, 20

Persona jurídica y sujeto penal, Ignacio Gómez Perdiguero, 78

Investigaciones internas y la prohibición de autoincriminación, Luís Greco y Christian Caracas, 98

TRADUCCIONES

La aplicación transnacional del principio "ne bis in idem", Martin Böse, 121

RECENSIONES

The Morality of Defensive Force de Jonathan Quong, Joaquín Casalía, 137

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

COLUMNS

Philosophers On The Russian Attack On Ukraine, Justin Weinberg, 6

ARTICLES

The Wrongful Nature of Private Business Corruption, Adriano Teixeira, 20

Legal Person and Criminal Subject, Ignacio Gómez Perdiguero, 78

Internal investigations and the ban on self-incrimination, Luís Greco and Christian Caracas, 98

TRANSLATIONS

Transnational Application of the 'ne bis in idem' Principle, Martin Böse, 121

BOOK REVIEWS

The Morality of Defensive Force by Jonathan Quong, Joaquín Casalía, 137

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 14 (2022), pp. 6-19

Columnas

OPINIONES DE FILÓSOFOS SOBRE EL ATAQUE RUSO A UCRANIA

Justin WEINBERG*
con contribuciones de Saba BAZARGAN-FORWARD, Jovana DAVIDOVIC, Christopher J. FINLAY y Helen FROWE.

Rusia comenzó a invadir Ucrania el 24 de febrero. Empezó con lanzamientos de misiles en diversos lugares, incluyendo Kiev, la capital de Ucrania, y desde ese entonces ha continuado con su ataque a través de una guerra por aire y por tierra, a pesar de una condena internacional casi universal de sus acciones.

Mientras los rusos, según *The New York Times*, intentan "rodear y capturar ciudades esenciales de Ucrania", ciudadanos comunes de Ucrania se han levantado en armas, ofreciéndose voluntariamente para defender a su país contra la agresión rusa. Entretanto, la comunidad internacional ha respondido con sanciones económicas y otras medidas tendentes a coaccionar a Rusia para que le ponga un punto final a su ataque, y varios países han suministrado asistencia militar y humanitaria a Ucrania. Aquí puede verse un video explicativo muy útil sobre el trasfondo del ataque ruso a Ucrania y es posible hacerse una idea de cómo están las cosas en Ucrania durante la guerra a través, entre otras fuentes, de los canales de Twitter de *Ukraine News Now* y *The Kyiv Independent*. Para quien tenga interés en ayudar a los ucranianos, aquí pueden encontrarse distintas fuentes con información sobre cómo hacerlo.

Parecería que este momento, en medio de una guerra, mientras muchas personas son asesinadas o heridas, hogares son destruidos, vidas se ven quebrantadas y una dictadura nos amenaza, es de hecho un mal momento para hacer filosofía. Sin embargo, la urgencia de la guerra y la importancia de sus efectos hacen extremadamente importante la contribución al discurso público de quienes se dedican a pensar en los espinosos problemas morales que plantea la guerra. Los problemas morales

* Traducción de Leandro Dias (Universität Würzburg). Revisión de Alejandro Chehtman (CONICET/UTDT). Orig. "Philosophers On The Russian Attack On Ukraine", en Daily Nous, 2/3/2022, disponible en: https://dailynous.com/2022/03/02/philosophers-on-the-russian-attack-on-ukraine/ [enlace verificado el 23/5/2022].

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que plantea la guerra desde hace tiempo forman parte de las áreas de interés de los filósofos y la filosofía contemporánea de la guerra es un ámbito muy activo.

Para elaborar esta edición de Philosophers On (publicada ahora en español en En Letra: Derecho Penal y Enfoques Penales), les he pedido a distintos filósofos que han escrito sobre la guerra y los conflictos que se centren específicamente en los problemas que genera el ataque ruso a Ucrania. Quienes realizan estas contribuciones son Saba Bazargan-Forward (University of California, San Diego), Jovana Davidovic (University of Iowa, U.S. Naval Academy), Christopher J. Finlay (Durham University) y Helen Frowe (University of Stockholm). Les agradezco su predisposición para colaborar con este artículo con tan poco tiempo de antelación.

La ética de la guerra y la invasión rusa a Ucrania

Saba BAZARGAN-FORWARD
(University of California, San Diego)

Podría parecer que el estudio de la ética de la guerra carece de sentido cuando se trata de evaluar moralmente la guerra de Rusia en Ucrania. Piénsese en la motivación de Vladimir Putin para realizar la invasión. Sus objetivos podrían basarse en cuestiones de seguridad, debido a su temor de que la OTAN logre expandirse por Europa del Este. O quizá lo motiva una nostalgia revanchista del imperio ruso. O tal vez quiera poner en tela de juicio el resultado de la Guerra Fría. O quizá Putin tenga miedo de que si la reciente liberalización y democratización de Ucrania se propagase a Rusia, esto amenazaría su propio estilo basado en una cleptocracia autoritaria. Lo que resulta notable de estas (y otras) posibles explicaciones es que ninguna de ellas justifica la invasión de una nación pacífica y soberana. Sus supuestas justificaciones son ridículas y no son capaces de resistir ni siquiera un examen superficial. Resulta increíblemente obvio que la guerra de Putin en Ucrania es injusta. Desde este punto de partida, ¿qué pueden aportar a la evaluación moral de esta guerra las investigaciones sobre la ética de la guerra, con sus innumerables principios, distinciones y doctrinas? Querer aplicar las investigaciones sobre la ética de la guerra a la invasión de Ucrania sería, en palabras de Hermine Wittgenstein, como utilizar un bisturí para abrir embalajes.

No obstante, es necesario tener en cuenta varios aspectos. Aquí me centraré solamente en uno de ellos. Un principio básico de la ética de la guerra es que no es posible recurrir a un derramamiento de sangre ineficaz o innecesario. Se podría argumentar que Ucrania está violando esta restricción. Al final de cuentas, el recurso de Ucrania a violencia defensiva provocará pérdidas de vidas y graves daños corporales. ¿Y con qué fin? A pesar de que el poderío ucraniano ha demostrado ser bastante

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

robusto, para sorpresa de Rusia y del resto del mundo, las tropas de Putin podrían responder a esto con una brutalidad abrumadora desde la tierra, el mar y el aire. La utilización de armas nucleares también es una posibilidad. De forma alternativa, Putin podría adoptar un enfoque más insidioso, mediante un bloqueo de los puertos del Mar Negro en Mariupol, Kherson y Odessa, determinantes para la viabilidad económica de Ucrania. Así, Putin podría simplemente esperar a que Ucrania colapse y se convierta en un Estado fallido. En cualquier caso, si uno supone que las defensas militares probablemente no vencerán a las tropas rusas, la pérdida continua de vidas —especialmente de civiles ucranianos— parecería no ser apta para lograr ningún bien lo suficientemente importante como para justificar semejante derramamiento de sangre. En consecuencia, se podría argumentar que Ucrania debería rendirse, para de ese modo salvar las vidas de muchos ucranianos que de otro modo morirían, aparentemente sin que eso pueda lograr alguna clase de finalidad útil.

Téngase en cuenta que este no es un argumento pacifista. Aquí no se está argumentando que sea incorrecto defenderse contra una agresión injusta. Tampoco que esté mal "morir con las botas puestas". Más bien, la cuestión decisiva es la de si las fuerzas armadas ucranianas, en su conjunto, deberían luchar hasta llegar al triste final, cuando hacer esto implica que aquellas personas a las que deben proteger —puntualmente, los civiles ucranianos— serán mutiladas y asesinadas durante esta continuación del conflicto. En algunas circunstancias es heroico *sacrificarse*, si la alternativa es ser capturado. Pero en ocasiones la mejor forma de proteger *a otras personas* sería renunciar a una muerte heroica y rendirse. Y la finalidad de las fuerzas armadas es, al fin y al cabo, la de proteger al pueblo. El argumento, entonces, es el siguiente: si se asume que la violencia defensiva tiene escasas probabilidades de ser exitosa en última instancia, y si también se asume que un recurso a esa violencia terminará con la vida de muchos civiles inocentes (algo que es siempre uno de los resultados en la guerra), entonces es preferible la alternativa de una rendición militar. O al menos eso es lo que se podría argumentar.

Sin embargo, creo que este argumento es en última instancia incorrecto, a pesar de su atractivo inicial. Esto se debe a tres razones.

En primer lugar, luchar hasta un triste final, de hecho, sirve para lograr un fin útil y moralmente importante: le impone un costo a un agresor internacional ilícito, lo que hace que en última instancia sea menos probable que el agresor recurra a medidas similares en el futuro contra otros países. Si las tropas de Putin pudiesen marchar sin oposición por Ucrania, habría mayores chances de que Putin haga lo mismo en otros países que componen el bloque de la ex Unión Soviética. La resistencia

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

militar de Ucrania, incluso si no logra repeler a las tropas rusas, ayuda a incrementar las chances de que otros países no sufran una agresión rusa. Y esto es un bien importante.

En segundo lugar, aunque las fuerzas armadas ucranianas son las encargadas de, en última instancia, proteger a los ciudadanos ucranianos, estos últimos podrían de hecho preferir que las fuerzas armadas continúen su lucha, incluso si eso eleva las chances de que esos mismos ciudadanos terminen mutilados y asesinados. En ese caso, la decisión de continuar la lucha no viola los derechos de los civiles que son asesinados en consecuencia, si esos civiles previamente indicaron su disposición a aceptar ese riesgo. Por supuesto que no todos los civiles aceptarían esta apuesta. Y algunos, como los niños, ni siquiera están habilitados para aceptar ese riesgo desde el vamos. Pero los informes indican que no solo existe un apoyo generalizado a la resistencia militar, sino además una *participación* generalizada de los civiles en esa resistencia, lo que indica que ellos están dispuestos a arriesgar la vida y la integridad corporal a pesar de contar con unas probabilidades abrumadoramente bajas —al menos por ahora—.

En tercer lugar, y vinculado a lo anterior, continuar la lucha a pesar de contar con unas probabilidades abrumadoramente bajas sirve para lograr otro fin útil y moralmente importante: ayuda a preservar el respeto por uno mismo. El respeto por uno mismo es algo pocas veces mencionado por otros especialistas en la ética de la guerra. Esto se debe quizá a que tienden a pensar que si bien es importante preservar el respeto por uno mismo, esto no es algo lo suficientemente importante como para justificar un homicidio o la propia muerte. Pero creo que esto subestima la importancia del respeto por uno mismo. John Rawls, quizá el filósofo político más influyente del siglo XX, señaló en su revolucionaria obra, A Theory of Justice, que "quizá el bien primario más importante es el respeto por uno mismo" ["*perhaps the most important primary good is that of self-respect*"]. Según su definición de respeto por uno mismo, estaría incluida "… la percepción de una persona de su propio valor, su convicción firme de que su concepción del bien, su plan de vida, vale la pena ser llevado a cabo" ["…*a person's sense of his own value, his secure conviction that his conception of the good, his plan of life, is worth carrying out*"]. Si se lo interpreta de este modo, el respeto por uno mismo de un individuo es tan importante como su propia vida. [1] Si la perspectiva de rendirse ante la opresión extranjera es tan dañina para el respeto que los ucranianos tienen de sí mismos, entonces esa resistencia logra un bien importante a fin de cuentas, con independencia de que sea exitosa en términos militares.

Por tanto, incluso si se asumiese que la resistencia de los ucranianos tiene pocas probabilidades de éxito, seguiría valiendo la pena. Esa resistencia no violaría la restricción contra un derramamiento de sangre innecesario o ineficaz, incluso si se asumiese que las tropas rusas acabarán imponiéndose

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en última instancia. Tampoco violaría el deber que las fuerzas armadas ucranianas tienen respecto de sus civiles, incluso si esa resistencia pusiese en peligro a esos civiles (de todos modos, esto podría cambiar en función de las tácticas militares que adopte Rusia).

Hay muchas cuestiones más que los expertos en la ética de la guerra deberían evaluar en lo que respecta a la guerra en Ucrania. P. ej.: ¿Violan los combatientes rusos los derechos de los soldados ucranianos al llevar a cabo una guerra injusta? ¿Tienen los Estados Unidos autoridad moral para criticar la agresión rusa, si se tienen en cuenta los dudosos fundamentos de la guerra liderada por Estados Unidos en Irak en 2003? ¿Qué deberes de auxilio tienen otros países respecto de Ucrania, en especial los países que enriquecieron a Rusia y, por tanto, indirectamente financiaron a sus fuerzas armadas mediante la compra de petróleo y gas ruso?

Me temo que irán surgiendo muchos otros dilemas éticos adicionales, debido a los horrores que se avecinan.

[1] Para ser exactos: de hecho, podemos obligar a los individuos a actuar en violación de lo que ellos perciben como respeto por sí mismos, si ese respeto por sí mismos se basa en comportamientos ilícitos contra terceros. P. ej., un racista que apoya una segregación racial podría alegar que cenar en el mismo restaurant que una familia negra viola su percepción de respeto por uno mismo. El racista no puede defender su conducta por medio de una invocación a su percepción del respeto por uno mismo, porque está basada en una conducta moralmente incorrecta.

¿Por qué los soldados rusos deberían deponer las armas?

Jovana Davidovic
(University of Iowa, U.S. Naval Academy)

Es posible observar en un video tras otro las filas de hombres y mujeres ucranianas esperando para registrarse, alistarse y combatir contra la invasión rusa. Ellos empiezan el proceso como ciudadanos comunes; todos hacen la fila para alistarse: Zakhar es un actor en sus comienzos, Hlib es un desaliñado programador informático, Olena es una administradora de empresas de Kiev, Stepan es un estudiante de no más de 20 años y Segiy es un hombre de mayor edad, pero tan listo para luchar como los demás. Entran como ciudadanos comunes y salen como soldados de alguna clase. En palabras de Hlib: "Yo soy solamente un ciudadano común. No tengo en principio nada que ver con la guerra o algo así. Y realmente no quisiera participar en algo así, pero no tengo elección; este es mi hogar".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Todo esto luce muy familiar para mí, que nací y fui criada en los Balcanes. Todas las generaciones de mi familia, al menos hasta donde llega mi conocimiento, vivió y combatió en guerras. Mis cuatro abuelos lucharon con los partisanos contra los nazis. Mi abuela paterna pasó tres años en un campo de concentración por luchar con la resistencia de Sarajevo, y tan solo unas semanas después de ser liberada del campo se volvió a unir a los partisanos, esta vez en las colinas. Al igual que Hlib, ella sintió que no tenía elección; ese era su hogar.

Nadie en su sano juicio la habría considerado como un equivalente moral a un soldado nazi y nadie en su sano juicio consideraría a Hlib un objetivo legítimo de los militares rusos. Aun así, según la concepción tradicional en la teoría de la guerra justa y según la praxis jurídica, *los combatientes que luchan en la guerra son considerados moral y jurídicamente como iguales, sin que importe el carácter justo de la guerra*. La igualdad moral y jurídica de los combatientes está tan profundamente arraigada en nuestras sociedades que no advertimos ninguna disonancia al apoyar ciertas tropas, incluso si no apoyamos la guerra. Los soldados nunca son perseguidos penalmente, ni se los hace responsables por el mero hecho de combatir en guerras injustas. Y los combatientes de todas las partes en el conflicto son considerados objetivos legítimos; están igualmente justificados al matar al enemigo. Hay varias razones que subyacen a esta norma (moral, jurídica y social) ampliamente extendida de la igualdad de los combatientes.

Entre los tres argumentos más usuales a favor de la igualdad de los combatientes se encuentran el del consentimiento, el de la ignorancia, y el de la estabilidad institucional. Algunos académicos, p. ej., creen que quienes toman las armas, solo por hacerlo, consienten en ser considerados como objetivos. Según los teóricos del consentimiento, esto los hace objetivos legítimos y, como tales, los iguala con todos los demás que están combatiendo en esa guerra. Otros consideran que no podemos responsabilizar a los combatientes por las decisiones que toman los políticos. "Su función no es razonar". Estos académicos argumentan que no podemos esperar que los soldados conozcan si sus guerras son justas, o se cuestionen el carácter justo de la guerra, y por eso están igualmente justificados al combatir en la guerra a la que son enviados por sus líderes políticos. Y otros se preocupan por la posibilidad de que se vean socavadas nuestras instituciones militares. Ellos se preguntan cómo podríamos proteger la soberanía y los derechos humanos si tuviésemos soldados desobedeciendo órdenes de ir a la guerra porque no creen en esa guerra. Ya sea que sus argumentos estén basados en la idea de consentimiento, de ignorancia o de estabilidad institucional, estos académicos consideran que no podemos responsabilizar a los soldados simplemente por combatir en guerras injustas. Podemos responsabilizarlos por *la forma en que combaten en las guerras*, podemos responsabilizarlos por desobedecer los Convenios de Ginebra, podemos responsabilizarlos por

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

aquello que pueden controlar, pero no podemos responsabilizarlos *simplemente por combatir en una guerra injusta*.

Este parece ser el momento decisivo para reconsiderar este punto de vista. Respecto de los argumentos derivados de la idea de consentimiento, quienes se alistan solamente para combatir en una guerra puntual contra una ocupación no pueden ser considerados como iguales, en términos morales, con aquellos que realizan la ocupación. Su acción de "tomar las armas" no puede ser un indicador de un consentimiento en ser considerado un objetivo, incluso si se asume que alistarse a unas fuerzas armadas permanentes por regla general implica tal consentimiento. Respecto de los argumentos basados en la idea de ignorancia, aquellos soldados cuyas fuerzas militares cruzan las fronteras de otro Estado no pueden alegar ignorancia. Como mínimo aquellos que cruzan las fronteras tienen poderosas razones para preguntarse si su país está actuando en legítima defensa. Y aquellos que están preocupados porque sin fuerzas armadas obedientes perderíamos guerras justas solo tienen que observar qué sucede cuando es necesario llevar a cabo una guerra justa de legítima defensa como la que están llevando a cabo los ucranianos ahora mismo.

Tanto los argumentos basados en las ideas de consentimiento y de ignorancia, como el argumento sobre la importancia de la obediencia, fracasan cuando se enfrentan a ejemplos como la invasión rusa a Ucrania. Pero todavía es necesario abordar un argumento a favor de la igualdad de los combatientes. Incluso si se aceptase que un soldado ruso hoy en día no se encuentra en igualdad moral respecto de un civil ucraniano que ha tomado las armas (o, para el caso, de un soldado ucraniano), de esto no se seguiría que *debamos tener normas* que prohíban combatir en una guerra injusta y que les exijamos a los soldados que cuestionen el carácter justo o injusto de las guerras en las que combaten. Si intentásemos legislar esta clase de normas que responsabilizarían a los soldados que combaten en guerras injustas, el resultado serían guerras más sangrientas y mortales, que se lucharían hasta el triste final. ¿Qué soldado depondría sus armas si considerase que podría ser perseguido penalmente solo por combatir en una guerra? Pero uno podría preguntarse si las cosas son tan así. Este argumento usual supone que en lugar de la igualdad de los combatientes y la justificación de los soldados que combaten en guerras injustas tendríamos simplemente una prohibición. Pero no hay ninguna razón para imaginarnos algo tan limitado. La alternativa a la igualdad moral y jurídica no es simplemente su rechazo, sino establecer mecanismos creativos para brindarles a los soldados la vía que necesitan para elegir no combatir en guerras de agresión, así como comprensión respecto de esa decisión. Esto puede tener lugar a partir de *una objeción de conciencia selectiva*, de modificaciones en las normas sociales respecto de por qué y cuándo elogiamos a nuestros soldados, y de alentar a los soldados que combaten en guerras injustas para que dejen de

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

hacerlo. En los últimos días hemos visto esas palabras de aliento en las declaraciones del Presidente Zelensky, del Presidente de Estonia, de un valiente *teniente comandante bielorruso*, y de otras personas. Alentar a los soldados rusos de *hoy en día* para que recuerden en qué consiste combatir con honor es quizá solo un sueño, pero no lo es la modificación de nuestras normas sobre la igualdad de los combatientes y sobre lo que es combatir legítimamente en una guerra. Si es posible observar al menos a algunos militares rusos oponiéndose a esta invasión injusta, eso dará sus frutos en los próximos días y años. Una paz duradera solo puede llegar a partir de respeto y reconciliación. Y el saber que al menos algunos civiles y soldados rusos hicieron lo correcto puede ayudar algún día a sostener una paz vigorosa.

Brindarles armas a los rebeldes democráticos en el extranjero

Christopher J. FINLAY
(Durham University)

La decisión de Vladimir Putin de lanzar una invasión a gran escala en Ucrania, un Estado soberano y democrático, les plantea a las democracias occidentales un grave problema moral y estratégico. Una forma de resolverlo es la de equipar con armas a una resistencia popular contra una posible ocupación rusa. El hecho de que tantos ucranianos hayan manifestado su apoyo a la insurgencia significa que hacer algo así probablemente esté justificado. Pero es una posibilidad que nos coloca en los límites del marco teórico de la "guerra justa" que muchos filósofos utilizan para tratar de comprender la ética del uso de la fuerza. Si las cosas fuesen más sencillas, parecería que la acción correcta en este contexto es obvia: las democracias deberían defender los derechos soberanos de Ucrania y los derechos democráticos de sus ciudadanos a través del envío de sus propias fuerzas armadas para colaborar con la defensa de la nación. Esto sería lo correcto tanto si se tuviese en cuenta a Ucrania y al pueblo ucraniano, como *también* si se tuviese en cuenta a los otros Estados de la región, que sienten terror sobre lo que podría hacer después un agresor envalentonado y que no enfrenta ninguna resistencia.

Pero en pocas ocasiones las cosas son tan simples y este caso no es la excepción. Cualquier Estado que se aliase con Ucrania estaría en guerra con Rusia. Los Estados europeos, con razón, temen que esto pueda extender la guerra a sus propios territorios. Y todos los Estados deben tener en cuenta el extraordinario peligro de generar una escalada del conflicto con una potencia que ya ha manifestado su predisposición respecto del uso de armas nucleares.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

La relación tensa entre el deber moral de proteger a las víctimas de la agresión y el deber de evitar una escalada sin control ha dado lugar a que algunos responsables políticos de los Estados Unidos consideren un camino intermedio: en lugar de enviar soldados a Ucrania para frustrar los planes de la invasión rusa, sería mejor prepararse para el caso de que las fuerzas armadas regulares de Ucrania sean derrotadas y de que entonces sea necesario resistir la ocupación rusa a través del envío de armas a las guerrillas ucranianas.

Los filósofos han discutido en más de una oportunidad la cuestión de si ayudar a rebeldes en el extranjero puede estar justificado. Probablemente el argumento más influyente siga siendo el alegato de Michael Walzer a favor de la no intervención, que se basa en el ensayo de J. S. Mill, "A Few Words on Non-Intervention", de 1859. Tanto Mill como Walzer consideran que intervenir en un conflicto meramente interno —entre rebeldes y fuerzas gubernamentales autóctonas— sería un error. Eso distorsionaría el proceso histórico de lucha política del Estado extranjero, lo que daría lugar a una violación del derecho de autodeterminación de su pueblo.

La insurgencia ucraniana, por supuesto, no sería simplemente un conflicto interno: sería una guerra de liberación nacional contra un ocupante extranjero. Es cierto que Rusia podría instalar un régimen "títere", encabezado por ucranianos obedientes. Pero incluso así Mill y Walzer argumentan que ayudar a los rebeldes extranjeros *podría* estar permitido en casos en los que otra potencia ya ha realizado una injerencia en el proceso de autodeterminación nacional. Por tanto, en casos como el de Ucrania, también la perspectiva de Mill y Walzer se manifiesta a favor de una "contra-intervención", si fuese apta para restaurar la capacidad del pueblo de forjar su propio destino político. Esto se lograría por medio de la resistencia ante las fuerzas extranjeras que Rusia ha inmiscuido en la política ucraniana.

El reciente debate público tiende a abogar por la entrega de armas a los insurgentes ucranianos a partir de los intereses de terceros, en lugar de en los intereses de los ucranianos que defienden su independencia. El ex Ministro de Defensa ucraniano, Andris Zagorodnyuk, se manifestó a favor de armar a la resistencia como una forma de imponerle costos a Rusia, lo que de ese modo disminuiría las chances de que Putin siga "desmantelando la arquitectura de seguridad europea posterior a la guerra fría y reestablezca la esfera de influencia rusa sobre Europa del Este y Centroeuropa". Desde el otro lado del debate, Ted Galen Carpenter señaló que los Estados Unidos no deberían armar a los insurgentes, debido a que "ayudar a las guerrillas para lesionar y matar soldados rusos podría crear una brecha insuperable entre Rusia y Occidente".

Estos argumentos desvían la atención respecto de las preocupaciones morales que motivaron a la mayoría de los filósofos que ofrecen sus argumentos a partir de la postura de Walzer y Mill.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Cualquier análisis sobre la ética de ayudar a grupos de resistencia sin dudas debe empezar por tener en cuenta los derechos e intereses de los propios ucranianos. Es cierto que los intereses de los ciudadanos de otros Estados que podrían verse amenazados por Putin en el futuro también son parte de un panorama moral más amplio. Pero estos intereses serían irrelevantes tanto para los insurgentes, como para los Estados que los ayudan, si no fuese por el hecho decisivo de que los ucranianos tienen un derecho a resistir a las fuerzas armadas que intentan acabar con su libertad política.

De todos modos, no debemos apresurarnos al sacar conclusiones. Mientras que los derechos de los ucranianos podrían hablar a favor de la justificación *prima facie* de ayudar a los insurgentes, también es posible imaginar que esos derechos lleven a la conclusión contraria. Como señala Carpenter, una intervención exitosa como la que actualmente analiza el Presidente Biden luce como una guerra civil a gran escala. Y no hace falta invocar a Thomas Hobbes para recordar por qué los *outsiders* no deberían desear apresuradamente que esto les suceda a los ucranianos; basta con recordar los últimos once años en Siria.

Por tanto, parece que los ciudadanos ucranianos se enfrentan a un terrible dilema: ¿deben elegir el trago amargo de rendirse ante la dominación rusa o la dura situación de una guerra civil? Sus intereses están objetivamente en conflicto en este caso, de modo que apelar solo a su derecho a resistir no nos proporcionará una orientación inequívoca. Si esto es así, quienes analizan la posibilidad de una intervención deben preguntarse lo siguiente: ¿Qué preferirían los ucranianos? Deberían respetar el derecho de los ucranianos a elegir: ¿Apoyarían la resistencia y agradecerían el regalo de más armamento occidental, o no?

Mientras que algunos filósofos argumentan que un apoyo popular generalizado es lo que usualmente se requiere para que una resistencia armada sea moralmente legítima, Allen Buchanan se pregunta qué tan realista es esperar que los líderes de una rebelión contra regímenes opresivos violentos cumplan esta condición. Quienes pudiesen intervenir no deberían exigir tanto. Pero el caso de Ucrania es algo fuera de lo común. No solo todavía tiene un liderazgo legítimo, como resultado de instituciones democráticas, sino que además hay evidencia a partir de encuestas que indican un apoyo a la resistencia. Algo más del 50% señaló que resistirá y uno de cinco encuestados dijo que estaría dispuesto a participar en la resistencia civil, mientras que uno de tres manifestó que tomará las armas. Y abundan los informes y las imágenes de ciudadanos que asumen la responsabilidad de solicitar armas y recibir entrenamiento por parte del gobierno.

Es interesante la pregunta sobre si este nivel de apoyo es suficiente para justificar la asunción de los riesgos asociados a una insurgencia. Pero, como Jonathan Parry señaló recientemente, *podría* ser

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

suficiente: el bien de defender a algo más del 50% de los ucranianos podría ser suficiente en sí mismo para justificar los riesgos y los costos de la resistencia. Existe otra preocupación. Así, Carpenter hace hincapié en el historial de los Estados Unidos de apoyar a grupos que eran peores que los regímenes ostensiblemente opresivos contra los que combatían con financiación americana. También destaca el peligro de que la ayuda pueda llegar al Azov Battalion, una unidad de extrema derecha de la Guardia Nacional ucraniana.

Si decide apoyar a los insurgentes, Estados Unidos definitivamente debería tener cuidado con respecto a *qué segmentos* ayuda. Esto es incluso más importante porque las facciones que se beneficien militarmente en mayor medida probablemente también recibirán un incremento en su influencia política. Los analistas de la guerra civil, como Stathis Kalyvas, han mostrado cómo las alianzas políticas frecuentemente se derivan de un éxito militar. Esto indica que cualquier fuerza militar que los extranjeros introduzcan en Ucrania probablemente dejará una marca en la configuración política del país. Y esto tiene dos vertientes. El apoyo a demócratas podría ser beneficioso políticamente. No ayudarlos les abriría el camino a otras influencias políticas. El liderazgo ruso actual tiene una idea clara sobre cómo reconfigurar el mapa político de un estado extranjero según cómo más les convenga, tal como lo ha demostrado en Siria y en otros lugares. Y la invasión en Ucrania muestra que tiene incluso menos escrúpulos a la hora de hacerlo de lo que los observadores creían.

Por consiguiente, ofrecerles armas a los insurgentes ucranianos sin dudas plantea riesgos, pero también presenta riesgos la no intervención. Si se va a incrementar la ayuda, esta debe llegar lo antes posible, mientras las fuerzas políticas democráticas de Ucrania siguen siendo fuertes.

Ucrania y la ética de la guerra

Helen FROWE
(University of Stockholm)

Uno realmente no necesita que una experta en guerra justa explique con claridad la invasión rusa en Ucrania. La campaña de Vladimir Putin ya ha asesinado o herido a cientos de personas y ha desplazado a miles. Las mejores conjeturas sobre la motivación detrás de la guerra van desde que Putin leyó algunos libros de historia poco confiables mientras comenzaba a desarrollar una inestabilidad mental debido al *lockdown*, hasta un deseo de años de devolverle a Rusia la gloria que supo tener durante la Unión Soviética; un programa que ahora está siendo llevado a cabo a través de la farsa de salvar de un genocidio a la gente de un país en el que no se está cometiendo ningún

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

genocidio. No es de extrañar que ninguna de estas explicaciones —ni una combinación de ellas— sea una causa justa para una guerra.

No obstante, la guerra pone de manifiesto uno de los debates centrales en los trabajos recientes sobre la ética de la guerra. Según lo que se podría llamar el *punto de vista tradicional* de la ética de la guerra, el hecho de que la guerra sea injustificada no tiene nada que ver con la cuestión de si esa guerra está siento combatida de un modo justo. Es sabido que esta posición fue la defendida por Michael Walzer en su libro fundamental de 1977, Just and Unjust Wars. Y sigue siendo dominante en el discurso público y político sobre la guerra, y especialmente en el derecho internacional. Según este punto de vista, el hecho de que la guerra de Putin sea injustificada no impide que sea combatida de un modo justo. Esta es la razón por la cual los autores, al enfrentarse a una guerra injustificada, usualmente debaten sobre si los ataques particulares son proporcionales, o sobre si respetan la distinción entre combatientes y no combatientes, o sobre si satisfacen el criterio de necesidad. Pero estas guerras hacen que estos criterios carezcan absolutamente de sentido. No existe ningún número de muertes que sea proporcionado para lograr la ocupación de Ucrania. La proporcionalidad requiere que el fin moralmente bueno que uno aspira racionalmente a lograr supere los daños moralmente importantes que uno cree que causará. El hecho de que un ataque promoverá los fines ilícitos de ocupar Ucrania y derrocar su gobierno democrático es solo otro mal en términos morales, que no es capaz de justificar ninguna clase de daño causado por las tropas rusas.

Lo mismo sucede con la necesidad. El hecho de que un daño sería inevitable si uno pretendiese lograr algún bien moralmente bueno puede ayudar a justificar la causación de ese daño. Pero el hecho de que un daño sería inevitable si uno pretendiese lograr un fin impermisible no tiene ninguna clase de fuerza de legitimación. El añadir el prefijo "militar" —lo que implicaría alguna clase especial de necesidad militar— de ningún modo nos permite plantear preguntas morales sensatas, como si asediar Kiev está realmente justificado, en términos de necesidad. Estas preguntas pueden tener sentido en discusiones sobre estrategia o conveniencia —¿cuál es la mejor forma de someter a un pueblo para que se rinda?—, pero tratarlas como segmentos plausibles de la discusión sobre la ética de la guerra es algo equivocado ya desde las bases. Le da crédito a la idea de que algunos ataques rusos —las partes *necesarias* de la agresión— podrían ser moralmente permisibles y, si esto es así, entones los combatientes que las llevasen a cabo no harían nada incorrecto. Esta clase de razonamiento moral descarriado es claramente erróneo.

Ya puede observarse, como siempre sucede, cómo se realiza una división tajante entre muertes de civiles y de combatientes en Ucrania, como si importase moralmente qué clase puntual de personas inocentes está siendo asesinada para lograr los fines expansionistas de Putin. Creo que

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

debemos oponernos a esta distinción en general: usualmente no es mejor moralmente matar combatientes que matar civiles para lograr fines injustificados. De hecho, como ha señalado Victor Tadros, en la medida en que matar combatientes hace más probable el éxito de la guerra injustificada, al menos hay un aspecto en el cual matar combatientes es peor que matar civiles. Matar combatientes no es solamente algo ilícito en sí mismo; también es un medio para lograr otros ilícitos graves.

La naturaleza perniciosa de esta distinción es todavía más evidente por el hecho de que la defensa de Ucrania al parecer va a ser ejecutada en gran medida por conscriptos y por civiles que voluntariamente han tomado las armas. Por supuesto que queremos condenar el asesinato de civiles. Pero hacer eso a través de un énfasis en que las víctimas *son* civiles confiere un barniz de legitimidad al asesinato de los combatientes al dar a entender que estos últimos son, cuando menos, objetivos legítimos. Debemos ser claros: Rusia *no* tiene objetivos legítimos en esta guerra. Las fuerzas armadas actuales de Ucrania están compuestas de ucranianos conscriptos o que han decidido alistarse principalmente en virtud de la amenaza que está sufriendo su país por parte de Rusia. Ninguna de estas personas ha renunciado a sus habituales derechos a no ser dañadas al tratar de defenderse a sí mismas o a sus conciudadanos contra los ataques injustificados de Rusia. Sus muertes no valen menos que las muertes de civiles desarmados. Por supuesto que nada de esto implica afirmar que las guerras injustificadas puedan ser mejores o peores en términos morales. Una guerra injustificada que causa más daño es peor que una que causa menos daño. Pero lo único que tenemos aquí son grados de ilicitud. Todos los daños causados por las fuerzas armadas de Rusia son impermisibles.

Quienes trabajamos en la ética de la guerra no podemos hacer nada para frenar la agresión de Rusia. Pero al menos podemos negarnos a siquiera considerar la idea de que habría formas permisibles a través de las cuales se podría llevar a cabo esta agresión. Esto significa, entre otras cosas, que debemos resistir la costumbre de recurrir al listado de reglas *in bello* cuando los medios de comunicación nos piden que brindemos comentarios sobre la guerra. Lo que está sucediendo en Ucrania es una lección miserable de por qué debemos rechazar la idea de que combatir en una guerra es moralmente independiente del carácter justo de la guerra misma. También es una lección de por qué debemos, en general, resistir la idea de que hay principios morales especiales que regulan la guerra. Nuestros principios morales más comunes, que conocemos a partir de nuestra vida cotidiana, nos enseñan que es impermisible utilizar la fuerza para intentar adquirir algo a lo que no se tiene derecho en primer lugar. Nada de esto cambia cuando la fuerza es desplegada por Estados o por otros colectivos políticos: el régimen ruso no cuenta con permisos especiales para ejercer la violencia de los que carecen los individuos. La guerra de Putin lleva la marca de la injusticia en la

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

frente; es condenada por nuestras convicciones más familiares y fundamentales sobre los derechos de las personas a no ser dañadas. Y, de nuevo: no es necesario que un experto en guerra justa explique esto.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022), pp.20-77.

ARTÍCULOS

EL CONTENIDO DE ILÍCITO DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA EMPRESARIAL*

Prof. Dr. Adriano TEIXEIRA, LL. M. (Univ. Ludwig-Maximilian)**

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2022
Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2022

Resumen

En este trabajo se investiga el contenido de ilícito penal de la corrupción privada empresarial. Luego de la realización de un análisis preliminar del concepto de corrupción, entendido como una forma de irregularidad que tiene lugar en una relación principal-agente, cuya imputación se hace depender del contexto en que se desarrolla, se analizan críticamente los principales modelos de criminalización de la corrupción privada: los modelos patrimonial, laboral y, principalmente, el modelo de competencia. Se concluye que estos modelos, individual y estrictamente considerados, resultan insuficientes y se identifica como contenido del ilícito básico de la corrupción empresarial la agresión interna de la libertad económica-contractual o competitiva del "principal". A partir de ello, se establecen parámetros mínimos y restrictivos para la tipificación de la corrupción privada empresarial, que se refieren al sujeto activo del delito, la relevancia del consentimiento, el concepto de "ventaja", pacto ilícito,*** la consumación y el arrepentimiento eficaz.

Palabras clave: *corrupción privada - libre competencia - violación de deber - libertad económica*

Title: *The Wrongful Nature of Private Business Corruption*

* Traducción del portugués al español de Valentina Risso (Univ. Nacional de Córdoba, Argentina). Supervisión de la traducción a cargo de la Dra. Alejandra Verde (Univ. de San Andrés / Univ. Torcuato Di Tella / Univ. de Buenos Aires). Título original: "O conteúdo de injusto da corrupção privada empresarial". Publicado en *Revista de estudos criminais*, vol. 20, n.º 80, Porto Alegre, 2021, pp. 47-92.

** Doctor en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian, de Múnich, Alemania y Magister (LL.M.) por la misma institución. Profesor de Maestría de formación profesional —Línea Derecho Penal Económico— de la FGV Derecho, São Paulo. Realizó una estancia posdoctoral en la Universidad Humboldt de Berlín, becado por la Fundación Fritz Thyssen. *E-mail*: adriano.teixeira@fgv.br.

*** N. de T: se traduce el término alemán "*Unrechtsvereinbarung*" como "pacto ilícito" y no como acuerdo ilícito o acuerdo delictivo, para evitar posibles confusiones con expresiones propias de la dogmática de la coautoría.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Abstract

The article seeks to investigate the criminal content of commercial bribery. After a preliminary analysis of the concept of bribery, understood as form of disturbance in a principal-agent relationship whose criminalization depends on the context in which it develops, the main models of criminalization of private corruption are critically analyzed: the patrimonial, labor and, above all, the competition models. It concludes that all models are insufficient and the internal aggression to the principal's economic-contractual freedom is identified as the basic criminal content of commercial bribery. From that, minimal and restrictive parameters are established for the criminal typification of commercial bribery, that concern active subject, relevance of consent, concept of advantage, unjust pact, consummation and effective repentance.

Keywords: *commercial bribery - free competition - breach of duty - economic freedom*

Sumario: **I. Introducción; II. Análisis preliminar: el concepto de corrupción; III. Contenido de ilícito del delito de corrupción privada: modelos; IV. Conclusión sobre el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial; V. Consecuencias: Elementos mínimos de un tipo penal de corrupción privada empresarial; VI. Conclusión general; VII. Bibliografía**

I. Introducción

A diferencia de la mayoría de los países europeos y de algunos países sudamericanos, naciones como Brasil y la Argentina no cuentan con una prohibición penal específica para situaciones que involucran el pago de ventajas indebidas a agentes privados —dirigentes, empleados o representantes de empresas— a cambio de beneficios comerciales (p. ej., obtención de contratos) en detrimento de competidores, es decir, casos de *corrupción privada empresarial*, también conocidos con las denominaciones "corrupción entre particulares", "corrupción en los negocios" o "corrupción comercial". La criminalización de esta clase de conducta es, además, recomendada y, en el caso europeo, incluso hasta impuesta por documentos jurídicos internacionales.[1] Teniendo esto en cuenta, ¿brasileños y argentinos estarían frente de una laguna de punibilidad, a ser saldada por el legislador?

[1] Véase un panorama de ello en WALTHER, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht*, 2011, pp. 26 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Como es sabido, ejemplos de derecho comparado y documentos internacionales (no vinculantes) no constituyen razones *suficientes* para justificar una nueva criminalización. Es necesario que se aleguen razones materiales para la creación de una nueva prohibición penal. Concretamente: es imprescindible identificar qué bienes, intereses o derechos lesiona o pone en peligro el comportamiento en cuestión y de qué modo esto sucede. En otras palabras, es necesario captar el *contenido de ilícito* de la conducta que se considera ilícita y analizar si la realización de ese ilícito justifica la intervención del derecho penal.

En este estudio, se perseguirá precisamente ese objetivo en relación con la corrupción privada. Para ello, de manera preliminar, nos dedicaremos al problema del concepto de corrupción (1), el cual, como se verá, no reúne interés meramente académico, filosófico o didáctico, sino que contiene implicaciones político-criminales y dogmáticas. A continuación, haremos un análisis de las principales concepciones del contenido de ilícito de la corrupción privada, defendidas en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales, y traducidas en las legislaciones de los países que criminalizan este tipo de comportamiento (2). En función de ese análisis llegaremos a una conclusión propia respecto de cuál es el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial (3) y derivaremos consecuencias dogmáticas y político-criminales, indicando los elementos mínimos que un eventual tipo penal debería contener (4).

II. Análisis preliminar: el concepto de corrupción

"Corrupción" no es un término neutro, es decir, una descripción neutra de la realidad. Cuando se habla de corrupción, se habla de algo reprobable, incorrecto.[2] Sin embargo, ¿en qué consiste ese comportamiento reprobable? ¿De qué elementos está compuesto? Esos elementos esenciales del hecho de corrupción, ¿son los que justifican su criminalización, independientemente (o no) del contexto en el que ocurre —público o privado—? El análisis dogmático y político-criminal (normativo) de la corrupción (pública o privada) depende íntimamente de un análisis conceptual (fenomenológico) de este término.

Es necesario, desde un principio, dejar en claro que aquí nos interesa una definición *estricta o jurídica* de corrupción. A menudo, principalmente en el ámbito de las ciencias sociales (en especial,

[2] Cf. RUSCA, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, 2020, p. 46, *passim*.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

política y económica), se define el término "corrupción" de forma amplia.[3] P. ej., la organización internacional no gubernamental Transparencia Internacional adopta la siguiente definición: corrupción es el "*abuso de un poder confiado para fines privados*".[4] En esta definición se incluyen no solo el delito clásico de corrupción (pública) —en inglés conocido como *bribery* y en alemán como *Bestechung*—, sino también delitos como estelionato, extorsión, peculado, administración desleal o fraudulenta, nepotismo, etc.[5] Sin embargo, en el ámbito del derecho, se utiliza un concepto más restringido, cuyos rasgos principales tradicionalmente se encuentran en los delitos de corrupción *stricto sensu* (cohecho activo y pasivo, soborno activo transnacional, corrupción privada, etc.). Es a este concepto más estrecho al que hay que aproximarse.

Para ello, nos serviremos de un método ya utilizado en una publicación anterior.[6] Lo que se pretende no es una definición conceptual estática y acabada, sino tan solo, en palabras de WEBER, una "ilustración o concretización provisoria" (*provisorische Veranschaulichung*)[7] de lo que se entiende por corrupción en sentido estricto. Para no perder de vista el uso de la palabra en su sentido cotidiano,[8] en lugar de intentar una simple estipulación de posibles elementos del concepto, se debe partir de una *representación minimalista, enumerativa*. Esta representación deberá comprender casos, hipótesis en las cuales la denominación "corrupción" sea *indiscutida*.[9] Estos ejemplos deben servir como piedra de toque de cualquier descripción de la esencia de la corrupción. La descripción resultante, a su vez, prepara el terreno para analizar si la designación de "corrupción" a otros supuestos dudosos se muestra consistente o no.

---

[3] Con referencias, véase FISMAN / GATTI, "Bargaining for bribes: the role of institutions", en ROSE-ACKERMAN (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, 2006, p. 142; ANDVIG, "Corruption in China and Russia compared: different legacies of central planning", en ROSE-ACKERMAN (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, 2006, p. 281.

[4] https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2022]; en el mismo sentido, ROSE-ACKERMAN / PALIFKA, *Corruption and Government* – Causes, Consequences and Reform, 2016, p. 9.

[5] CREMER, *Korruption begrenzen – Praxisfeld Entwicklungspolitik*, 2008, pp. 25 ss.; ROSE-ACKERMAN / PALIFKA, cit., pp. 8 y ss. Véase también la lista de delitos, designados bajo el manto de "corrupción", de Transparencia Internacional: https://www.transparency.org/glossary [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2022]. Con respecto al concepto amplio de corrupción, véase también GERVUTZ, *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, pp. 238 y ss., 2007; MAKINWA, *Private remedies for curruption: towards an international framework*, 2013, p. 34: "Corruption as an Umbrella Term".

[6] TEIXEIRA, *REC 76*, pp. 101 y ss., 2020.

[7] WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, 2016, p. 18. Cf. también WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 1984 (reimpresión 2006), p. 280, n.º m. 71.

[8] En el mismo sentido véase DANLEY, *Business & Professional Ethics Journal*, p. 21, 1983.

[9] Hay que reconocer que, muy probablemente, no es posible obtener una definición completa, exacta y cerrada del concepto de corrupción. Sin embargo, no se puede negar la posibilidad de identificar esta estructura fundamental, común a todos los casos de corrupción y distinta de otros tipos de fenómenos. En palabras de WITTGENSTEIN, cit., n.º m. 76: "La semejanza es tan innegable como la diferencia".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A modo de ejemplo, pueden ser considerados supuestos indiscutidos de corrupción los siguientes casos:

- Un policía federal, que trabaja en la frontera brasileña, recibe mensualmente mil reales de un contrabandista de armas para que sus "productos" puedan ingresar al país sin fiscalización.

- Algunos ejecutivos de una empresa contratista garantizan a directores de una empresa estatal de petróleo el 1% del valor de cada contrato celebrado entre la contratista y la empresa pública a cambio del favorecimiento de la contratista en la contratación de los servicios.

- Un magistrado recibe un millón de reales para conceder una acción de hábeas corpus a favor de un rico empresario contra el cual se decretó la prisión preventiva.

- Dos funcionarios del alto escalafón de la empresa alemana Siemens AG pagan grandes cifras de dinero a dirigentes de una empresa italiana del sector energético (recientemente privatizada) para garantizar la celebración de un contrato millonario de compra y venta de turbinas, en detrimento de otros competidores.[10]

Por otro lado, se pueden presentar los siguientes supuestos dudosos de "corrupción":

- Con la autorización de la dirección de una escuela pública, un fotógrafo toma fotografías de las clases y de los alumnos individualmente en las dependencias del colegio. Por medio de los profesores, las fotos son ofrecidas a los padres de los alumnos para su compra. Las fotos no adquiridas y el dinero colectado son pasados por los profesores al fotógrafo. En función del esfuerzo de organización y por la disponibilidad del uso de las aulas, el fotógrafo transfiere algo del dinero a la escuela y adquiere algunas *laptops* para ser usadas en actividades educativas.[11]

- Un productor de vinos espumantes contacta al gerente de un restaurante muy famoso de la ciudad y le hace la siguiente propuesta: en el supuesto de que compre su espumante y lo recomiende a los clientes, el gerente recibirá personalmente el 10% del valor del producto por cada botella vendida. Después de informar al propietario del restaurante, que consiente, el gerente acepta la oferta.

[10] Simplificación del caso tratado en BGH NJW 2009, 89.
[11] Supuesto reproducido de manera simplificada, basado en BGH StV 2012, 19 – "Schulfoto-Aktion".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En los casos paradigmáticos, indiscutidos, de corrupción, se puede observar en todos aquellos una estructura común. De modo simplificado, esta estructura puede ser descripta del siguiente modo: una persona recibe una ventaja de un tercero para actuar (u omitir) en favor de ese tercero. Además de esto, en todos estos ejemplos, la persona que recibe la ventaja ocupa una posición de poder o de representación que proviene de su relación con otra persona o con otra institución. Las reglas de esta relación determinan que esa persona debe realizar ciertas tareas o tener en cuenta los intereses de esta persona o institución. Para el cumplimiento de este deber, sin embargo, esa persona tiene un cierto margen de discrecionalidad, en el sentido de que sus acciones no pueden ser observadas y controladas enteramente por la persona o institución representada en tiempo real.

En general, las definiciones de corrupción que se encuentran en la literatura terminan, con mayor o menor exactitud, por captar esta estructura fundamental. Sería desafortunado e inútil intentar, aquí, recapitular toda la gama de definiciones del concepto de corrupción ofrecidas en la literatura. Por el contrario, corresponde, a continuación, presentar y analizar solamente las definiciones más representativas.

Una definición concreta, citada recurrentemente en la literatura jurídico-penal, es la proporcionada por VOLK, según la cual corrupción es un "intercambio irregular de ventajas".[12] Esta definición es breve, ciertamente, pero elocuente. En principio, aquella revela, por medio de la palabra "intercambio", que la corrupción es un delito relacional (*Beziehungstat*), al cual pertenecen por lo menos dos actores que se relacionan como en un acuerdo de voluntades.[13] VOLK también destaca que la irregularidad, la violación de una regla, es un componente esencial de la corrupción,[14] pero no el único. La definición del punto de referencia de esta irregularidad (¿irregular con relación a qué?, ¿violación de qué regla?) permanece abierta *en el plano conceptual*. La irregularidad puede resultar de la violación de una regla contractual, interna o externa, dado que la regla vulnerada

[12] VOLK, "Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung", en GÖSSEL / TRIFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 421. De forma semejante, WOLLSCHLÄGER, *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, 2009, p. 134; DÖLLING, Gutachten 61, *DJT*, C. 11.
[13] VOLK, cit., p. 421 y s.
[14] En este sentido también, DANLEY, cit., p. 22: "I wish to characterize a bribe as the offering or giving or promising to give something of value with the corrupt intent to induce a person to violate the duties of his or her role or office".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

puede tener naturaleza jurídica o moral. Según VOLK, es la calidad de la regla violada la que debe determinar el grado de reprochabilidad o de punibilidad del comportamiento corrupto.[15]

Otros autores complementan la definición de VOLK al delimitar *el objeto de intercambio* ilegal de ventajas, a saber: una *decisión*. De este modo, "corrupción" debería ser definida como un *intercambio irregular de una decisión por una ventaja*. De esta manera, SPRAFKE conceptualiza la corrupción como "la afectación negativa del cumplimiento de tareas o de la representación de intereses mediante una relación de intercambio no permitida entre dador y receptor".[16] De forma similar procede KINDHÄUSER, que intenta definir la corrupción como la "conexión irregular de una ventaja con el ejercicio de un poder decisorio delegado".[17]

Más completos aún se muestran los esfuerzos analíticos que llegan a la conclusión de que la corrupción presupone una *relación triangular o trilateral,* que no requiere estar constituida solo por personas, sino también por personas e instituciones como el Estado o una empresa.[18] El receptor de la ventaja debía velar por los intereses de un individuo o de una institución y termina, sin embargo, por servir a un tercero. En este sentido, GROENENDIJK concibe la corrupción como "cualquier transacción no autorizada entre agentes y un tercero"[19] y SALIGER como "servicio a dos amos, ventajoso y contrario al interés".[20]

Repárese que la violación de un deber (funcional) es un elemento común, frecuente,[21] pero accidental del concepto de corrupción, como bien señala HELLMAN. También se debe considerar

---

[15] VOLK cit., p. 426. Similar DANLEY, cit., p. 29: "That is, the moral status of bribery is dependent upon the moral status of positional duties".
[16] SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance – Untersuchung und Reformvorschläge zu § 299 StGB*, 2010, p. 5. Similar SZEBRAWSKI, *Kick-Back*, 2005, p. 155.
[17] KINDHÄUSER, *ZIS*, p. 463, 2011.
[18] MEYER, "Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience", en: MEYER (ed.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, 2009, p. 152; ÍDEM, *Korruption im Vertrag*, 2017, p. 117; KINDHÄUSER, cit., p. 463; GONTIJO, cit., p. 25.
[19] GROENENDIJK, *Crime, Law & Social Change 27*, pp. 207, 210 y 218, 1997.
[20] SALIGER, "Das Unrecht der Korruption", en: ALBRECHT et. al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 498. Igualmente, MEYER, en: *The Civil Law Consequences of Corruption*, cit., p. 153: "servant of two masters". En el mismo sentido, DANLEY, cit., p. 25: "The paradigm is that of the agent being influenced by some party other than the principal".
[21] En este sentido, CREMER, cit., p. 26; CARSON, *Philosophy & Public Affairs 14, N. 1,* p. 70, 1985: "Talk of bribery only makes sense in the context of positions or roles having special obligations. Central cases of bribery involve paying or inducing others to violate the fiduciary obligations of their offices or positions"; GREEN, *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-*

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

corrupción cuando un tercero ofrece una ventaja a un agente para que lo favorezca por medio del cumplimiento (objetivo) de la propia función delegada. Para HELLMAN, lo esencial del concepto de corrupción es un intercambio de bienes de diferentes tipos, pertenecientes a diferentes dominios (p. ej., dinero por acción funcional o política), siempre que este intercambio sea prohibido por el "detentador del poder de decisión".[22] En efecto, la contraprestación, realizada a cambio de la ventaja, no necesita ser *per se* ilegal: una sentencia jurídicamente correcta, dictada a favor de alguien que pagó al magistrado para hacerlo, puede ser objeto de una transacción corrupta.[23]

Si, por un lado, la violación intrínseca de un deber no es lo que caracteriza a la corrupción, tampoco, por otro lado, el elemento de la ventaja *en sí* representa la esencia o ilicitud (o inmoralidad) *prima facie* del comportamiento corrupto, pero sí lo es el mencionado acuerdo triangular. La ilegalidad ínsita de la ventaja no es un elemento necesario de la corrupción.[24] El concepto neutro de ventaja de los delitos de corrupción, aceptado por la doctrina dominante,[25] corrobora este punto.

En suma, los elementos de la transacción, por sí mismos, no necesitan revestir ilegalidad, sino que es la *combinación* de estos elementos lo que eventualmente volverá la colusión, en su conjunto, inmoral o ilegal.[26] Este aspecto, de la unión entre los elementos como el verdadero rasgo distintivo de la corrupción, se traduce en la dogmática penal por medio de la expresión "*pacto ilícito*", correspondiente a la noción alemana *Unrechtsvereinbarung* —o *quid pro quo*, en el ámbito anglosajón—, considerado el elemento central de los delitos de corrupción.[27] Veremos que el pacto

Collar Crime, 2007, p. 193 ss.; señala la "violation of duty" (violación de deber) como elemento central de la corrupción, STRUEBING, *New Criminal Law Review*, p. 9, 2018.

[22] HELLMAN, "Understanding Bribery", en ALEXANDER / FERZAN (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, 2019, pp. 147 y ss.

[23] PHILIPS, cit., p. 622.

[24] GROENENDIJK, cit., p. 218; KINDHÄUSER, cit., p. 464.

[25] SATZGER, *ZStW 115*, p. 475 f., 2003. Cf. también DANLEY, cit., p. 24: "Anything of value can be used to bribe".

[26] D'ANDRADE, *Journal of Business Ethics*, p. 240, 1985; PIES/SASS, "Korruptionsprävention als Ordnungsproblem – Wirtschaftsethische Perspektiven für Corporate Citizenship als Integritätsmanagement", en: ORDO, *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft,* 57, 2006, pp. 345 y 349.

[27] SCHÜNEMANN, "Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG", en: DANNECKER et. al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p. 778. PHILIPS, *Ethics*, p. 626, 1984, denomina este aspecto fundamental de la corrupción de *"agreement requirement"*. En la discusión norteamericana, se utiliza la expresión *"quid pro quo"*, cf. *US Supreme Court McDonnel v. United States*, p. 22: "Section 201 prohibits quid pro quo corruption—the exchange of a thing of value for an 'official act'".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ilícito exigido por los tipos penales de corrupción (pública o privada) puede ser más o menos concreto, sobre todo en lo que se refiere a la mayor o menor concreción de la contraprestación del agente (el *quo*).[28]

Los actores de este triángulo constitutivo de la corrupción, principalmente en investigaciones socioeconómicas y sociopolíticas, son comúnmente llamados: *agente* —el receptor de la ventaja—, *principal* —aquel cuyos intereses el agente debía observar o defender— y *cliente* —el que otorga la ventaja y es beneficiario de la acción u omisión del agente—.[29] Esta relación trilateral constituye el objeto de la *"teoría principal-agente"* (en adelante TPA), uno de los principales campos de estudio de la nueva economía institucional. En este espacio no es posible reflexionar con más detalles sobre este abordaje y su capacidad de rendimiento para el análisis conceptual de la corrupción. Por esta razón, nos limitaremos a señalar los principales problemas intrínsecos que constituyen la relación principal-agente según la TPA, que son los siguientes: la asimetría informacional existente entre agente y principal (*hidden information*)[30] y la posibilidad del agente de actuar de manera oculta, sin ser observado directamente, persiguiendo intereses propios (o de terceros) en detrimento de los intereses del principal (*hidden action*).[31]

Es claro que, en los supuestos clásicos de corrupción, se observa la estructura de la relación principal-agente (-cliente). Usando el ejemplo del policía: el policía que recibe el soborno es el "agente"; la administración pública o el Estado para el que trabaja es el "principal"; y el traficante, que ofrece el soborno, es el "cliente". Es posible generalizar este ejemplo para constatar que, en la corrupción pública o estatal, las relaciones principal-agente se presentan de la siguiente manera: funcionarios públicos (agentes) - Estado/administración pública/ciudadanos (principal); legisladores y gobernantes (agentes) - Estado/ciudadanos (principal).[32] Fácilmente también puede percibirse esta estructura en un supuesto clásico de corrupción privada, como un *kick-back* (p. ej. el

[28] En este sentido, véase HELLMAN, cit., p. 158.
[29] Cf. KLITGAARD, *Controlling Corruption*, 1988, pp. 22, 69 y s.; WIELAND, "Korruptionsprävention durch Selbstbindung?", en ARNOLD (ed.), *Wirtschaftsethische Perspektiven VI*, 2002, pp. 79 ss.; PIES/SASS, cit., p. 341/345; GEISLER, *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*, 2013, p. 62. En Brasil, SANTOS, cit., p. 237.
[30] PRATT/ZECKHAUSER, *Principals and Agents: The Structure of Business*, 1991, p. 38 s.; KLEINE, *Entscheidungstheoretische. Aspekte der Principal-Agent-Theorie*, 1996, p. 31; JOST (ed.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, 2001, p. 30; OEHLRICH, *Organisation – Organisationsgestaltung, Prinzipal-Agent-Theorie und Wandel von Organisationen*, 2016, p. 124.
[31] PRATT/ZECKHAUSER, cit., p. 3; KLITGAARD, cit., p. 71; OEHLRICH, cit., p. 122.
[32] GROENENDIJK, cit., pp. 222 y s.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

caso Siemens-Enel): el director de la compañía, receptor de la ventaja, es el agente; los accionistas constituyen el principal; el proveedor, ofertante del soborno, es el cliente.[33]

Los típicos problemas o conflictos de una relación principal-agente —*hidden action* y *hidden information*— se manifiestan claramente en la corrupción. La oferta de una ventaja al agente (o la solicitud por parte de él) sucede normalmente a escondidas, a espaldas del principal, que no es capaz ni de observar ni de saber inmediatamente sobre la transacción. Estos elementos confirman una posición correctamente defendida en la literatura de que la corrupción es un "delito de secreto" (*Geheimhaltungsdelikt*).[34] De hecho, parece contraintuitivo y va en contra del sentido común pensar en una transacción de corrupción realizada abiertamente, frente a los ojos del principal. Cabe recordar que hoy en día el pago de sobornos no es infrecuente mediante la creación de ingeniosos y sofisticados esquemas, como la utilización de empresas *offshore* creadas solamente para este fin.

No es, por lo tanto, una coincidencia que en los casos controvertidos de "corrupción" —en los que hay duda respecto de si corresponde clasificarlos como corrupción— están ausentes justamente estos (o uno de los) típicos elementos o fricciones de una relación principal-agente. P. ej., como veremos más adelante en el derecho alemán, tanto en la corrupción pública como en la privada se discute intensamente la punibilidad de la supuesta transacción corrupta cuando la ventaja indebida, el "soborno", se dirige en última instancia no al agente sino al principal (a la administración pública o a la empresa, respectivamente) o cuando el pago del "soborno" cuenta con el consentimiento del principal. Recordemos el ejemplo, mencionado precedentemente, de la escuela: las contribuciones del fotógrafo pasaron, es cierto, por las manos de las profesoras, pero se destinaron a la escuela, para actividades escolares;[35] de modo similar se verifica en el ejemplo del restaurante y de la empresa de espumantes: el dueño del restaurante estaba de acuerdo con la remuneración extra de los mozos que recomendaban el espumante a los consumidores. En estos casos, no hay una oposición de intereses entre principal y agente. Además, no se registran ni una ventaja informativa del agente ni un comportamiento oculto, pues en las situaciones narradas todo sucedió con el conocimiento y la anuencia del principal.

[33] En similar sentido, SANTOS, cit., p. 237; GONTIJO, cit., p. 23.
[34] D'ANDRADE, cit., p. 242; PIES/SASS, cit., p. 346; MEYER, en: "The Civil Law Consequences of Corruption", cit., p. 145; BOLES, *American Business Law Journal 51*, p. 125, 2014: "the bribe must transpire without the employer's knowledge and consent"; ÍDEM, *Michigan Journal of International Law 35,* p. 682, 2014: "secrecy element".
[35] MAYER, *Korruption im Vertrag*, cit., p. 97.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

De este modo, podemos sostener que la corrupción presupone una relación principal-agente y todos los problemas latentes de tal relación. La TPA por sí *sola* todavía no es capaz de aprehender la esencia (conceptual) de la corrupción, ya que esta estructura también está presente en otros delitos, como la administración desleal, delito aún desconocido (bajo esta rúbrica específica) en Brasil.[36] Una acción desleal presupone igualmente una relación entre un principal (el dueño del patrimonio) y un agente (el administrador de ese patrimonio) y la violación del deber de cuidado patrimonial seguida de la producción de un perjuicio en ese patrimonio. Veremos que este elemento común de la administración desleal y de la corrupción no es mera coincidencia y que de ello deben extraerse consecuencias normativas. El rasgo distintivo de la corrupción, no siempre presente en la administración desleal, se expresa en dos elementos: en la *relación triangular* y en la *ventaja (indebida)*.

Por lo tanto, para hablar de corrupción es necesario siempre identificar *tres* actores: un principal, un agente y un cliente.[37] De allí que, cuando se afirma que un gobernante que desvió dinero público para sí mismo es corrupto, se está utilizando el mencionado *concepto amplio* de corrupción. En rigor, este gobernante comete un peculado (art. 312, Código Penal brasileño, en adelante CP), un delito igualmente grave, pero que no es corrupción. Además, la corrupción adquiere su especificidad con el elemento de la ventaja indebida. Es plausible imaginar que una persona coaccione, mediante violencia o amenaza grave, a un agente para que actúe contra los intereses de su principal. Esto constituye, sin dudas, un ilícito (penal) —p. ej.: coacción, art. 146, CP o una extorsión, art. 158, CP—, pero no se trata de corrupción *stricto sensu*. Por esto, se puede decir que lo específico de la corrupción consiste en la alteración, *condicionada por una ventaja, de una relación principal-agente a favor de un tercero*.

Hasta aquí, solo nos *aproximamos* a una definición del concepto de corrupción, o sea, aun permanecemos en el plano descriptivo-conceptual, sin mayores consideraciones normativas. Todavía no hablamos del contenido de ilícito (penal) de la corrupción. Como vimos, en la corrupción se presupone el menoscabo de uno o más intereses del principal por parte de un agente,

[36] MANSDÖFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts* – zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln, 2011, p. 182.
[37] Correctamente CARSON, cit., p. 70, con el ejemplo de un fontanero autónomo contactado por un particular para destapar una tubería durante el fin de semana. Como el fontanero ha dicho que no trabaja los fines de semana, el cliente le ofrece un dinero extra para hacerlo. Sobre esto dice *Carson*: "Many would describe this case by saying that I bribed the plumber. However, I believe that this is just an extended use of the term 'bribery'".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

motivado por una ventaja indebida. Sin embargo, en el nivel conceptual se mantiene abierta la cuestión acerca de qué intereses perjudicados están en juego. Además de esto, el abordaje basado en la TPA no excluye la posibilidad de que, con la transacción corrupta, otros intereses sean afectados, que pueden ir más allá que aquellos correspondientes a alguno de los actores de nuestro triángulo (principal, agente, cliente) —p. ej., la propia comunidad—. Para delimitar el contenido de ilícito de la corrupción, se debe indagar, por lo tanto, qué intereses realmente afecta la transacción de corrupción.[38]

De este modo, es posible partir de un concepto general de corrupción, como el propuesto, que abarque tanto la corrupción pública como la privada,[39] sin, todavía, anticipar algo en relación con su punibilidad o criminalización.[40] Esta cuestión, de carácter normativo, político-criminal, va depender fundamentalmente del contexto en el que la relación de corrupción sucede, de qué actores están involucrados (qué agente, qué principal y qué cliente) y de los intereses (o bienes jurídicos) que son afectados por aquella. Bajo esta óptica debe efectuarse el análisis del contenido de ilícito o de los llamados modelos de criminalización de la corrupción privada, de los que nos ocuparemos seguidamente.

III. Contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial: modelos

Para determinar el contenido de ilícito de la corrupción privada, por lo tanto, es necesario identificar cuáles son los bienes, intereses o derechos violados por el pacto corrupto y de qué modo esto sucede. En la doctrina y en las realidades legislativa y jurisprudencial de los países en los que la corrupción privada está criminalizada, se ofrecen básicamente dos enfoques, significativamente distintos.

El primero, que puede ser tenido como dominante en Europa, principalmente debido a la fuerza modeladora de los documentos internacionales que prevén e imponen la crimininalización de la corrupción privada por los Estados europeos (se citan aquí los principales: Acción Común

[38] VOLK, cit., p. 428; WOLLSCHLÄGER, cit., p. 134; ZIMMERMANN, *ZStW 124*, p. 1027, 2012. En este sentido también, HELLMAN, cit., p. 148: "Whether it is wrong will depend on how we understand the concept of the relevant decision-maker", cf. con más detalles, pp. 153 ss., 156.
[39] De este modo DANLEY, cit., p. 25; PIES/SASS, cit., p. 345.
[40] En este sentido, SCHÜNEMANN, "Die Bestrafung der Auslandsbestechung – eine strafrechtsimperialistische Torheit?", en HOVEN / KUBICIEL (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung* - Tagungen und Kolloquien, 2016, p. 32.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

98/742/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la corrupción en el sector privado, del 22 de diciembre de 1998; la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, del 22 de julio de 2003, sobre el Combate a la Corrupción en el Sector Privado[41]), identifica como foco de protección de la ley penal la *relación interna* entre el principal (p. ej., empresario) y el agente (p. ej., director, representante, empleado), que sufre un menoscabo causado por este último en detrimento del primero. Según esta concepción, por lo tanto, el contenido de ilícito de la corrupción está vinculado al menoscabo de un *bien jurídico individual* de una determinada víctima. Como veremos a continuación, este modelo tiene claras ventajas; sin embargo tiene serias y comprometedoras desventajas.

La segunda concepción, por su parte, se basa en la suposición de que la corrupción no afecta bienes o intereses pertenecientes o atribuibles a determinados individuos, sino a un bien esencialmente *colectivo:* la libre competencia. Este modelo, aunque mayoritariamente dominante en Alemania desde principios del siglo pasado —a pesar de la reforma de 2015, que pretendió introducir el modelo alternativo, individual, en la ley— y ya desde hace algunos años en España, también presenta carencias de naturaleza tanto político-criminal, como dogmática.

A continuación, analizaremos estas dos concepciones centrales y, posteriormente, sacaremos una conclusión con respecto al contenido de ilícito de la corrupción privada.

1. Afectación de un bien jurídico individual: ¿interés del principal (empresario)?

En la literatura, la concepción que ve en la protección del empresario o de la institución cuyos intereses el agente debería preservar, la razón de ser de la prohibición penal de la corrupción privada, recibe el nombre de "modelo del dueño de negocio" (traducción de la expresión alemana *Geschäftsherrenmodell*).[42] En consonancia con el concepto de corrupción esbozado anteriormente, en este modelo se identifica el contenido de ilícito de la corrupción privada en el quebrantamiento de la relación principal-agente en perjuicio del principal.[43] Sin embargo, como se indicó anteriormente, en el plano conceptual aún no se define qué intereses del principal se ven afectados,

[41] Sobre esto, véase, detalladamente, GONTIJO, cit., pp. 53 y ss.; SANSEVERINO. *O crime de corrupção entre particulares: análise em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados*, 2019, pp. 55 y ss.
[42] Cf. BÜLTE, "Corrupción en el sector privado y el llamado 'modelo del dueño del negocio'", en MARTIN / MONTIEL / SATZGER (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, pp. 35 y ss. El origen de la nomenclatura "modelos regulatorios" es atribuida a VOGEL, "Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht", en HEINRICH et. al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 398.
[43] En este sentido, SZEBROWSKI, cit., p. 155.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tampoco si y cómo la afectación de estos intereses es capaz de justificar la criminalización de esa conducta. En este contexto, se vislumbran dos posibles objetos de protección de una eventual criminalización de la corrupción privada: a) el patrimonio del empresario (principal); b) la lealtad o integridad en la relación entre el principal y el agente.

a. Patrimonio del principal

Como muestran los casos clásicos de *kickback*, es común, aunque no obligatorio, que la empresa sufra un perjuicio patrimonial como consecuencia de la colusión de corrupción, por dos razones: a) por el hecho de que la elección comercial no se basa en criterios técnico-económicos, sino en la satisfacción económica personal del agente (director o empleado de la empresa), la contratación del servicio o la compra del producto se vuelve más onerosa para la empresa, en comparación con una transacción guiada por criterios estrictamente comerciales en un ambiente de libre competencia;[44] b) por la inclusión del precio del "soborno" destinado al agente en el precio final del contrato.

Tener como objetivo la protección del patrimonio de la empresa contra este tipo de transacción corrupta no se muestra, en principio, implausible. No obstante, este enfoque patrimonialista de la corrupción privada apenas tiene adeptos en la mayoría de los países, debido a dos tipos de consideraciones. La primera, de naturaleza normativa: por regla, los tipos penales de corrupción no tienen como requisito un perjuicio patrimonial del principal (empresa/empresario). La protección del patrimonio por medio de esta prohibición penal se daría, por lo tanto, a través de una anticipación de la tutela penal, es decir, por medio de un tipo penal de peligro abstracto. Este tipo de anticipación de la tutela penal, sin embargo, se justifica solo en casos limitados, especialmente cuando se tiene en vista la protección de bienes jurídicos más fundamentales y valiosos, como la vida o la integridad física.[45]

De *lege ferenda*, sin embargo, esta objeción no es fulminante, pues bastaría que el legislador introdujera en el tipo penal el requisito del perjuicio patrimonial, como lo hizo el legislador italiano, en el art. 2635 del Codice Civile,[46] antes de reformarlo y eliminar del tipo este requisito en 2017,

[44] Igualmente, RUSCA, cit., p. 235.
[45] En este sentido, ibíd., p. 236.
[46] "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà,

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

y algunos Estados Federados de los Estados Unidos como Arizona (Ariz. Rev. Stat. § 13-2605 [2010]).[47] No obstante, en general, no se utiliza la opción legislativa de transformar la corrupción privada en un delito contra la propiedad por una razón sistemática: en la mayoría de los países europeos y en algunos países latinoamericanos (ej.: CP argentino, art. 173, inc. 7) existe el delito de administración desleal, destinado precisamente a la protección de la propiedad contra agresiones *internas,* como es el caso de la corrupción privada practicada por agentes, directores o empleados, que causan perjuicio a la empresa.[48] Por lo tanto, un delito patrimonial de corrupción privada sería superfluo.

Se advierte fácilmente que la última objeción, de naturaleza sistemática, no se aplica a ordenamientos jurídicos que, como el brasileño, no tienen un tipo penal como el de administración desleal. Por lo tanto, no es *a priori* implausible que el legislador conciba la corrupción privada como un delito patrimonial.

b. Lealtad/integridad de la relación principal-agente

En el ámbito del *Geschäftsherrenmodell*, el entendimiento que prevalece con respecto al contenido de ilícito de la corrupción es aquel que se enfoca en el daño a la relación interna entre el principal

---

cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni (…)". Según PIOLETTI, *NZWiSt*, 2016, p. 258 y s., se trataba de una "forma cualificada de infidelidad patrimonial". Cf. también MILITELLO, "Vorteilsgewährung und Korruption unter Privaten in Italien", en ZÖLLER *et. al., Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, p. 1408.

[47] "A. A person commits commercial bribery if:

"1. Such person confers any benefit on an employee without the consent of such employee's employer, corruptly intending that such benefit will influence the conduct of the employee in relation to the employer's commercial affairs, and the conduct of the employee *causes economic loss* to the employer.

"2. While an employee of an employer such employee accepts any benefit from another person, corruptly intending that such benefit will influence his conduct in relation to the employer's commercial affairs, and such conduct causes *economic loss* to the employer or principal.

"B. Commercial bribery is a class 5 felony if the value of the benefit is more than one thousand dollars. Commercial bribery is a class 6 felony if the value of the benefit is not more than one thousand dollars but not less than one hundred dollars. Commercial bribery is a class 1 misdemeanor if the value of the benefit is less than one hundred dollars.

"C. This section shall not be construed to prohibit a person from recruiting an employee of another employer unless, pursuant to an agreement between such person and the employee that such employee engage in conduct which will cause economic loss to his employer, such employee engages in conduct while an employee of his original employer and such conduct causes economic loss to the employer".

Véase BOLES, cit., p. 134, nota 90.

[48] Cf. LEITE / TEIXEIRA, cit., pp. 15 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(empresario) y el agente (director, empleado, etc.), causado por este último, motivado, a su vez, por el recibimiento de una ventaja indebida. En este contexto, un efectivo perjuicio patrimonial no asume una relevancia central. Al destacar y elegir como objeto de protección la relación interna entre el principal y el agente, la que, simplificada o vulgarmente, podría denominarse relación entre el patrón y el empleado, este enfoque es conocido en la discusión científica como el "modelo laboral".[49] Se habla de una protección (penal) de la *relación de deber, de confianza y lealtad* entre el autor (agente) y el principal.[50]

Este modelo ha sido adoptado cada vez más por las legislaciones extranjeras, especialmente europeas.[51] Tómese, p. ej., el caso de Portugal, que en el art. 8.º, inc. 1, de la Ley n.º 20/2008, del 21 de abril, tipifica el delito de "corrupción en el sector privado", con la siguiente redacción:

> "El trabajador del sector privado que, por sí o mediante su consentimiento o ratificación, por interpuesta persona, solicite o acepte, para sí o para un tercero, sin que le sea debida, una ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para cualquier *acto u omisión que constituya una violación de sus deberes funcionales* será reprimido con prisión de hasta cinco años o con pena multa de hasta 600 días".

[49] Originalmente VOGEL, cit., pp. 402 y s.

[50] JAQUES, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, 1996, p. 115; S SZEBROWSKI, cit., pp. 169 y s. Entre nostros, REALE JÚNIOR, cit., pp. 230 y ss.

[51] Esta orientación común de los países mencionados se explica por su adhesión a la Decisión Marco 2003/568/JAI del 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, la que toma como base el modelo laboral. El art. 2, inc. 1, titulado "Corrupción activa y pasiva en el sector privado", contiene la siguiente regla:
"1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que sejam consideradas infracção penal as seguintes condutas voluntárias, praticadas no exercício de atividades profissionais:
"a) Prometer, oferecer ou dar, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza a uma pessoa que, a qualquer título, dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, em benefício dessa pessoa ou de terceiros, a fim de essa pessoa, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos;
"b) Solicitar ou receber, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em benefício do próprio ou de terceiros, quando, a qualquer título, essa pessoa dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos".
Según el inc. 3, se abre la posibilidad de cada Estado miembro de declarar que "restringirá o âmbito de aplicação do nº 1 às práticas, relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência". Los países citados en el texto, sin embargo, no ejercieron esta opción prevista por la norma.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El inciso 2.º prevé una figura calificada en los casos en que "el acto o la omisión prevista en el número anterior fuere idóneo para provocar una distorsión de la competencia o un daño patrimonial a terceros"[52] y en el art. 9 se prevé, especulativamente, la punición de la "corrupción activa en el sector privado". Excepto por la figura calificada, Suiza (arts. 322 octies y 322 novies, CP suizo), Francia (arts. 445-1, 445-2, 445-3, 445-4, Code Pénal) y Austria (§ 309, CP austríaco) tienen tipos penales de estructura semejante: el núcleo del ilícito penal de la corrupción privada es en aquellos la violación del deber del agente (director, empleado, representante de una institución privada) a cambio de una ventaja. Alemania, en 2015, también bajo el pretexto de la implementación de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea,[53] transformó su vetusto tipo penal[54] de "cohecho activo y cohecho pasivo en el tráfico comercial" (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* - § 299, CP alemán), antes estructurado en la línea del modelo de competencia (ver *infra*), en un tipo penal híbrido, para contemplar también una modalidad típica que se ancla en la violación del deber que el agente tiene respecto de la empresa en relación con la compra de bienes y servicios (§ 299 I 2, II 2).[55] Además, cabe mencionar algunos Estados norteamericanos en los cuales existen, esencialmente, disposiciones penales concernientes a la corrupción privada (*commercial bribery*) que toman como punto de referencia la violación del deber que los agentes tiene

[52] Nos ofrecen un análisis de la experiencia portuguesa BIDINO, cit., pp. 221 ss. y SANSEVERINO, cit., p. 71.

[53] HOVEN, *NStZ,* p. 556, 2016; *F.* WALTHER, *NZWiSt*, p. 256, 2015. Criticamente, con respecto a la innecesariedad, desde el punto de vista del derecho europeo, de esta implementación véase WOLLSCHLÄGER, cit., p. 151; RÖNNAU, *StV*, 2009, p. 306; SCHÜNEMANN, "Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat", en WELLMANN / SCHRÖDER (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, p. 513; SCHÜNEMANN, *ZRP*, p. 69, 2015.

[54] Existente desde 1909. Sobre la historia de este delito en Alemania, véase, con ulteriores referencias TEIXEIRA, *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr,* 2018, pp. 15 y ss.

[55] "Será reprimido con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa quien, en una transacción comercial, en calidad de empleado o encargado de una empresa: (…) sin consentimiento de la empresa, solicita, acepta promesa o recibe una ventaja, para sí o para un tercero, para realizar u omitir una acción en relación con la compra de bienes o servicios, lesionando, por medio de ello, sus deberes ante la empresa".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

respecto del principal, entre los que se encuentran Louisiana,[56] California,[57] Alabama,[58] entre otros.[59]

Antes de presentar las principales críticas a este modelo, es necesario exponer sus méritos. Estos residen, sobre todo, *en el plano conceptual*. En esta concepción *internalista* se aprehende correctamente la estructura fenomenológica de la corrupción esbozada anteriormente, es decir, como un quebrantamiento de la relación principal-agente en detrimento del principal. Esto es interesante no solo desde un punto de vista descriptivo, sino también normativo. Al centrarse en la vulneración de los intereses del principal, la conexión entre conducta típica y daño/víctima se visualiza directamente,[60] a diferencia de concepciones que se remiten a efectos indirectos a bienes jurídicos difusos para legitimar la prohibición penal. No se puede negar que, en la medida en que el agente, al adquirir bienes y servicios o ejercer cualquier otra función en nombre o por delegación del principal, se comporta orientado al beneficio propio y actúa en detrimento de los intereses del último, la parte directamente lesionada no es sino el principal. Además, cuestiones dogmáticas sensibles, como la relevancia del consentimiento del principal (ver *infra*), se resuelven casi de manera natural y satisfactoria conforme el acuerdo descriptivo-normativo de esta concepción.[61]

No obstante, las deficiencias de este modelo superan cuantitativa y cualitativamente sus ventajas. En los ordenamientos jurídicos que tienen el tipo penal de administración desleal, se destaca el carácter superfluo de criminalizar la corrupción privada, cuyo objetivo sería proteger los intereses del principal. Además de superflua, tal criminalización sería inadecuada, pues prescindiría

[56] Citado en BOLES, *American*… cit., pp. 119/124 y s.: "the giving or offering, directly or indirectly, anything of apparent present or prospective value to any private agent, employee, o fiduciary, without the knowledge and consent of the principal or employer, with the intent to influence such agent's, employee's, or fiduciary's action in relation to the principal's affairs".
[57] California Penal Code Section 641.3: "(a) Any employee who solicits, accepts, or agrees to accept money or anything of value from a person other than his or her employer, other than in trust for the employer, corruptly and without the knowledge or consent of the employer, in return for using or agreeing to use his or her position for the benefit of that other person, and any person who offers or gives an employee money or anything of value under those circumstances, is guilty of commercial bribery".
[58] Ala. Code Ann. § 13A-11-120/121 (1975), en ROHLFSEN, *University of Chicago Legal Forum*, p.151/165, 2012.
[59] A saber: Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, North Carolina, North Dakota, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Virginia, Washington, todos reproducidos en ibíd., pp. 151-169 y ss.
[60] En este sentido, BOLES, Michigan… cit., p. 682: "The offense's most well-recognized harm is perhaps a violation of the bribed agent's fiduciary duty of loyalty".
[61] En este sentido, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, p. 171.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

del requisito típico del daño patrimonial. El delito de corrupción privada constituiría, por lo tanto, una anticipación de la punibilidad de la infidelidad patrimonial.[62]

Sin embargo, además de la objeción sistemática, que no tiene validez en países que no cuentan con el delito de administración desleal, el modelo "laboral" está expuesto a críticas sustanciales. Acertadamente se señala en la literatura que punir la violación de un deber interno del agente contra su principal representa una violación al principio de *ultima ratio*, pues se trataría de una intervención innecesaria —y por tanto desproporcionada— del derecho penal en una materia de naturaleza esencialmente civil o laboral.[63] De hecho, un derecho penal que se pretende liberal, con la misión de protección subsidiaria de bienes jurídicos valiosos para el individuo o para la comunidad,[64] no puede coexistir con tipos penales que incriminan la mera infracción de un deber, sin especificación de los derechos, intereses o bienes jurídicos concretamente afectados.[65] Sin embargo, esto es precisamente lo que sucede con las criminalizaciones formuladas según el modelo laboral, tal como lo ilustra el ejemplo portugués.

Los tipos penales moldeados según esta concepción adolecen, todavía, de otro problema fundamental, ligado al principio de legalidad, más específicamente al mandato de determinación o principio de taxatividad. Esto se debe a que el contenido y la extensión de los deberes susceptibles de infracción por el agente no son determinables *ex ante*, sino que son fijados por el principal o por la institución para la cual el agente trabaja.[66] Con esto, no solo la prohibición pasa a carecer del

---

[62] LESCH, *AnwBL 5*, 2003, p. 265; LÜDERSSEN, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts III*, 2014, pp. 24 y ss.; WOLLSCHLÄGER, cit., p. 147; GEISLER, cit., p. 105; SCHÜNEMANN, *ZRP* cit., p. 68, 2015; ÍDEM, en Das Verbot… cit., p. 38; SALIGER, cit., p. 501.

[63] SCHÜNEMANN, *ZRP* cit., p. 69. En sentido similar, SALIGER, cit., p. 502. Con más referencias RÖNNAU, *en Handbuch Wirtschaftsstrafrecht…* cit., p. 359; HOVEN, cit., 553; WOLLSCHLÄGER, cit., pp. 146, 152; ALTENBURG, *Die Unlauterkeit in § 299 StGB: Ein Beitrag zur Harmonisierung von Strafrecht und Wettbewerbsrecht*, 2012, p. 65; ÍDEM, *CB*, 2015, p. 146; GAEDE, cit., p. 287. Véase también PRAGAL, *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB: Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag*, 2006, p. 122; KAIAFA-GBANDI, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 18*, 2010, pp. 162 y ss. Véase una nueva descripción legal en PASSARGE, *DStR*, p. 484, 2016; HEUKING/VON COELLN, *BB*, 2016, p. 326; SCHRÖDER/FRERKES, "Der neue § 299 StGB – Anmerkungen und Ausblick", en ALBRECHT *et. al.* (eds.), *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*, 2015, p. 303. Entre nosotros, véanse las atinadas críticas de BIDINO, cit., p. 229; LAUFER, cit., p. 172 y GONTIJO, cit., p. 183.

[64] Por todos, ROXIN/GRECO, *Strafrecht: Allgemeiner Teil, t. I*, 2020, § 2, N.° m. 97 y ss.

[65] GRECO, *GA*, 2019, pp. 695 y ss.

[66] GORIUS, *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB: eine Untersuchung de lege lata et ferenda unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Norm und der Strafbarkeit von Organen der Kapital- und PersonengesellschaftenStrafbarkeit*, 2015,

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

necesario grado de determinación y previsibilidad, sino también a ejercer el papel que debería desempeñar una regla disciplinaria o interna de *compliance* y no una prohibición penal. En la doctrina, se menciona usualmente un famoso ejemplo elaborado por RÖNNAU, como forma de argumento *ad absurdum* del modelo de criminalización aquí analizado. Se trata del ejemplo de una funcionaria de una empresa de *catering* que recibe una "dádiva" del cliente para no usar delantal, en oposición a las instrucciones internas de la entidad patronal.[67] En esta línea, también ACKERMANN y BAUMANN, en referencia al derecho suizo, citan los ejemplos de un jefe de equipo de un banco que promete a un miembro del equipo bonos más elevados para que emita una evaluación positiva de su trabajo, de modo que el jefe pueda ascender en la carrera; y del profesor de una facultad privada que permite que sus alumnos aprueben los exámenes mediante el pago de una "tarifa".[68]

Lo esencial en la crítica al modelo laboral es el argumento según el cual solo la referencia a la infracción del deber del agente no es capaz de explicar el contenido de ilícito (penal) de la corrupción privada. Como tal, la violación del deber es, de hecho, un problema interno entre empleador y empleado, que debe ser resuelta por el derecho civil o laboral. La violación de un deber interno por parte de un agente privado no tiene la misma trascendencia que, p. ej., la violación de un deber de un funcionario público, que actúa en nombre de la comunidad.[69] El funcionario público asume un deber de lealtad hacia todos los ciudadanos, razón por la cual la violación de ese deber interesa a toda la sociedad y, en consecuencia, es sustancialmente más grave que la transgresión de un deber privado y puede ser legítimamente criminalizado.[70] Por este motivo, un delito general de corrupción,[71] como el plasmado en el Bribery Act del Reino Unido, que ignora la distinción normativa entre corrupción pública y privada, debe ser rechazado.

c. Conclusión intermedia

p. 129; GEISLER, cit., p. 104; RÖNNAU, *StV*, cit., p. 307; ÍDEM, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 360; WALTHER, cit., p. 257. Similar, véase WOLLSCHLÄGER, cit., p. 154. También, ver KAIAFA-GBANDI, cit., p. 162; PASSARGE, cit., p. 484; SCHRÖDER/FRERKES, cit., p. 305; WOLFRAM/PEUKERT, *NZWiSt*, p. 209, 2017.

[67] RÖNNAU, en: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, cit., p. 359.

[68] ACKERMANN / BAUMANN, "Bestechung Privater", en GROPP *et. al.* (eds.), *Strafrecht als Ultima Ratio: Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine*, 2016, pp. 8 y s.

[69] Sobre el ilícito de la corrupción pública como afectación de la esfera pública por parte de la privada véase GRECO / TEIXEIRA, "Aproximação a uma teoria da corrupção", en LEITE / TEIXEIRA (eds.) *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, 2017.

[70] En este sentido, VOLK, cit., p. 426; GREEN, "Official and commercial bribery: Should they be distinguished?", en HORDER / ALLDRIFGE (eds.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, 2013, pp. 40, 47, 57; VON TIPPELSKIRCH, *GA*, p. 575, 2012; RUSCA, cit., p. 325.

[71] Sugerencia monográfica por PRAGAL, cit., p. 146; ÍDEM, *ZIS*, p. 75, 2006.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Aun cuando señalar los intereses del principal como objeto de protección penal de la corrupción privada tenga sentido desde el punto de vista descriptivo-fenomenológico, esta concepción, sin ulteriores concretizaciones, no convence desde un punto de vista normativo. La criminalización de la violación genérica de un deber interno, de naturaleza privada, no es digna de tutela penal y es incompatible con los principios de subsidiariedad y de legalidad en materia penal. Además, la protección del patrimonio del principal contra actos de corrupción de los agentes solo tiene sentido en ausencia o insuficiencia de otros tipos penales de protección del patrimonio, especialmente el de administración desleal.

2. Afectación de un bien jurídico colectivo: ¿libre competencia?

El otro modelo principal de criminalización de la corrupción privada se basa en premisas muy distintas. El contenido de ilícito de la corrupción privada residiría en una lesión, no a un bien jurídico individual, perteneciente a uno de los actores involucrados en el acuerdo de la corrupción, sino a un *bien jurídico colectivo*, a saber, *la libre competencia*. La sustitución de criterios objetivos en las transacciones comerciales, relacionados con la eficiencia económica, por criterios subjetivos, vinculados a las ventajas personales obtenidas por los agentes responsables por la contratación de productos y servicios en nombre de la empresa, representaría un peligro para el sistema de libre y justa competencia.

Esta concepción, comúnmente denominada "modelo de competencia", puede (todavía) considerarse dominante en Alemania[72] y en España.[73][74] En el plano legislativo, Alemania y España siguieron caminos, en cierto modo, opuestos. Por un lado, en Alemania, como se mencionó anteriormente, desde su creación en 1909 (todavía en la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* —UWG—, traducción aproximada: Ley Contra la Competencia Desleal), el tipo penal de "corrupción activa y pasiva en las relaciones comerciales" era estructurado e interpretado por la doctrina y la jurisprudencia completamente de acuerdo con el modelo de competencia. Esto ocurrió

[72] BGH NJW 2006, 3290, 3298; VORMBAUM, "Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB", en HOYER / MÜLLER / PAWLIK (eds.), *Festchrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 652; GORIUS, cit., p. 77. Con más detalles, RÖNNAU en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht…*, cit., p. 280.
[73] Con más detalles, GIL NOBAJAS, *Estudios penales y criminológicos XXXV*, 2015, p. 574; ENCINAR DEL POZO, cit., p. 73, 157; GILI PASCUAL, *El delito de corrupción en el sector privador*, 2017, pp. 53 y ss., pp. 69 y ss.; OTERO GONZÁLEZ, *InDret 4*, pp. 4 y ss., 2019.
[74] Entre nosotros la defiende, p. ej., FERREIRA, cit., p. 172.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

hasta 2015, cuando la ley penal (§ 299, StGB) fue reformada para incorporar una nueva modalidad típica basada en el modelo laboral. Por otro lado, en España, si existía alguna duda en cuanto a la orientación del tipo penal de "corrupción entre particulares" (creado por la Ley Orgánica 5/2010), la adscripción al modelo de competencia parece ser incuestionable a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 que no solo modificó el epígrafe del delito por el de "corrupción en los negocios", sino que también excluyó el elemento del tipo "incumpliendo sus obligaciones" del artículo 286 *bis*, CP español (violación del deber de agente).[75]

Para una mejor visualización de un tipo penal de corrupción privada estructurado conforme el modelo de competencia cabe reproducir la redacción del actual precepto español:

> "El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para *favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de* mercancías*, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja".

Se percibe claramente la diferencia entre una norma como esta con una norma del modelo patrimonial o laboral como la portuguesa, reproducida en el apartado anterior. En primer lugar, en la norma española, de matriz competitiva, se ha delimitado el contexto en el que debe tener lugar la transacción corrupta: en la adquisición o venta de productos, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Con esto, ya se excluye de la tipicidad a las colusiones internas, como los ejemplos antes mencionados del banco y de la facultad privada. En segundo lugar, el otro componente del pacto ilícito de la corrupción, en lugar de una violación de deber genérica en el modelo laboral, consiste en el favorecimiento indebido de otros en el contexto mencionado. Sucintamente: lo que se pune es el intercambio de una ventaja por el favorecimiento indebido de un competidor, en detrimento de los demás, en una relación comercial.

Se advierte, por tanto, que una prohibición penal de la corrupción privada de acuerdo con el modelo de competencia es más restringida que una acorde con el modelo laboral y ello se revela como ventajoso. Sin embargo, esta concepción, en su forma pura, adolece de insuficiencias que

[75] Cf. ENCINAR DEL POZO, cit., p. 45; GILI PASCUAL, cit., pp. 32 y ss., 75.; OTERO GONZÁLEZ, cit., pp. 19 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

pueden subdividirse en dos clases: insuficiencia político-criminal o de fundamento, que se vincula con la institución de la libre competencia como bien jurídico colectivo (a); insuficiencias dogmáticas o de aplicación, relacionadas con la punibilidad del principal y de la relevancia jurídica de su consentimiento (b). Algunas de esas insuficiencias, especialmente las dogmáticas, se evitan con teorías mixtas o diferenciadoras que, sin embargo, aún no convencen plenamente (c).

a. ¿Libre competencia como bien jurídico colectivo?

La piedra angular y, al mismo tiempo, el principal problema del modelo de competencia es la postulación del bien jurídico colectivo: la libre competencia. Elegir o reconocer como objeto de protección penal un bien jurídico colectivo no es un mero problema conceptual o académico. A diferencia de los bienes jurídicos individuales, cuya lesión (o puesta en peligro) mediante la afectación del objeto del comportamiento[76] suele ser de fácil comprobación,[77] la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos colectivos no es, por regla, perceptible de forma inmediata, perceptible "a simple vista".[78] Este aspecto hace más endeble o más engorrosa la legitimación de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, pues, la eficacia, la adecuación y el sentido de la prohibición, al fin de cuentas se tornan más difusos. Además, los bienes jurídicos colectivos son, por regla, indisponibles, es decir, el consentimiento del afectado es jurídicamente irrelevante y no excluye la ilicitud, a diferencia de lo que suele ocurrir con los bienes jurídicos individuales.

No pretendemos, en este apartado, ingresar en la discusión sobre la legitimación existencial de los bienes jurídicos colectivos, es decir, en el debate entre la teoría personal del bien jurídico, según la cual el derecho penal debe proteger exclusivamente bienes jurídicos individuales (al menos indirectamente),[79] y la teoría dualista (predominante en la doctrina), que reconoce la necesidad de protección penal de bienes jurídicos colectivos (e individuales, obviamente).[80] Para satisfacer el

[76] Sobre la distinción entre bien jurídico y objeto de la acción, véase solo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, 1972, pp. 198 y ss.
[77] WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 224.
[78] GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, 1990, p. 40.
[79] HASSEMER, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en SCHOLLER / PHILIPPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, pp. 91 y ss.
[80] Esta denominación en GRECO, "Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?", en HEINRICH *et. al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, p. 206. Confrontar también BADARÓ, *Bem jurídico penal supraindividual*, 2017, pp. 184 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

objetivo de este trabajo alcanza con mencionar el aporte crítico común a ambas vertientes, que consiste en la denuncia y alerta de la hipóstasis *de supuestos bienes jurídicos colectivos*.[81]

Para obtener precisamente los efectos anteriormente mencionados —no comprobación (empírica o material) del nexo entre la conducta prohibida y la lesión del bien jurídico y anulación de los efectos del consentimiento del afectado para evitar que la prohibición sea considerada paternalista—, a menudo el legislador utiliza (falsos) bienes jurídicos colectivos. En palabras de GRECO: "los bienes jurídicos colectivos facilitan la vida del legislador".[82] El ejemplo más claro de este recurso se encuentra en la ley penal de drogas. Comúnmente se dice que los delitos de drogas vulneran el bien jurídico "salud pública".[83] La salud pública, sin embargo, no es más que la suma de los bienes jurídicos individuales de cada ciudadano (su salud o su integridad física) y, en principio, cada ciudadano es libre de preservar o dañar su propia salud mediante el consumo de drogas.[84]

Por estas razones, es necesario exigir al legislador —y a la ciencia penal— que elijan como objeto de protección de las normas penales únicamente bienes jurídicos colectivos *verdaderos*. En esta tarea de establecer criterios para definir el concepto de bien jurídico colectivo, la literatura jurídico-penal se basa en la contribución inicial de ALEXY. Este autor atribuye las siguientes características necesarias a los (verdaderos) bienes jurídicos colectivos: *no exclusividad del uso, no rivalidad en el consumo* y, principalmente, *no distributividad*. Así, existe un bien jurídico colectivo cuando "conceptual, fáctica y jurídicamente es imposible dividir el bien en partes y atribuirlas a los individuos".[85] A partir de esto, HEFENDEHL afirma que un bien jurídico colectivo se caracteriza por

[81] HEFENDEHL, "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", en HEFENDEHL / VON HIRSCH / WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, pp. 121 y ss.; SCHÜNEMANN, "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", en HEFENDEHL / VON HIRSCH / WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, p. 149; SCHÜNEMANN, "Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat", en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, 2006, p. 26; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 296 y ss.

[82] GRECO, *Gibt es…*, cit., p. 200.

[83] En este sentido, cf. BALTAZAR JR., *Crimes federais,* 2017, p. 1155 y BRASILEIRO, *Legislação criminal especial comentada*, 2016, p. 701. Véase también STF, HC 104.492, 2.ª T., Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.04.2011.

[84] KUHLEN, *ZStW 105*, p. 722, 1993; WOHLERS, cit., p. 190 y ss; HEFENDEHL, cit., p. 128. En ese sentido, HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 88; SCHÜNEMANN, en *Rechtsgutstheorie*, cit., p. 146; GRECO, *Gibt es…*, cit., p. 201.

[85] ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs - Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, pp. 239 y s.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

el hecho de que "potencialmente puede ser utilizado por cada miembro de la sociedad". Entonces, no sería posible "atribuir el bien jurídico o una parte de aquel a solo una parte de la sociedad".[86]

Cabe señalar, sin embargo, que los criterios antes mencionados sirven para *describir* bienes jurídicos colectivos verdaderos. Es decir, ofrecen pautas positivas que permiten que el legislador reconozca y elija adecuadamente los bienes jurídicos colectivos a ser protegidos por medio del derecho penal. No obstante, estos criterios desempeñan un papel negativo o minimalista que ejercen la función de identificar cuándo el legislador utiliza falsamente o abusa del concepto de bien jurídico colectivo para "facilitar su vida". Por lo tanto, esta función negativa, a pesar de ser importante, necesita complementarse con consideraciones de carácter normativo. Pues la existencia de bienes jurídicos colectivos es un problema ontológico[87] que debe ser abordado por la ontología social.[88] No se puede excluir de antemano que ciertos bienes jurídicos considerados falsos por la dogmática penal, como la salud pública, sean vistos como un bien colectivo por la ontología social.[89] Por estas razones, GRECO desarrolló criterios o un examen para la legítima postulación de bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Téngase como primera regla, también designada por él como "examen de circularidad": "el hecho de que una disposición penal no sería legítima sin la postulación de un bien jurídico colectivo no ofrece ninguna razón para postular un bien jurídico determinado".[90] Esta regla puede servir para revelar, de manera crítica, las intenciones reales del legislador al "crear" un bien jurídico colectivo. Sin embargo, rara vez el legislador admitirá tal motivación por detrás de la creación de un tipo penal. Por el contrario, como regla, argumentará que el bien jurídico colectivo elegido como objeto de protección penal es realmente valioso y digno de protección. Por esto, los demás exámenes desarrollados por GRECO se muestran más útiles. El segundo examen se deriva del criterio de *no distributividad* o *indivisibilidad* antes mencionado: "el hecho de que un número indeterminado de individuos tenga interés en un bien no es razón para postular un bien

[86] HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 112; en el mismo sentido anteriormente KUHLEN, cit., p. 704: "Es característico de los bienes universales o de la comunidad que todos pueden usarlos y que nadie puede ser excluido de ese uso". En el mismo sentido, GRECO, *Gibt es…*, cit., p. 203: "Son bienes jurídicos universales aquellos que no pueden ser divididos en partes atribuibles a individuos particulares".
[87] GRECO, *Gibt es…*, cit., p. 209.
[88] Cf. solo SEARLE, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, 2010, pp. 90 y ss; TUOMELA, *Social ontology: collective intentionality and group agents*, 2013.
[89] GRECO, *Gibt es…*, cit., p. 209.
[90] Ibíd., p. 208.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

colectivo".[91] Más interesante, sin embargo, es el tercer examen. Este intenta identificar bienes jurídicos colectivos que no tienen valor normativo autónomo, pues siempre presuponen la lesión de un bien jurídico individual. Se trata del examen de la *no especificidad*: "no está permitido postular un bien colectivo como objeto de protección de una determinada norma penal si la afectación de este bien presupone necesariamente la lesión simultánea de un bien individual".[92]

No es sencillo situar la libre competencia en este contexto. En primer lugar, es difícil concebir la libre competencia como un "bien" y que pertenezca, de igual manera, a todos los individuos de la sociedad, tal como la administración pública, la administración de justicia, etc., es decir, como un bien colectivo en *sentido fuerte*.[93]

La competencia es un fenómeno complejo que recibe distintas definiciones según las distintas concepciones y escuelas económicas[94] y cumple diferentes (y discutidas) funciones.[95] Es indiscutido que la competencia es un presupuesto de una economía de mercado moderna.[96] La persecución (libre y justa) de ventajas económicas produce efectos supraindividuales positivos, la llamada "paradoja del egoísmo al servicio de la colectividad".[97] Los efectos positivos de la competencia se pueden dividir en económicos y normativos o jurídicos, vinculados con el derecho a la libertad. En otras palabras, la competencia puede ser vista desde una doble perspectiva: 1) como condición de eficiencia económica y bienestar general y 2) como condición o realización de la libertad de los involucrados.[98]

---

[91] Ibíd., p. 210.
[92] Ibíd., p. 213.
[93] En este sentido RUSCA, cit., p. 238; ÍDEM, "¿Es la libre competencia comercial un bien jurídico colectivo que merezca proteción penal?", en PERALTA/RUSCA (eds.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, 2019, pp. 236 y ss.
[94] Escuela clásica (Adam Smith y David Ricardo), neoclásica, Escuela de Harvard, Escuela de Chicago etc.
[95] Fund. KANTZENBACH, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966, pp. 14 y ss. Al respecto, cf. KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe. Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht - zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht,* 2003, pp. 145 y ss.
[96] GEERDS, cit., p. 293; BOTTKE, "Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibung", en SCHÜNEMANN/GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 117; BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 2, n.º m. 105, 2011.
[97] Ibíd., § 2 n.º m. 41.
[98] Cf. HERDZINA, *Wettbewerbspolitik*, 1999, p. 16; TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, p. 104; ÍDEM, *Wettbewerb und Strafrecht*, 1976, p. 9; HOPPMAN, *Wirtschaftsordnungund und Wettbewerb*, 1988, p. 187; KOHLHOFF, cit., p. 125, 135 ss; SCHMIDT/HAUCAP, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung*, 2013, p. 19.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Las conductas con potencial de lesionar los intereses y derechos de los competidores están tradicionalmente reguladas por el derecho antimonopólico, que veda ciertos tipos de restricciones a la competencia. Las principales prohibiciones se refieren a acuerdos verticales y horizontales, de los cuales los más conocidos son el cartel, el abuso de posición dominante y las fusiones.[99] Por regla, solo los dos primeros suelen ser objeto de preocupación del derecho penal, no sin mayores cuestionamientos, no obstante.[100] No se niega que, en determinados casos, estas conductas consiguen producir efectos negativos para la sociedad (p. ej.: mecanismo de formación de precios)[101] y para la libertad económica de los agentes económicos.[102] Sin embargo, se reconocen las dificultades a la hora de tipificar penalmente las conductas anticompetitivas. Habitualmente, la verificación de una infracción en la competencia depende de análisis empírico-económicos en el caso concreto. Esto se muestra poco compatible con el mecanismo de subsunción del derecho penal —"programa condicional" (*Koditionalprogramm*), en la expresión de LUHMANN—.[103] [104]

En cualquier caso, la conducta individual (o el conjunto individual de conductas) de corrupción privada ni siquiera tiene potencialmente la trascendencia colectiva que ostentan determinados comportamientos objeto de la legislación antimonopolio, como el abuso de poder dominante, el cartel de precios, etc.[105] Como se desprende del análisis conceptual de la corrupción (privada)

---

[99] BUNTE/STANCKE, *Kartellrecht – mit Vergaberecht und Beihilfenrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*, 2016, p. 18.

[100] STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1999, p. 310; LÜDERSSEN, *BB*, p. 2528, 1996. Sostienen que la "libre competencia" y la "justa competencia" son categorías insuficientemente específicas para poder ser objeto de protección penal. Véase PIETH, *ZStW 109*, p. 773, 1997.

[101] WOLF, *WRP*, p. 543, 1995; ver también, TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße…*, cit., pp. 61, 109.

[102] BAUMANN/ARZT, *ZHW*, p. 34, 1970; EMMERICH, *Kartellrecht: Ein Studienbuch*, § 4, n.º m. 29 s., 2014; BOLENIUS, "Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht", en BAUMANN/DÄHN (eds.), *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, 1972, p. 19; KOHLHOFF, cit., pp. 167 y ss.

[103] LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2013, pp. 195 y ss.

[104] TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße…*, cit., p. 106; BOLENIUS, cit., p. 49; DREHER, en "Ordnungswidrigkeitenrecht statt Strafrecht im Kartellrecht – Folgerungen für Regulierung und Kontrolle der Finanzmärkte", en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK, 2011, p. 229.

[105] GERVURTZ, *University of Miami Law Review 42*, p. 366, 1987: "(…) commercial bribery is an agreement or combination that has the effect of increasing prices and depriving consumers of the advantages of free competition", p. 374: "however, usually (commercial bribery) does not produce a market impact that would be sufficient to create a monopoly"; véase también MILLS/WEISBERG, *Stanford Law Review 60*, pp. 1412 y ss., 2008, quienes señalan que la corrupción comercial puede producir incluso efectos positivos. En referencia al derecho español, en el sentido aquí defendido, GILI PASCUAL, cit., p. 74: "la tutela de este bien institucional 'competencia' existe, pero es ciertamente remota su afectación en el delito que nos ocupa, pues nada tiene que ver la figura objeto de estudio con combatir las conductas anticolusorias más importantes". En similar sentido también, cf. GONTIJO, cit., p. 180.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

realizado precedentemente, los potenciales afectados por el pacto ilícito son el principal (p. ej., la empresa y sus propietarios), de forma directa, e, *indirectamente*, *los competidores*. Más remotamente aún, se puede pensar en los intereses de los *consumidores*. Dejando de lado, por ahora, los intereses del principal, que en gran medida ya fueron abordados anteriormente en este estudio, y destacando el hecho de que, en realidad, estamos hablando de intereses, bienes o derechos *individuales*, se puede llegar sin dificultad a la conclusión de la ineptitud de la prohibición de la corrupción para la protección de competidores y consumidores:

a) De plano, ya puede descartarse un posible perjuicio patrimonial de los competidores como factor legitimador de la prohibición penal de la corrupción privada. Por regla, las meras expectativas de ganancias económicas no componen el concepto jurídico de perjuicio patrimonial.[106] La expectativa de que un competidor prevalezca sobre los demás y, por lo tanto, obtenga una ventaja financiera por medio del negocio es aún muy incierta, principalmente teniendo en cuenta la libertad de elección de la empresa contratante.[107] Tampoco se vislumbra en la corrupción privada una agresión a la libertad económica de los competidores —tal como es el caso de ciertas conductas prohibidas en el derecho antimonopólico—. Un número limitado de competidores omitidos, en el caso concreto, pierden la posibilidad de obtener un contrato (la venta de un producto o la contratación de un servicio). En rigor, sin embargo, la consecuencia de la corrupción para estos competidores consiste en no haber alcanzado un *éxito* comercial en un caso individual, nada más que esto. Los competidores no son coaccionados, no son expulsados del mercado, no son estructuralmente perjudicados.[108]

Es necesario reconocer, sin embargo, que el favorecimiento del competidor que paga un soborno puede representar la violación de las reglas del juego de la libre competencia, en otras palabras, una afectación del mandato de *fairness*,[109] según el cual vence el competidor que ofrece el mejor servicio y el mejor precio y no aquel que se sirve de métodos poco transparentes como el pago de ventajas indebidas.[110] Es cuestionable, no obstante, si el derecho penal deber ser el

[106] Por todos, HEFENDEHL, § 263 n.º m. 391, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2014.
[107] En este sentido PRAGAL, cit., pp. 113 y ss.
[108] Véase, en forma clara, GILI PASCUAL, cit., pp. 81 y ss., quien considera que el art. 286 bis, CP español tutela precisamente los intereses concretos de los competidores omitidos mediante el favorecimiento indebido de la empresa corruptora.
[109] En este sentido, DANNECKER, § 299, en KINDHÄUSER/NEEUMANN/PAEFFGEN (eds.) *Strafgesetzbuch*, 2017, n.º m. 4; CAMARGO/LIMA, *RBCC 134*, 2017, pp. 219 y ss.
[110] WIELAND, cit., p. 80; NÖCKEL, cit., pp. 188, 193 y 207.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

mecanismo adecuado para preservar esta forma de ética empresarial. El *fairness*, *per se*, no es un bien jurídico protegible por el derecho penal, al menos no de un derecho penal despojado de la noción rectora de la violación de deberes éticos y basado en la idea de protección subsidiaria de los bienes jurídicos.[111]

b) Finalmente, podrían considerarse los efectos nocivos de la corrupción privada empresarial para la comunidad, más específica e indirectamente,[112] para los consumidores, considerando que las elecciones comerciales económicamente irracionales, basadas en ventajas personales concedidas subrepticiamente, harían menos eficiente la economía y se ofrecerían a los ciudadanos productos más onerosos y de menor calidad. Precisamente esta idea o valor, comúnmente llamado "principio de la eficiencia" (*Leistungsprinzip*), durante décadas fue la base del derecho de la competencia desleal alemana (*Lauterkeitsrecht*) y de la propia prohibición penal de la corrupción empresarial.[113] Sin embargo, incluso en el derecho de la competencia donde surgió, esta idea ya es considerada obsoleta.[114] En el derecho penal, con mayor razón aún, debe ser refutada.[115] En principio, los

---

[111] ROXIN/GRECO, cit., § 2 n.º m. 49 b y ss.; cf. También BOTT/MITSCH, *KriPoZ 3*, 2016, p. 161: en referencia a la criminalización del autodopaje.

[112] No se puede ignorar que, en casos o sectores específicos, una colusión de corrupción en el sector privado puede afectar significativamente a los consumidores de las empresas o de una de las empresas involucradas. Utilizo aquí el ejemplo que me dio el Dr. Yuri Luz (MPF São Paulo), a quien agradezco enormemente: unos empleados de una empresa farmacéutica, comprometida con el desarrollo de una vacuna contra el COVID-19, reciben sobornos para adquirir insumos de peor calidad. En un caso como este, se trata, a mi juicio, de una infracción de naturaleza sanitaria, algo que afecta a los ciudadanos no en cuanto consumidores, agentes económicos, sino como titulares del derecho fundamental a la salud. El bien jurídico afectado se aproxima mucho más a un delito de corrupción específico, como la corrupción en el ámbito de la salud, existente en algunos países (p. ej., Alemania, §§ 299a, 299 StGB, aunque el tipo penal está restringido a los profesionales de la salud, de modo que quedan excluidos los agentes en el ejemplo mencionado), que a un delito general de corrupción privada o corrupción empresarial.
Con respecto a la relación entre el delito de corrupción privada y la protección de los consumidores, véanse las precisas consideraciones de GILI PASCUAL, cit., p. 87: "La auténtica razón [para la exclusión de los consumidores como parte del objeto tutelado en el delito] estriba en que las expectativas legítimas de los consumidores en la obtención de precios bajos y en una adecuada calidad de los productos no incumben realmente a esta figura. Lo primero, el interés en la existencia de precios adecuados, es un objetivo que debe conseguirse a través de la autorregulación del mercado, no del Derecho penal. Lo segundo el interés en la calidad, interesa al Derecho punitivo solo en tanto se vean afectados otros bienes como la salud, o se ocasionen determinadas pérdidas patrimoniales, para lo que ya se cuenta con tipos penales específicos".

[113] ROGALL, § 299, en WOLTER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 2019, n.º m. 7; VASILIKOU, *Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr: Wo hört die Kundenpflege auf und wo beginnt Korruption?*, 2016, p. 117; KOEPSEL, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)*, 2006, pp. 99 y ss., 177 y ss.

[114] Con referencias adicionales, GÖTTING/KAISER, *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, 2016, § 1 n.º m. 22.

[115] Cf. GILI PASCUAL, cit., p. 79, quien, en referencia al derecho español, considera el principio de eficiencia en el mercado como "objeto de ataque" del delito de corrupción privada, pero no el bien jurídico tutelado.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

actores económicos, siempre que no perjudiquen a terceros, son libres de tomar sus decisiones comerciales, es decir, por qué y para qué adquieren un producto o contratan un servicio. Las decisiones irracionales, aunque sean ineficientes desde el punto de vista económico, forman parte de la libertad económica de los agentes y de las empresas. No puede ser una función del derecho penal garantizar la racionalidad económica, el carácter técnico e imparcial de las decisiones comerciales.[116]

b. Problemas dogmáticos: la punibilidad del principal y el consentimiento

La concepción colectivista, que sirve de base a los defensores del modelo de competencia, acarrea también problemas dogmáticos concretos, relacionados con la conformación del tipo penal y a su interpretación. Si de lo que se trata es de evitar la elección o el favorecimiento de competidores con base en criterios ajenos a la pura eficiencia económica, ¿por qué castigar solo a los directivos, representantes o empleados (en definitiva: agentes) de la empresa —tal como es habitual en el derecho comparado— y no también a sus propietarios?[117] Además, si la libre competencia es un bien jurídico colectivo, ¿cuál es la relevancia del consentimiento del propietario en relación con la aceptación o la solicitud de una ventaja indebida de su empleado o directivos a cambio del favorecimiento de un socio comercial?

Ambas cuestiones son pertinentes en una concepción colectivista, centrada en la protección de la libre competencia. Sin embargo, se revelan como síntomas de una concepción equivocada o de la falta de una concepción correcta acerca del contenido de ilícito de la corrupción empresarial.

[116] En este sentido, VON TIPPELSKIRCH, *GA*, 2012, p. 579; RUSCA, cit., p. 241.
[117] LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.4.2015 – 5/12 Qs 1/15, *NStZ-RR*, p. 215, 2015; BÜRGER, *Wistra*, pp. 130 y ss., 2003; SATZGER, cit., p. 488; RÖSKE/BÖHME, *Wistra*, 2011, p. 445; KLUG, *Angestelltenbestechung: Eine strafrechtliche empirische Untersuchung zu § 299 StGB*, 2011, pp. 69 y s.; ver también VOLK, cit., p. 427.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

a) La pretendida punibilidad del principal de *lege ferenda*[118] [119] colisiona con la mencionada idea de libertad económica.[120] El empresario es básicamente libre de decidir con quién y en qué circunstancias hará negocios. El sistema jurídico no debe prohibir al principal hacer transacciones "estúpidas", p. ej., si compra el producto más caro a un proveedor porque este le ofrece un paquete turístico al Caribe.[121] Esta forma de proteger al empresario, una especial forma de paternalismo, no es apropiada en una sociedad y en un mercado libres.[122] En este sentido, ROXIN señala que la libertad contractual debe prevalecer por sobre la protección de la competencia.[123] Finalmente, en el caso del empresario, no se podría hablar de corrupción según nuestra aproximación conceptual, ya que ni siquiera existe una relación principal-agente —ni una afectación— en la hipótesis en la que el principal recibe una ventaja para realizar una transacción a su propio nombre y bajo riesgo propio.

b) El problema de la relevancia del consentimiento del principal para la punibilidad del agente fue objeto de la decisión judicial más discutida en la historia del delito de corrupción privada en Alemania, la célebre "sentencia *Korkengeld*" del Tercer Senado Penal del Tribunal Supremo del Imperio Alemán, del 14 de mayo de 1914 (RGSt 48, 291). Los hechos que fundamentan la decisión pueden ser resumidos de la siguiente manera: varios fabricantes de champán, incluidos los demandados, desarrollaron la siguiente práctica comercial: introdujeron su marca en varios restaurantes y bares y pedían a los camareros que la recomendaran a los clientes cuando surgiera la oportunidad. A cambio, los camareros recibían una determinada suma de dinero por cada corcho

---

[118] BÜRGER, cit., pp. 132 y ss.; SCHAUPENSTEINER, "Wachstumsbranche Korruption: ‚10 Gebote der Korruptionsbekämpfung'– Forderung an Gesetzgeber und Verwaltung", en BUNDESKRIMINAL-AMT (eds.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption: Vorträge anlässlich der Herbsttagung des Bundeskriminalamts vom 19. bis 21. November 2002*, p. 89 y s.; SATZGER, cit., p. 488; HÖLTKEMEIER, *Sponsoring als Straftat: Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, 2005, pp. 169 y ss.

[119] A favor ya *de lege lata* en España, OTERO GONZÁLEZ, cit., p. 13.

[120] CORSTEN, *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, 2011, p. 302; GEISLER, cit., pp. 91 y ss.; FRANCUSKI, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, 2014, pp. 487 y s.; con más referencias, RÖNNAU, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 363; de acuerdo, ROXIN, "Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr", en SAFFERLING *et. al.* (eds.), *Über allem: Menschlichkeit – Festschrift für Prof. Dieter Rössner*, 2015, p. 893; IGNOR, "Sponsoring und Korruption im geschäftlichen Verkehr", en LÜDERSSEN/VOLK/WALE (eds.), *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014*, p. 329.

[121] LESCH, cit., p. 264; RÖNNAU, StV, cit. p. 304; RÖNNAU, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 363; PIETH/ZERBES, *ZIS*, p. 620, 2016.

[122] Sobre la importancia de la libertad económica-contractual, HAYEK, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 2003, p. 378. En este sentido también NÖCKEL, cit., p. 195; LÜDERSSEN, *Entkriminaliserung…*, cit., p. 23.

[123] ROXIN, *FS Rössner* cit., p. 894. En ese sentido también GILI PASCUAL, cit., p. 68.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

entregado de una botella vendida. Todo ocurría con el conocimiento y la anuencia de sus empleadores.[124]

El Tribunal negó cualquier relevancia jurídica al consentimiento de los empleadores, con hincapié en que la prohibición tenía por objeto proteger a los competidores contra cualquier tipo de competencia desleal. Además, destacó la función educativa y reformadora de la (entonces) nueva Ley Penal sobre la Vida Económica.[125] La decisión inicialmente fue recibida sin mucha discusión en el ámbito del derecho de la competencia,[126] pero no sin algunas críticas,[127] entre aquellas una fundamental: lo que ocurre de manera transparente, bajo la supervisión de los empleadores de los agentes, no puede llamarse pago de soborno, de corrupción, de acuerdo con el uso cotidiano del lenguaje.[128] Sin embargo, la decisión fundamental del Tribunal Supremo del Imperio Alemán todavía goza de significativa aprobación en la literatura jurídico-penal (especialmente en los manuales y comentarios al código penal), aunque las críticas han aumentado en los últimos años[129] y una decisión reciente del Primer Senado Penal del BGH parece indicar una superación de este entendimiento.[130]

La posición crítica llama correctamente la atención sobre el hecho de que una conducta de un empleado de la empresa, dentro del marco de sus funciones, que cuenta con la supervisión y la aprobación del empleador, representa o equivale a un comportamiento de la propia empresa o del propio empleador. Si, como se ha visto, *per se*, el recibimiento de ventajas "extracontractuales" por parte del empleador no puede considerarse como ilícito, puesto que es el simple ejercicio de la libertad económica-contractual, lo mismo debe valer para una conducta del empleado amparada por el consentimiento del empleador.[131] Además, recordando nuevamente la estructura conceptual

[124] RGSt 48, 291 (292).
[125] RGSt 48, 291 (295).
[126] Ver las referencias en CULEMANN, *MuW*, 1935, p. 245, y HIERSEMANN, *WRP*, 1964, p. 223.
[127] LION, *MuW*, p. 488, 1931.
[128] LION, cit., p. 488; de acuerdo, HIRSCHENRÄMER, *WRP*, p. 131, 1965.
[129] ROXIN, *FS Rössner*, cit., p. 897 ya advierte la posición crítica como predominante.
[130] BGH v. 28.7.2021 – 1 StR 506/20, NJW 2021, 3606.
[131] LION, cit., p. 489; CULEMANN, cit., p. 247; HIRSCHENRÄMER, cit., pp. 131 y s.; con más referencias, RENGIER, "Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs(straf)rechts", en SIEBER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, pp. 837, 839, 845; RÖNNAU, StV, cit., p. 305; FRANCUSKI, cit., p. 490. En este sentido también, NOLTENSMEIER, *Public Private Partnership und Korruption*, 2009, pp. 253 y ss.; ROXIN, *FS Rössner,* cit., p. 898; GILI PASCUAL, cit., p. 116.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la corrupción, en una acción del agente consentida por el principal no se verifica la necesaria divergencia o afectación en la relación principal-agente.[132]

c. Teorías mixtas o diferenciadoras

Aun dentro del modelo de competencia, existen posiciones mixtas o diferenciadoras que buscan evitar las mencionadas consecuencias dogmáticas negativas de esta concepción colectivista del contenido de ilícito de la corrupción privada.

P. ej., KOEPSEL defiende un concepto subjetivo de desempeño o eficiencia (*Leistungsprinzip*) que, según él, se pretende preservar con la prohibición penal de la corrupción privada. Este concepto subjetivo tiene en cuenta no solo criterios objetivos de eficiencia económica (como precio y calidad), sino también elementos subjetivos como las preferencias individuales del contratante.[133] Con esto, la autora se aparta de la comprensión *paternalista*[134] de la doctrina dominante en el contexto del modelo de competencia. Así, una conducta del propio empresario o una conducta consentida del empleado no realizan el contenido de ilícito de la corrupción empresarial.[135] No muy distante es la posición de VON TIPPELSKIRCH, quien ve el contenido de ilícito del delito analizado "en el favorecimiento comercial como un peligro para las posibilidades de cooperación entre proveedores y clientes".[136] Según la autora, estas posibilidades de cooperación entre los socios comerciales son puestas en peligro cuando los agentes de estos socios actúan en su propio interés y no en interés del respectivo principal.[137] Evidentemente, no habría perjuicio alguno para estas posibilidades de cooperación —las cuales servirían a los intereses de la comunidad en un sistema competitivo funcional[138]— cuando las voluntades del principal y del agente estuviesen alineadas.[139] En similar sentido, en referencia al derecho español, BOLEA BARDÓN argumenta que la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que necesariamente debe lesionarse a través

[132] LION, cit., p. 488; HIRSCHENKRÄMER, *Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten*: (§ 12 UWG), 1964, p. 39.
[133] KOEPSEL, cit., pp. 99 y ss., 111.
[134] Ibíd., p. 103.
[135] Ibíd., pp. 160 y ss.
[136] VON TIPPELSKIRCH, cit., p. 583.
[137] Ibíd., p. 582.
[138] Ibíd., p. 583.
[139] Ibíd., p. 584.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre la empresa y el responsable.[140] Y agrega:

> Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) es sin más el interés protegido en este delito. Más acertado resulta entender que la protección penal solo opera (o debería operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador.[141]

Estas posiciones diferenciadoras evitan, con elegancia, los significativos problemas dogmáticos del modelo de competencia. Sin embargo, aún no fundamentan suficientemente de qué modo la corrupción privada afecta concretamente el (supuesto) bien jurídico de la libre competencia. Sobre todo, no resisten al mencionado examen de no especificidad, según el cual un bien jurídico colectivo es digno de tutela penal si su afectación no depende de la lesión a un bien jurídico individual. En este caso, la afectación de un derecho, bien o interés del principal sería condición necesaria —y probablemente suficiente— para la afectación de la libre competencia.[142]

d. Conclusión intermedia

El modelo de competencia, que se basa en la idea de protección difusa de la libre competencia, al igual que el modelo laboral es incapaz de legitimar la criminalización de la corrupción empresarial. Un problema fundamental de esta concepción reside en que pasa por alto el hecho de que la libre competencia no es un bien jurídico colectivo en sentido fuerte, susceptible de ser amenazado por la corrupción de agentes privados en el ámbito de las relaciones comerciales. De esta insuficiente concepción normativa se derivan, como hemos visto, importantes consecuencias dogmáticas negativas, especialmente la cuestión de la relevancia del consentimiento del principal.

---

[140] BOLEA BARDÓN, *InDret 3*, 2013, p. 14.

[141] Ibíd., p. 14; BOLEA BARDÓN, "El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal Español operada por la LO 1/2015, del 30 de marzo", en MARTÍN/MONTIEL/SATZGER (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, pp. 31 y ss.

[142] En este sentido, SZEBROWSKI, cit., p. 164. Véase, también crítico sobre las "teorías mixtas", RUSCA, cit., p. 244: "la deslealtad del agente y la distorsión de la competencia son hechos o factores independientes que pueden ocurrir conjunta o separadamente".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

IV. Conclusión sobre el contenido de ilícito de la corrupción privada

Se ha demostrado que ni la violación de un deber interno de lealtad ni la afectación de la libre competencia describen correctamente el contenido de ilícito *penal* de la corrupción privada. Sin embargo, ambas concepciones captan algo correcto, aunque de forma parcial e insuficiente, cada una a su manera.

El mérito de la concepción internalista es mantenerse congruente en relación con el concepto de corrupción, con su estructura fenomenológica. En efecto, los intereses inmediatamente afectados por la corrupción pertenecen al principal. Sin embargo, como se expuso, la mera lealtad del agente no constituye un interés suficientemente concreto y, por tanto, susceptible de tutela penal. Por otro lado, a pesar de la insuficiencia de su visión colectivista, la sabiduría del modelo de competencia es identificar y, lo que es más importante, restringir el contexto en el cual la corrupción privada puede adquirir relevancia jurídico penal, a saber: en las transacciones comerciales y en un ambiente de competencia.

En este trabajo se mencionó en algunas oportunidades la idea de libertad económica o libertad contractual, valor que fundamenta la vida económica moderna y el sistema de protección de la libre competencia. Uno de los aspectos fundamentales de la libertad económica, junto con la libertad de competir, es la libertad, como *consumidor* o *contratante*, de poder elegir entre diversas alternativas el producto o servicio (conforme las preferencias y necesidades individuales) más favorable.[143] En otras palabras, el empresario o la empresa debe estar en condiciones de aprovechar la multiplicidad de oportunidades de negocio que brinda un sistema de libre competencia. Sin embargo, en el contexto de estructuras económicas y empresariales cada vez más complejas, el empresario o los propietarios, o accionistas de la empresa no están en condiciones de tomar por sí solos las decisiones comerciales, de elegir el producto o servicio y el socio comercial a contratar. El ejercicio de esta facultad es, por lo tanto, delegado en un empleado, eventualmente, a un director, en definitiva, a un agente. Con esto, se constituye una típica relación principal-agente, con sus problemas intrínsecos (*hidden information*, *hidden action*, etc.). Aunque el agente tenga un margen de discrecionalidad para ejercer su función, no se le concede la misma libertad del principal para decidir, según su voluntad, sobre la adquisición de un producto o la contratación de un servicio. El agente tiene que guiarse por criterios objetivos, económicos, en la medida en que el principal no disponga lo contrario.[144] Sin

[143] Herdzina, cit., p. 13.
[144] Pies / Sass, cit., p. 344.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

embargo, al orientar su decisión por razones estrictamente personales —en el caso de la corrupción: por una ventaja personal indebida—, e impedir que el principal disfrute de las opciones comerciales que brinda un sistema de libre competencia, el agente termina por *violar su libertad económica o contractual*.[145] Por otro lado, el "cliente", el corruptor, induce o instiga esta violación de la libertad económica del principal, interviene como *autor*[146] de esa "agresión competitiva *interna* sobre la esfera de decisión del socio contractual".[147]

De la violación de su libertad económica-contractual, frecuentemente, como se mencionó con anterioridad, se deriva un perjuicio patrimonial para el principal. En este sentido, puede decirse que la corrupción empresarial privada es una *modalidad especial* del delito de infidelidad patrimonial o administración desleal.[148] Su particularidad residiría en la específica forma de agresión —la corrupción, entendida, como se ha visto, como una perturbación de la relación principal-agente condicionada a una ventaja a favor del agente y en detrimento del principal— y en el ámbito en que se produce —en transacciones comerciales y en un contexto de competencia concreta—. Habría, por lo tanto, *producción de un daño patrimonial mediante la violación de la libertad económica-competitiva del principal*. Se sabe, sin embargo, que no todo caso de corrupción empresarial acarrea un daño patrimonial directo para el principal —o que, en algunos casos, es de difícil comprobación—. Frente a este escenario, es posible concebir el delito de corrupción privada empresarial, tal como se le conoce en los ordenamientos jurídicos que lo consagran y en los documentos internacionales que lo proyectan, bajo un doble prisma: como una norma penal de protección directa de la libertad económica del principal y como una "anticipación de la tutela" de esta especial modalidad de infidelidad patrimonial, es decir, como tipo delictivo de *peligro* que protege el patrimonio. Esta

[145] CORSTEN, cit., p. 292; véase también FRANCUSKI, cit., pp. 492, 494.

[146] Dado que el contenido de ilícito de la corrupción privada se traduce, tal como en el delito de infidelidad patrimonial, en una agresión interna a la libertad económica o al patrimonio del principal, perpetrada por aquel —el agente— que tenía especial acceso al bien jurídico o especial deber de velar por este, su conducta adquiere mayor reproche que la del tercero que ofrece la ventaja. Esta conducta de ofrecimiento de la ventaja, como se expuso anteriormente, constituye estructuralmente una instigación a la corrupción (pasiva) del agente. Así, debido a que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción privada no ostenta la misma sensibilidad que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción pública, aparece, de *lege ferenda*, como una opción plausible del legislador establecer un marco sancionatorio diferente, más blando, para la corrupción privada activa, a diferencia de lo que suele ocurrir con los tipos penales de corrupción pública. Este punto me lo planteó la Prof. Beatriz CÔRREA CAMARGO, a quien gentilmente agradezco.

[147] MANSDÖRFER, cit., n.º m. 535.

[148] En este sentido, aparentemente, SOLAVAGIONE, "Algunas consideraciones sobre la regulación de la corrupción pública y privada – Un análisis desde el derecho positivo argentino y alemán", en PERALTA / RUSCA (eds.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, 2019, p. 205.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

protección "prematura" —desde el punto de vista de la estructura del delito— del patrimonio estaría justificada por las características especiales de la forma de agresión contra la propiedad (corrupción) y de su contexto (competitivo) restringido, como se ha señalado anteriormente.[149]

Sin embargo, nada impide, especialmente en países donde aún están ausentes los delitos de corrupción privada y de administración desleal, que el legislador sea más cauteloso, más conservador y construya el tipo penal de modo tal de exigir la producción de un perjuicio patrimonial (o un peligro concreto) y transformarlo en un delito de resultado —como ocurrió en el derecho italiano (cf. *supra*, III.1.a)—. Se trataría de una tipificación dotada de contornos más concretos, con límites más estrechos, ya que la norma prohibitiva exigiría la demostración de un efectivo perjuicio patrimonial para el principal como consecuencia de la corrupción del agente. Es cierto que, como se ha dicho, en algunos casos, la comprobación de un daño patrimonial resultante de la colusión corrupta sería imposible, por lo que la elección de este modelo patrimonial acarrearía algunas lagunas de punibilidad. No obstante, en un derecho penal que pretende ser subsidiario, intencionalmente fragmentario, esto no sería necesariamente un problema.

Lo que hay que retener es que la norma penal de la corrupción privada empresarial tiene que ser concebida o interpretada de forma significativamente más restringida de lo que ya se hace *de lege lata* en los países que la criminalizaron. Al fin y al cabo, tanto el patrimonio como la libertad económica, a diferencia de los bienes jurídicos como la vida, la libertad de movimiento, la autodeterminación sexual, la integridad física, etc., son bienes jurídicos "débiles", sujetos a la tutela del derecho penal solo en determinados contextos, bajo supuestos muy específicos. Son bienes jurídicos "débiles" no porque carezcan de importancia, sino porque forma parte de la vida económica y del tráfico comercial el hecho de que los individuos y las instituciones pierdan parte de su patrimonio en la búsqueda, frecuentemente arriesgada, de ganancias patrimoniales. No es de extrañar que, en torno a los delitos de estelionato y administración desleal, se desarrollara una exuberante dogmática, debido a la multiplicidad y a la complejidad de sus componentes típicos (acción fraudulenta, error, disposición patrimonial, violación del deber, perjuicio patrimonial,

[149] Con más detalles, en referencia principalmente al derecho alemán, véase TEIXEIRA, *Das Unrecht der privaten Korruption…*, cit., pp. 232 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

etc.),[150] que muestran que el patrimonio —y otros bienes jurídicos del derecho penal económico— son (y deben ser) protegidos solo contra determinadas formas de agresión.[151]

Es necesario, por lo tanto, que la corrupción privada empresarial también establezca estos supuestos específicos de legitimidad y defina, a partir del contenido de ilícito básico de este delito antes reseñado, las características y los elementos *mínimos* que debe presentar su criminalización. Eso es lo que haremos a continuación.

V. Consecuencias: elementos mínimos de un tipo penal de corrupción privada empresarial

A partir de las consideraciones desarrolladas precedentemente sobre el concepto de corrupción y el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial, podemos deducir algunos elementos o características *mínimas* que debe contener este delito —sin perjuicio de otros elementos que deben componer un tipo penal completo y que deben ser fijados por el legislador y concretados por la jurisprudencia y la doctrina—.

1. Sujeto activo

Todo delito de corrupción (pasiva) es un delito especial propio o, en la nomenclatura consagrada por ROXIN, de deber,[152] que solo puede ser practicado por agentes que actúan en representación o por delegación de un principal. En la corrupción pasiva pública, p. ej., solo los funcionarios públicos, en tanto *intranei*, pueden ser autores del delito —sin perjuicio de su responsabilidad a título de participación—. En la hipótesis que ahora nos interesa, en la corrupción *privada* pasiva, esto significa que, de plano, el principal es excluido de la lista de posibles autores del delito, contrariamente a lo que alegan los defensores del modelo de competencia. Posibles autores, *intranei*, son, por lo tanto, empleados, administradores, representantes de la institución o del principal.

[150] Cf. WOHLERS, cit., p. 226; SCHÜNEMANN, § 266, en CIRENER *et. al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB Online*, 2012, n.º m. 20.
[151] En similar sentido, ROBLES PLANAS, "Zur Dogmatik der Kriminalpolitik", en FREUND *et. al.* (eds.). *Grundlage und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 128.
[152] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, pp. 352 y ss.; ÍDEM, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, 2000, pp. 34 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Por otra parte, la corrupción privada activa, como suele suceder, es un delito común, susceptible de ser cometido por cualquier persona, sin importar la calidad de agente o de principal. Naturalmente, desde el punto de vista fáctico, la práctica del delito estará restringida a las personas físicas que actúan en representación o en interés de empresas ofertantes de productos o servicios.[153]

2. Consentimiento del principal

La deslealtad o, en otras palabras, la acción del agente opuesta a la voluntad del principal no es, contrariamente a lo que proponen los defensores del modelo laboral, condición *suficiente* para la realización del ilícito de la corrupción privada. Sin embargo, es una condición *necesaria*,[154] por oposición a lo que sostienen la mayoría de los defensores del modelo de competencia. Aunque esté motivada por intereses personales, ajenos a los del principal, la acción del agente será atípica si el principal la consiente.

3. Concepto de ventaja

El concepto de ventaja del delito de corrupción privada no se distingue, esencialmente, del concepto (amplio) utilizado en los delitos tradicionales de corrupción.[155] Esto implica también la posibilidad de que la ventaja se dirija a un tercero ("solicitar o recibir, para sí o *para otros*…"). Sin embargo, este tercero no puede ser el principal, es decir, la ventaja solicitada o recibida para la empresa o para el empresario no realiza el contenido de ilícito de la corrupción privada, ni siquiera encuadra en el concepto de corrupción.

4. Pacto ilícito

El pacto ilícito, el sinalagma entre corruptor y corrupto, es un elemento central de todo delito de corrupción, como hemos visto. No obstante, dependiendo de la modalidad de corrupción y de la decisión del legislador, el pacto ilícito puede revelarse más o menos determinado, es decir, la prestación y la contraprestación se definen más o menos concretamente. P. ej., en Alemania el delito de corrupción simple o recibimiento indebido de una ventaja (*Vorteilsannahme*, § 331, StGB)

[153] De este modo, de manera precisa, GILI PASCUAL, cit., p. 214.
[154] En este sentido, correctamente, GONTIJO, cit., p. 180, GILI PASCUAL, cit., pp. 97 y ss.
[155] De este modo, REALE JÚNIOR, cit., p. 235; GONTIJO, cit., p. 193.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

fue reformado para flexibilizar el pacto ilícito: antes se punía el recibimiento de una ventaja como contraprestación por una conducta funcional o por un acto de servicio (*Diensthandlung*); hoy, el sinalagma se sitúa entre la ventaja y el ejercicio de la función (*Dienstausübung*), lo que condujo, a juicio de algunos autores, a una ampliación indebida del ámbito del tipo penal a ser sorteada por el intérprete.[156]

En la corrupción privada, sin embargo, el pacto capaz de legitimar una imputación debe recibir una conformación muy concreta.[157] Como se dijo anteriormente, el bien jurídico tutelado por la corrupción privada no reviste la sensibilidad e importancia del bien jurídico tutelado por los delitos de corrupción pública.[158] El contenido de ilícito de la corrupción empresarial se realiza solamente cuando, como contrapartida de una ventaja indebida, el agente se compromete a favorecer a un proveedor en detrimento de otros competidores potencialmente mejores, sin conocimiento y en contra de la voluntad o de las directrices establecidas por el principal.

De ello resulta que cuando el agente, al recibir una ventaja, favorece al mejor competidor, respetando los estándares y procedimientos comerciales preestablecidos por la empresa, o al competidor previamente elegido,[159] su conducta será atípica.[160] Esta "comisión" recibida por el agente, antes o después de la contratación, puede incluso constituir una violación de las reglas internas de la empresa —de *compliance*, p. ej.—, pero no realiza el contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial.[161] Siguiendo el mismo razonamiento, también serán atípicos los pagos de ventajas en transacciones fuera de un contexto competitivo, como en los monopolios y en los casos de otorgamiento de crédito bancario (en principio, cualquier persona puede recibir un

[156] SCHÜNEMANN, *Die Unrechtsvereinbarung*…, cit., pp. 777 s.; ROXIN, Vorteilsannahme, en: Albrecht (ed.) *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 459 y s.
[157] En referencia al derecho alemán, GAEDE, § 299, ROSENAU/LEITNER (eds.), *Nomos-Kommentar Wirtschaftsstrafrecht- und Steuerstrafrecht*, 2017, n.º m. 60.
[158] En este sentido, LÜDERSSEN, *Entkriminalisierung*…, cit., p. 22.
[159] Véase el caso "Allianz-Arena München" BGH NJW 2006, pp. 3290 y ss.
[160] De este modo, para el derecho español, GILI PASCUAL, cit., p. 104.
[161] A este mismo resultado llegan HEINE/EISELE, § 299, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2019, n.º m. 19; BOLEA BARDÓN, *InDret* 3 cit., p. 18; BOLEA BARDÓN, "El delito…", cit., pp. 32 y s.; GILI PASCUAL, cit., p. 85; OTERO GONZÁLEZ, cit., p. 19.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

crédito, y siempre que cumpla con los requisitos determinados por la entidad financiera no hay competencia).[162]

5. Consumación y arrepentimiento eficaz

Finalmente, otra consecuencia del específico contenido de ilícito de la corrupción privada, significativamente diferente de la corrupción pública, se refiere al momento de la consumación del delito y de las posibilidades de desistimiento voluntario o arrepentimiento efectivo.

Como es sabido, los delitos de corrupción pública, activa y pasiva, se consuman ya con la solicitud u ofrecimiento de una ventaja indebida a un funcionario público. Esto es justificable, o al menos plausible, dada la importancia del bien jurídico protegido por los delitos de corrupción pública. Esta anticipación del momento consumativo, sin embargo, no se justifica en el caso de la corrupción privada, que afecta, como se ve, a un bien jurídico "débil".[163] La mera solicitud u oferta de una ventaja a un agente no afecta la libertad contractual-económica del principal ni su patrimonio. Es necesario, *como mínimo*, que haya aceptación de ambas partes, para perfeccionar el pacto ilícito: el pago de la ventaja y la elección de la oferta competitivamente inferior.[164]

Por lo tanto, a diferencia del delito de corrupción pública, se abre la posibilidad de castigar a título de tentativa a quien solicite u ofrezca una ventaja a cambio de favorecimiento. Por consiguiente, debe reconocerse la posibilidad de desistimiento voluntario o arrepentimiento eficaz, o incluso ampliarla, como preveía el célebre Proyecto Alternativo Alemán de 1977, en las hipótesis en que el autor revoque su oferta, devuelva la ventaja recibida o impida voluntariamente el favorecimiento indebido.[165]

VI. Conclusión general

La prohibición penal de la corrupción privada empresarial no es fácil de legitimar, en contra de lo que sugiere la verborragia de los documentos y organismos internacionales que propugnan esta

[162] GERCKE/WOLLSCHLÄGER, *Wistra*, 2008, pp. 7 y ss. Ver también RÜBENSTAHL/TEUBNER, cit., § 299, n.° m. 32.
[163] En este sentido, BOLEA BARDÓN, *InDret 3*, cit., p. 15; FRANCUSKI, cit., p. 484; MANSDÖRFER, "Zum Missbrauch des Untreuetatbestands zur Bekämpfung transnationaler Korruption – und dazu, welche wichtige Frage dabei verdeckt werden", en HOVEN/KUBICIEL (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung – Tagungen und Kolloquien*, 2016, p. 155.
[164] Asimismo, para el derecho español, BOLEA BARDÓN, *InDret 3*, cit., p. 18. En sentido similar, GONTIJO, cit., pp. 194, 199.
[165] LAMPE *et. al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977, § 176 Abs. 3, p. 37. En esa dirección, véase también, GORIUS, cit., p. 164.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

criminalización. La feroz disputa entre los conocidos, y aparentemente antagónicos, modelos de criminalización (laboral, patrimonial y de competencia) constituye solo un indicio de ello. Esta revela, especialmente, la dificultad de describir o atribuir el contenido de ilícito capaz de sustentar una criminalización legítima. Los inconvenientes surgen no solo en este plano más abstracto, fundamental, sino también, no por casualidad, en cuestiones dogmáticas muy concretas.

El contenido de ilícito de la corrupción privada empresarial no se identifica ni con la lesión (ni siquiera con el peligro de lesión) de bienes jurídicos o intereses colectivos, como la libre competencia, ni con la frustración del interés individual de la lealtad del agente al principal. Tal como ya anuncia el concepto de corrupción, lo que se afecta, de manera jurídicamente relevante, con la transacción corrupta entre particulares en una relación comercial es un bien o derecho del principal, pero dotado de mayor especificidad: su libertad económica-contractual o competitiva. Este contenido de ilícito no solo proporciona una razón *prima facie* (no absoluta, por tanto) para la legítima criminalización de la corrupción privada empresarial, sino que al mismo tiempo señala sus límites, que deben manifestarse de manera concreta en la construcción del tipo penal y su interpretación. Si bien la faceta final de un posible tipo penal de corrupción privada solo puede ser dada por el legislador, interpretada por la ciencia y concretizada por la jurisprudencia, a partir del contenido ilícito delineado, ya es posible establecer parámetros mínimos relativos al círculo de autores del delito (sujeto activo), al pacto ilícito, a la relevancia del consentimiento, al concepto de ventaja y a las reglas de consumación, tentativa y desistimiento voluntario / arrepentimiento efectivo. No por casualidad será posible percibir que muchos de estos elementos, comunes a los delitos de corrupción pública, tendrán conformaciones o contenidos significativamente distintos en el delito de corrupción privada, lo que refuerza la incorrección de la idea de un delito general de corrupción.

VII. Bibliografía

ACKERMANN, Jürg-Beat / BAUMANN, Laura, "Bestechung Privater", en GROPP, Walter / HECKER, Bernd / KREUZER, Arthur / RINGELMANN, Cristoph / WITTECK, Lars / WOLFSLAST, Gabriele (eds.), *Strafrecht als Ultima Ratio: Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016.

ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs - Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ALTENBURG, Johannes, "Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung der Korruption – Darstellung und Kritik", en *CB*, 2015, pp. 143-147.

—, *Die Unlauterkeit in § 299 StGB: Ein Beitrag zur Harmonisierung von Strafrecht und Wettbewerbsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2012.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

ANDVIG, Jens, "Corruption in China and Russia compared: different legacies of central planning", en ROSE-ACKERMAN, Susan (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006.

ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, Múnich, Beck, 2005.

BADARÓ, Tatiana, *Bem jurídico penal supraindividual*, Belo Horizonte, D'Plácido, 2016.

BALTAZAR JR., José Paulo, *Crimes federais*, 11.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

BAUMANN, Jürgen / ARZT, Günther, "Kartellrecht und allgemeines Strafrecht – Mögliche Beiträge des allgemeinen Strafrechts zur Bekämpfung der Ausnutzung marktbeherrschender Position", en *ZHW*, 1970, pp. 24-52.

BEATER, Axel, *Unlauterer Wettbewerb*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

BIDINO, Claudio, "O problema específico da corrupção no setor privado", en SANTOS, Claudia / BIDINO, Claudio / DE MELO, Débora Thaís (eds.), *A corrupção: reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 203-256.

BOLEA BARDÓN, Carolina, "El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes", en *InDret*, n.º 2, 2013, pp. 1-30.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

—, "El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal Español operada por lo 1/2015, de 30 de marzo", en GÓMEZ MARTÍN, Víctor / MONTIEL, Juan Pablo / SATZGER, Helmut (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 25-34.

BOLENIUS, Michael, "Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht", en BAUMANN, Jürgen / DÄHN, Gerd (eds.), *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1972.

BOLES, Jeffrey, "The two faces of bribery: International corruption pathways meet conflicting legislative regimes", en *Michigan Journal of International Law,* vol. 35*,* 2014, pp. 673-713.

—, "Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform" en *American Business Law Journal,* vol. 51, 2014, pp. 119-174.

BOTT, Ingo / MITSCH, Wolfgang, "Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings – Eine Analyse", en *KriPoZ*, n.º 3, 2016, pp. 159-169.

BOTTKE, Wilfrid, "Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibung", en SCHÜNEMANN, Bernd / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Heymann, 1994.

BRASILEIRO, Renato, *Legislação criminal especial comentada*, 4.ª ed., Salvador, JusPODIUM, 2016.

BUNTE, Hermann-Josef / STANCKE, Fabian, *Kartellrecht – mit Vergaberecht und Beihilfenrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*, 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

BÜLTE, Jens, "Corrupción en el sector privado y el llamado 'modelo del dueño del negocio'", en GÓMEZ MARTÍN, Víctor / MONTIEL, Juan Pablo / SATZGER, Helmut (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

BÜRGER, Sebastian, "§ 299 StGB – eine Straftat gegen den Wettbewerb?", en *Wistra*, 2003, pp. 130-136.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de / LIMA, Vinicius de Melo, "Sobre a criminalização da corrupção privada e a tutela de Direitos Humanos e Fundamentais", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134, 2017, pp. 219-268.

CHAVES, Anna Cecilia Santos, "A corrupção privada no Brasil", en *Revista Jurídica EMSP-SP*, vol. 4, 2013, pp. 231-260.

CARSON, Thomas, "Bribery, Extorsion, and the 'The Foreign Corrupt Practices Act'", en *Philosophy & Public Affairs,* vol. 14, 1985, pp. 66-90.

CREMER, Georg, *Korruption begrenzen – Praxisfeld Entwicklungspolitik*, 2.ª ed., Freiburg, Lambertus, 2008.

CORSTEN, Johannes, *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

CULEMANN, Hans, "Verschleierte oder ‚entschleierte' Schmiergelder?", en *MuW*, 1935, pp. 245-247.

D'ANDRADE, Kendall, "Bribery", en *Journal of Business Ethics*, vol. 4, n.º 4, 1985, pp. 239-248.

DANLEY, John, "Toward a Theory of Bribery", en *Business & Professional Ethics Journal,* vol. 2, n.º 3, 1983, pp. 19-39.

DANNECKER, Gerhard, "§ 299", en KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Strafgesetzbuch*. 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

DÖLLING, Dieter, *Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag*, Múnich, CH. Beck, 1996.

DREHER, Meinrad, "Ordnungswidrigkeitenrecht statt Strafrecht im Kartellrecht – Folgerungen für Regulierung und Kontrolle der Finanzmärkte", en KEMPF, Eberhard / LÜDERSSEN, Klaus / VOLK, Klaus (eds.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, Berlín, De Gruyter, 2011.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*, Navarra, Lex Nova, 2016.

EMMERICH, Volker, *Kartellrecht: Ein Studienbuch*, 10.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu, "Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico", en *Revista Liberdades*, vol. 15, 2014, pp. 140-177.

FISMAN, Ray / GATTI, Roberta, "Bargaining for bribes: the role of institutions" en ROSE-ACKERMAN, Susan (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006.

FRANCUSKI, Ramona, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

GAEDE, Karsten, "§ 299", en ROSENAU, Henning / LEITNER, Werner (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht- und Steuerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

—, "Die Zukunft europäisierten Wirtschaftskorruption gemäß § 299 StGB: Eine Evaluation des Referentenentwurfs des BMJ vom 13.6.2014", en *NZWiSt*, 2014, pp. 281-290.

GEERDS, Detlev, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1990.

GEISLER, Nicole, *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*, Berlín, Duncker&Humblot, 2013.

GERCKE, Björn / WOLLSCHLÄGER, Sebastian, "Das Wettbewerbserfordernis i.S.d § 299 StGB – zugleich Besprechung der ‚Allianz-Arena-Entscheidung' des BGH vom 9.8.2006 (1 StR 50/06)", en *Wistra*, vol. 1, 2008, pp. 5-10.

GERVUTZ, Franklin, "Rethinking Corruption: An Introduction to a Symposium and a Few Additional Thoughts", en *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2007, pp. 237-242.

—, "Commercial Bribery and the Sherman Act: The Case for Per Se Illegality", en *University of Miami Law Review,* vol. 42, 1987, pp. 365-400.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

GIL NOBAJAS, Maria Soledad, "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia" en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 576-624.

GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2017.

GONTIJO, Conrado de Almeida Corrêa, *O crime de corrupção no setor privado*, São Paulo, LiberArs, 2016.

GORIUS, Michaela, *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB: eine Untersuchung de lege lata et ferenda unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Norm und der Strafbarkeit von Organen der Kapital- und PersonengesellschaftenStrafbarkeit*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2015.

GÖTTING, Horst-Peter / KAISER, Helmut (eds.),*Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

GRECO, Luís, "Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischer) Akzsesorietät", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2019, pp. 684-704.

—, "Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?", en HEINRICH, Manfred / JÄGER. Christian / SCHÜNEMANN, Bernd (eds.), *Festschrift für Claus Roxin um 80. Geburtstag*, Berlín, De Gruyter, 2011, pp. 199-214.

GRECO, Luis / TEIXEIRA, Adriano, "Aproximação a uma teoria da corrupção", en LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano (orgs.), *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2017.

GREEN, Stuart, "Official and commercial bribery: Should they be distinguished?" en HORDER / ALLDRIFGE (eds.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 39-65.

—, *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

GROENENDIJK, Nico, "A principal-agent model of corruption", en *Crime, Law & Social Change,* vol. 27, 1997, pp. 207-229.

HASSEMER, Winfried, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en SCHOLLER, Heinrich / PHILIPPS, Lothar / FROMMEL, Monika (orgs.), *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker u. Müller, 1989, pp. 85-94.

HAYEK, Friedrich, *Recht, Gesetz und Freiheit*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003.

HEFENDEHL, Roland, "§ 263", en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (orgs.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Múnich, C.H Beck, 2014.

—, "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", en HEFENDEHL / VON HIRSCH / WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 119-132.

—, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Heymann, 2002.

HEINE, Günter / EISELE, Jörg, "§ 299", en SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst (orgs.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., Múnich, C.H Beck, 2019.

HELLMAN, Deborah, "Understanding Bribery", en ALEXANDER, Larry / FERZAN, Kimberly Kessler (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 147-163.

HERDZINA, Klaus, *Wettbewerbspolitik*, 5.ª ed. Stuttgart, Fischer, 1999.

HEUKING, Christian / VON COELLN, Sibylle, "Die Neuregelung des § 299 StGB – Das Geschäftsherrenmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?", en *BB*, 2016, pp. 323-332.

HIERSEMANN, Walter, "Verkäuferprämien", en *WRP*, 1964, pp. 222-224.

HIRSCHENKRÄMER, Klaus, "Fallen ‚entschleierte Schmiergelder' unter § 12 UWG?", en *WRP*, 1965, pp. 130-133.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

—, *Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten: (§ 12 UWG)*, Múnich, C. Schön, 1964.

HOPPMANN, Erich, *Wirtschaftsordnungund und Wettbewerb*, Baden-Baden, Nomos, 1988.

HÖRNLE, Tatjana, *Grob anstößiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

HOVEN, Elisa, "Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", en *NStZ,* 2016, pp. 553-561.

HÖLTKEMEIER, Kai, *Sponsoring als Straftat: Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, Berlín, Duncker&Humblot, 2005.

IGNOR, Alexander, "Sponsoring und Korruption im geschäftlichen Verkehr", en LÜDERSSEN, Klaus / VOLK, Klaus / WAHLE, Eberhard (eds.), *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 329-338.

JAQUES, Henning, *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, Frankfurt am Main, Lang,1996.

JOST, Peter-J, (ed.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 2001.

KAIAFA-GBANDI, Maria, "Punishing Corruption in the Public and the Private Sector: The Legal Framework of the European Union in the International Scene and the Greek Legal Order", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* vol 18, 2010, pp. 139-183.

KINDHÄUSER, Urs, en "Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft", en *ZIS*, 2011, pp. 461-469.

KLEINE, Andreas, *Entscheidungstheoretische Aspekte der Principal-Agent-Theorie*, Heidelberg, Physica, 1996.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

KLITGAARD, Robert, *Controlling Corruption*, Berkley, University of California, 1988.

KLUG, Boris, *Angestelltenbestechung: Eine strafrechtliche empirische Untersuchung zu § 299 StGB*, Hamburgo, Dr. Kovac, 2011.

Koepsel, Anne, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)*, Gotinga, V&R unipress, 2006.

KOHLHOFF, Christian, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe. Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht - zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.

KUHLEN, Lothar, "Umweltstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", en *ZStW*, vol. 105, n.º 4, 1993, pp. 697-726.

LAMPE, Ernst-Joachim, et. al., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tubinga, Mohr Siebrek, 1977.

LAUFER, Daniel, "Corrupção e direito penal: algumas linhas sobre a corrupção no setor privado à luz da legislação brasileira", en IDEM (coord.), EFING, Ana Carla et. al. (colaboradores), *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 153-184.

LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano, "O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial", en *Revista Brasileira do Instituto de Direito Penal Econômico*, n.º 1, 2017, pp. 15-58.

LESCH, Heiko, "Anwaltliche Akquisition, zwischen Sozialadäquanz, Vorteilsgewährung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", en *AnwBL*, n.º 5, 2003, pp. 261-266.

LION, E., "Entschleierte Schmiergelder?", en *MuW*, 1931, pp. 488-490.

LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 6.ª ed., Frankfurt am Main, Suhkamp, 2013.

LÜDERSSEN, Klaus, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts III*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

—, "Ein Prokrustes Bett für ungleiche Zwinllinge: Angestelltenbestechung und Submissionsabsprachen, vereinigt in einem neuen Abschnitt des Strafgesetzbuchs: ‚Straftat gegen den Wettbewerb'", en *BB*, 1996, pp. 2525-2530.

MAKINWA, Abiola, *Private remedies for corruption: towards an international framework*, La Haya, Eleven, 2013.

MANSDÖRFER, Marco, "Zum Missbrauch des Untreuetatbestands zur Bekämpfung transnationaler Korruption – und dazu, welche wichtige Frage dabei verdeckt werden", en HOVEL, Elisa / KUBICIEL, Michael (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung – Tagungen und Kolloquien*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 147-164.

—, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts – zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln*, Heidelberg, Müller, 2011.

MEYER, Olaf, *Korruption im Vertrag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.

—, "Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience", en ÍDEM (ed.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 145-164.

MILLS, David / WEISBERG, Robert, "Corrupting the Harm Requirement in White Collar Crime", en *Stanford Law Review,* vol. 60, 2008, pp. 1371-1446.

MILITELLO, Vincenzo, "Vorteilsgewährung und Korruption unter Privaten in Italien", en ZÖLLER, Mark / HILGER, Hans / KÜPER, Wilfried / ROXIN, Claus (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, Duncker&Humblot, 2019, pp. 1401-1414.

NOLTENSMEIER, Silke, *Public Private Partnership und Korruption*, Berlín, Duncker&Humblot, 2009.

OEHLRICH, Marcus, *Organisation – Organisationsgestaltung, Prinzipal-Agent-Theorie und Wandel von Organisationen*, Múnich, Franz Vahlen, 2016.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, "La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada", en *InDret*, n.º 4, 2019, pp. 1-42.

PASSARGE, Malte, "Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung zur Korruptionsbekämpfung", en *DStR*, 2016, pp. 482-498.

PHILIPS, Michael, "Bribery", en *Ethics*, vol. 94, 1984, pp. 621-636.

PIES, Ingo / SASS, Peter, "Korruptionsprävention als Ordnungsproblem – Wirtschaftsethische Perspektiven für Corporate Citizenship als Integritätsmanagement", en *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 57, 2006, pp. 341-369.

PIETH, Mark, "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", *ZStW*, vol. 109, n.º 4, 1997, pp. 756-776.

PIETH, Mark / ZERBES, Ingeborg, "Sportverbände und Bestechung: Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?", en *ZIS*, 2016, pp. 619-625.

PIOLETTI, Ugo, "Grundproblematik der Korruptionstatbestände aus rechtsvergleichender Sicht – zur Rechtslage in Deutschland und in Italien – und zum Verhältnis von Recht und Moral im Spiegel der Korruptionsdelikte", en *NZWiSt*, 2016, pp. 249-259.

PRAGAL, Oliver, *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB: Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag*, Köln, Heymann, 2006.

—, "§ 299 – keine Straftat gegen den Wettbewerb!", en *ZIS*, 2006, pp. 63-81.

PRATT, John / ZECKHAUSER, Richard, *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, Harvard Business School Press, 1991.

QUANDT, Gustavo, "O crime de corrupção e a compra de boas relações", en LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano (orgs.), *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, Río de Janeiro, FGV Editora, 2017, pp. 53-76.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Reale Júnior, Miguel, "Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal", en Reale, Miguel / Reale Júnior, Miguel / Reale Ferrari, Eduardo (coords.), *Experiências do Direito*, Campinas, Millennium, 2004, pp. 229-252.

Rengier, Rudolf, "Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs(straf)rechts", en Sieber, Ulrich et. al. (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, Heymann, 2008, pp. 837-849.

Robles Planas, Ricardo, "Zur Dogmatik der Kriminalpolitik", en Freund, Georg / Murmann, Uwe / Bloy, René / Perron, Walter (eds.), *Grundlage und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín, Dunker & Humblot, 2013, pp. 115-132.

Rogall, Klaus, "§ 299", en Wolter, Jürgen (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9.ª ed., Köln, Carl Heymanns, 2019, pp. 1-86.

Rönnau, Thomas, "Alte und neue Probleme bei § 299 StGB", en *StV*, 2009, pp. 302-308.

Rose-Ackermann, Susan / Palifka, Bonnie J., *Corruption and Government – Causes, Consequences and Reform*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Roxin, Claus, "Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr", en Safferling, Christoph / Brettel, Hauke / Freund, Georg et. al. (eds.), *Über allem: Menschlichkeit – Festschrift für Prof. Dieter Rössner*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 892-909.

—, "Vorteilsannahme", en Albrecht, Peter-Alexis et. al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlín, Berliner Wissenschaftsverlag, 2015, pp. 459-477.

—, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2015.

—, *Política criminal e sistema jurídico-penal* (Trad. Luís Greco), Río de Janeiro, Renovar, 2000.

Roxin, Claus / Greco, Luís, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, tomo I, 5.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2020.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

RÖSKE, Marcus / BÖHME, Verden, "Der vermeintliche Betriebsinhaber als taugliche Täter i.S.d. § 299 StGB", en *Wistra*, 2011, pp. 445-447.

RUSCA, Bruno, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

—, "Es la libre competencial comercial um bien jurídico colectivo que merezca proteción penal?", en PERALTA, Milton (dir.) / RUSCA, Bruno (codir.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, Córdoba, Alveroni, 2019, pp. 227-241.

SALIGER, Frank, "Das Unrecht der Korruption", en ALBRECHT, Peter-Alexis et. al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlín, Berliner Wiss., 2015, pp. 493-498.

SANSEVERINO, Enrico Rilho, *O crime de corrupção entre particulares: análise em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados*, São Paulo, LiberArs, 2019.

SATZGER, Helmut, "Bestechungsdelikte und Sponsoring", en *ZStW*, vol. 115, n.º 3, 2003, pp. 469-500.

SCHAUPENSTEINER, Wolfgang, "Wachstumsbranche Korruption: ‚10 Gebote der Korruptionsbekämpfung'– Forderung an Gesetzgeber und Verwaltung", en BUNDESKRIMINALAMT (ed.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption: Vorträge anlässlich der Herbsttagung des Bundeskriminalamts vom 19. bis 21. November 2002*, Neuwied, Luchterhand, 2002, pp. 73-109.

SCHMIDT, Ingo / HAUCAP, Justus, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung*, 9.ª ed., Múnich, Oldenbourg, 2013.

SCHRÖDER-FRERKES, Alexander, "Der neue § 299 StGB – Anmerkungen und Ausblick", en ALBRECHT, Heiko / DANN, Matthias / WESSING, Helga / FRISTER, Helmut / Bock, Denis (eds.), *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2015, pp. 295-310.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Bestrafung der Auslandsbestechung – eine strafrechtsimperialistische Torheit?", en HOVEN, Elisa / KUBICIEL, Michael (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung - Tagungen und Kolloquien*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 25-43.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

—, "Bekämpfung der Korruption", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 48, n.º 3, 2015, pp. 68-71.

—, "§ 266", en CIRENER, Gabriele / LAUFHÜTTE, Heinrich-Wilhelm / RADTKE, Henning et. al. (eds), *Leipziger Kommentar StGB Online*, 12.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2012.

—, "Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat", en HELLMANN, Uwe / SCHRÖDER, Christian (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Múnich, C.F. Müller, 2011, pp. 509-526.

—, "Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG", en DANNECKER, Gerhard / LANGER, Winrich / RANFT, Otfried / SCHMITZ, Roland / BRAMMSEN, Joerg (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln, Heymann, 2007, pp. 777-798.

—, "Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat", en VON HIRSCH, Andrew / SEELMANN, Kurt / WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 18-35.

—, "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", en HEFENDEHL, Roland / VON HIRSCH, Andrew / WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

SEARLE, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

SOLAVAGIONE, Lucía, "Algunas consideraciones sobre la regulación de la corrupción pública y privada – Un análisis desde el derecho positivo argentino y alemán", en PERALTA, Milton (dir.) / RUSCA, Bruno (codir.), *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, 2019, pp. 191-205.

SPRAFKE, Jan, *Korruption, Strafrecht und Compliance – Untersuchung und Reformvorschläge zu § 299 StGB*, Berlín, Logos, 2010.

STÄCHELIN, Gregor, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlín, Duncker&Humblot, 1998.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

STRUEBING, Jake Elijah, "Federal Criminal Law and International Corruption: An Appraisal of the FIFA Prosecution", en *New Criminal Law Review*, vol. 21, 2018, pp. 1-56.

SZEBROWSKI, Nickel, *Kick-Back*, Köln, Heymanns, 2005.

TEIXEIRA, Adriano, *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr*, Múnich, Nomos, 2018.

—, "O que é terrorismo? Aproximação a um conceito de ato terrorista", en *Revista de Estudos Criminais*, n. º 76, 2020, pp. 99-125, 2020.

TEIXEIRA, Adriano / LEITE, Alaor / GRECO, Luis, "A amplitude do tipo penal da corrupção passiva. Comentários ao REsp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça", en *JOTA,* 2018.

TIEDEMANN, Klaus, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Köln, Heymann, 1976.

—, *Wettbewerb und Strafrecht*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1976.

TUOMELA, Raimo, *Social ontology: collective intentionality and group agents*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

VASILIKOU, Thea, *Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr: Wo hört die Kundenpflege auf und wo beginnt Korruption?*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

VOGEL, Joachim, "Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht", en HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric / MITSCH, Wolfgang / STERNBERG-LIEBEN, Detlev (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseking, 2004, pp. 395-411.

VOLK, Klaus, "Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung", en GÖSSEL, Karl Heinz / TRIFFTERER, Otto (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, Müller, 1999, pp. 419-431.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

VON TIPPELSKIRCH, Maria, "Schutz des Wettbewerbs vor Korruption: Überlegung zu Rechtsgut und Auslegung von § 299 StGB", en *Goltdammer's Archiv*, 2012, pp. 574-588.

VORMBAUM, Thomas, "Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB", en HOYER, Andreas / MÜLLER, Henning Ernst / PAWLIK, Michael / WOLTER, Jürgen (eds.), *Festchrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller. 2006, pp. 649-660.

WALTHER, Felix, "Anmerkung zur geplanten Neufassung von § 299 StGB", en *NZWiSt*, 2015, pp. 255-258.

—, "Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht", Freiburg i. Br., Centaurus, 2011.

WEBER, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, *Berliner Ausgabe*, 4.ª ed., Tubinga, C.B. Mohr, 2016.

WIELAND, Josef, "Korruptionsprävention durch Selbstbindung?", en ARNOLD, Volker / BUCHHOLZ, Wolfgang / HOMANN, Karl (eds.), *Wirtschaftsethische Perspektiven VI*, Berlín, Duncker&Humblot, 2002, pp. 77-97.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfur am Main, Suhrkamp, 1984 (reimpreso 2006).

WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlín, Duncker&Humblot, 2000.

WOLF, Dieter, "Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und das Recht gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) – ein Vergleich", en *WRP*, 1995, pp. 543-546.

WOLFRAM, Frank / PEUKERT, Matthias, "Auswirkungen des ‚neuen' § 299 StGB auf die Compliance-Praxis", en *NZWiSt*, 2017, pp. 208-212.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

WOLLSCHLÄGER, Sebastian, *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, Heidelberg, C.F. Müller, 2009.

WUNDERLICH, Alexandre, en REALE JÚNIOR, Miguel (coord.), *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2017.

ZIMMERMANN, Till, "Korruption und Gubernation", en *ZStW*, vol. 124, n.º 4, 2012, pp. 1023-1063.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VII, número 14, pp. 78-97.

Persona jurídica y sujeto penal: objeciones desde el individualismo

Ignacio Gómez Perdiguero (UNC)*

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2022
Fecha de aceptación: 17 de mayo de 2022

Resumen

En este trabajo se analiza una teoría de la dogmática penal con la cual se define a una persona jurídica como sujeto penal; es decir, cuando se forma una entidad distinta de sus miembros, esta puede ser castigada penalmente como tal. De forma generalizada, se argumenta que una empresa es un sistema organizacional y, en efecto, un sujeto penal distinto de los individuos que la componen. Tras el desarrollo de esta investigación se evidencian los problemas conceptuales de sostener la idea de que una persona jurídica es una entidad diversa de los individuos. Principalmente, se afirman ciertos problemas para diferenciar entre los miembros de una empresa y este otro sujeto colectivo como tal. En la conclusión, se considera que este enfoque sistémico de la persona jurídica debe ser abandonado y, en su lugar, aplicar el individualismo metodológico para interpretar a esta entidad jurídica en el derecho penal. Esto implica, con otras palabras, que se debe interpretar a una persona jurídica a través de las acciones de los individuos que la componen.

Palabras claves: sujeto – persona jurídica – agente – sistema – método

Title: Legal Person and Criminal Subject: Objections Arising from Individualism.

Abstract

This paper analyses a criminal law theory which defines a legal person as a criminal subject, *i.e.* when an entity that is distinct from its members is formed, it can be criminally punished as such. In general, it is argued that a company is an organizational system and, in effect, a criminal subject different from the individuals that compose it. The conceptual problems of sustaining the idea that a legal person is an entity different from individuals become evident. Mainly, we affirm that this 'systemic' theory leads to differentiation problems. We conclude that we should abandon this criminal law approach and instead apply methodological individualism to interpret a legal person in

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

criminal law. This implies that a legal entity should be interpreted through the actions of the individuals who compose it.

Keywords: subject – legal person – agent – system – method

Sumario: I. Introducción; II. El sistema organizativo y el sujeto penal; 1. El enfoque sistémico; 2. Persona jurídica y sujeto penal; III. Objeciones; 1. Falacia de la división; 2. Falacia del equívoco; 3. Falacia antropomórfica; IV. Conclusiones; V. Bibliografía

I. Introducción

En la dogmática penal, algunos autores defienden una teoría importante con la cual se sostiene que una persona jurídica (PJ) es un sujeto penal independiente y no se relaciona de manera alguna con los individuos que la componen.[1] A partir del conocido enfoque sistémico, se desarrolla un argumento con el cual se define a una PJ como sistema organizacional y, en efecto, los autores la consideran de tal modo sujeto penal. Esto último, según se entiende, es lo relevante en el ámbito penal económico porque los individuos no cargan con la responsabilidad penal por sus actos dentro de una empresa,[2] sino, más bien, el responsable es una organización estructural empresarial. Dado este enfoque, los autores han empezado a adoptar algunas nociones como "responsabilidad estructural", "organización defectuosa" o "culpabilidad empresarial" que son novedosas en la teoría del delito. Estas nuevas nociones traen consecuencias jurídicas relevantes: como se ha dicho, ninguno de los individuos carga con la responsabilidad penal,[3] sino, más bien, la culpable es la

*Doctorando en Derecho (UNC). Becario doctoral (INDES/ CONICET/DAAD/ALEARG). Agradezco los comentarios del Prof. Luís Greco en la Universidad Humboldt de Berlín (HU). La revisión final es de Carolina Dupraz. Correo electrónico personal: ignacio.gomez.perdiguero@gmail.com.

[1] Para un resumen de la discusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, véase BÜRGER, "Unternehmen als Täter", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 130, n.º 3, 2018, pp. 704-744; CIGÜELA SOLA / ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución", en SILVA SÁNCHEZ / ROBLES PLANAS (coords.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 27-46.

[2] En la doctrina norteamericana, véanse ejemplos de conductas atribuidas a las corporaciones comerciales en GREEN, *Lying, cheating and stealing*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 249; SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco* (trad. Rosa DEL OLMO), Madrid, Piqueta, 1999, p. 201.

[3] Contrariamente, en el caso conocido de *Lava Jato* de Brasil, los que fueron condenados son los individuos que integraban empresas, véase en ESTELLITA, "Responsabilidad por omisión de los miembros de Consejos de Administración", en *En Letra Derecho Penal*, año IV, n.º 7, pp. 78-109.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

organización estructural defectuosa. Por esa razón, el objeto de este trabajo es presentar una serie de objeciones lógico-conceptuales contra una idea central del enfoque sistémico. En otras palabras, se investiga si se puede independizar a una PJ como sujeto penal de los individuos que la integran.

En el objeto de este trabajo, no se trata de defender por qué se debe interpretar a una PJ desde las acciones de los individuos en el derecho penal, sino, más bien, se intenta identificar cuáles son las razones conceptuales contra la idea de sostener a una PJ como agente penal. Para este fin, se parte del presupuesto metodológico individualista; esto significa que, a partir de este enfoque, se explica a una PJ desde las acciones de los individuos,[4] porque este punto de vista es coherente con los principios penales más fundamentales: culpabilidad, personalidad de la pena para cada culpable y las debidas garantías constitucionales como defensa en juicio de cada acusado.[5] Entiéndase que, a partir de este método —*el individualismo*—, se considera que cualquier instituto del derecho penal, en principio, es explicable por los conocimientos, las creencias o las acciones de las personas. Entonces, solo las razones conceptuales se exploran contra la idea de una PJ como sujeto penal, ya previstas en la doctrina penal,[6] solamente que aquí se las agrupará de forma esquemática.[7]

La estructura de este trabajo es la siguiente: primero, se presentará el enfoque sistémico penal, entonces, se empezará con una definición de sistema organizativo y, luego, se hará referencia a cómo se entiende a una PJ no solo como tal sistema, sino también como sujeto penal. Segundo, se

[4] ROXIN / GRECO expresan en esa línea: "Así, el concepto de acción se basa implícitamente en un reconocimiento del derecho penal del hecho, que es al mismo tiempo un reconocimiento de la autonomía y la esfera privada, de la función de garantía de la ley penal, de la limitación del poder estatal; es decir, un reconocimiento de las razones que hablan a favor de un derecho penal del hecho y en contra de un derecho penal de autor". ROXIN / GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Múnich, C.H. Beck, 2020, p. 353.

[5] En esa línea, véase SCHÜNEMANN, "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 1, 2014, pp. 1-10; GRECO, "Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 9, 2015, pp. 503-516; ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el derecho penal económico", en SILVA SÁNCHEZ / MIRÓ LINARES (eds.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, La ley, 2013, pp. 463-499.

[6] Véanse objeciones contra la persona jurídica como sujeto penal en MIR PUIG, *Derecho penal,* Barcelona, Reppertor, 2016, p. 201; PASTOR MUÑOZ, "¿Organizaciones culpables?", en *Indret*, n.º 2, abril 2006, pp. 1-16; SEELMANN, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2002, p. 10.

[7] Con respecto a las objeciones lógico-conceptuales, que son las que se utilizan en la literatura filosófica de la agencia y la acción colectiva, véase THOMPSON, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 65-66; PETTIT / LIST, *Group Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2011; LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds,* Chicago, The University of Chicago Press, 2008; FRENCH, "The Corporation as a Moral Person", en *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, n.º 3, 1979, pp. 207-215; NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, Berlín, Suhrkamp Verlarg, 2011, p. 33.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

presentarán las objeciones contra una idea en particular: cómo puede ser cierto que una PJ sea una entidad diferente de los individuos que la componen. Al finalizar este trabajo, se llega a la conclusión de que la idea de concebir a una PJ como sujeto penal debe ser abandonada[8] y, en efecto, debe interpretarse a una PJ a partir de las acciones de los individuos.[9]

II. El sistema organizativo y el sujeto penal

1. El enfoque sistémico

Un sector de la doctrina jurídico-penal considera que una PJ es un sujeto penal. A partir del enfoque sistémico, se parte de un diagnóstico que considera que el fenómeno de la empresa[10] no es el mismo que el de un individuo,[11] puesto que escapa a la red conceptual que usualmente los juristas utilizan para referirse al sujeto, a la responsabilidad y la acción en el derecho penal.[12] Con otras palabras, los juristas definen a una PJ[13] a través de la teoría de los sistemas como sujeto penal, y afirman enfáticamente que es algo diferente de los individuos que la componen.[14] Para ese objetivo, los autores definen a un sujeto penal a través de una noción de sistema y, de este modo, "el concepto

[8] En Estados Unidos, p. ej., se responsabiliza penalmente a las empresas. Para un resumen, véase BEALE, "Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 126, n.º 1, 2014, pp. 27-54. Véase COFFEE JR., *Corporate crime and Punishment*, Oakland, Berret-Koehler Publisher, 2020, pp. 141 ss.

[9] Una persona jurídica concebida como "un conjunto de individuos que actúa con base en normas" no es una idea original; véase HART, *Derecho y Moral* (trad. Genaro CARRIÓ), Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 100; NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 407.

[10] Se utilizan los términos *empresa* y *persona jurídica* como sinónimos, porque esto no afecta el objeto de discusión. Aunque podrían existir ejemplos problemáticos, véase: VAN WEEZEL, "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Polit. crim.*, vol. 5, n.º 9, julio de 2010, art. 3, p. 119.

[11] TIEDEMANN, "Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*), n.º 19, 1988, pp. 1169-1175.

[12] SÁNCHEZ OSTIZ, "La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción", en *La Ley: Compliance penal,* n.º 3, octubre – diciembre de 2020, pp. 1-17.

[13] GÓMEZ-JARA, "Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 119, n.º 2, 2007, p. 312; DANNECKER, "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Penal*, n.º 7, 2001, pp. 40-54, p. 45.

[14] En Chile, la Ley 20.393 en el art 1.º y 3.º expresa que: "Las personas jurídicas serán responsables de los delitos…". En España, el art. 31 bis, CP expresa también que: "las personas jurídicas serán penalmente responsables". En la Argentina, los arts. 2.º y 9.º, Ley 27.401 expresan que: "Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos…". Interpretamos que, en estas normas, se concibe que una PJ es sujeto penal.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de persona jurídico-penal [...] incluye bajo su seno tanto a individuos como a organizaciones empresariales".[15]

Para mostrar el argumento con el cual se incluye tanto a una PJ como a un individuo como sujetos penales, se debe aclarar de manera inicial qué se entiende por sistema social. Esta es la primera premisa fundamental con la cual no se intenta explicar las acciones de los individuos,[16] sino, más bien, el funcionamiento comunicativo de los sistemas sociales.[17] Entonces, se parte de la idea de que se podría explicar el funcionamiento de una sociedad en general y el derecho penal en particular, como también el funcionamiento[18] de una organización empresarial que se desempeña de manera independiente de las propias personas que la componen.[19]

Cada sistema construye a través de su propia comunicación una realidad sistémica, en principio, incompatible con la realidad de otro sistema.[20] Determina un sistema así su propio entorno o su límite como realidad sistémica. Supongamos como sistema el derecho. Lo que no es jurídico está más allá del derecho —o del sistema—. Si se sigue el ejemplo del derecho como sistema, este construye así su propia realidad y se comunica a través de sus propios constructos sociales.[21] Un buen ejemplo de qué significa un constructo social en el derecho, concebido este como sistema, es la noción de persona. En esa línea hay que diferenciar, por un lado, la persona[22] como artefacto semántico[23] producido por el propio discurso jurídico del sistema[24] y, por otro lado, la persona

[15] GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 220.
[16] SCHMITT-LEONARDY, "Das interpretatorische Konstrukt ‚Unternehmen' hinter der ‚Unternehmenskriminalität'", en KEMPF / LÜDERSSEN / VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2012, p. 139.
[17] LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Fráncfort, Suhrkamp, 1991, p. 191.
[18] TEUBNER, "El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho" (trad. Carlos GÓMEZ-JARA), en *Doxa*, n.º 25, 2002, p. 549. "No es importante, entonces, si A ha causado B; lo importante acaso es si A funcionalmente podría producir C, D o E".
[19] Para una reconstrucción de la teoría de los sistemas y la persona jurídica como sujeto penal, véase CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el derecho penal,* Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 189 ss.
[20] PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 63 ss.
[21] TEUBNER, *supra* nota 18, p. 551.
[22] JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ), Navarra, Civitas, 2016, p. 18: "Persona [...] no es algo dado por la naturaleza, sino [más bien] una construcción social".
[23] Así TEUBNER afirma que: "Si hablamos de actores humanos en el Derecho, tenemos que distinguir cuidadosamente entre la reproducción autopoiética de la conciencia humana, esto es, la realidad operativa de los procesos psíquicos, y la reproducción autopoiética de la vida social del Derecho, en la cual los actores humanos no son elementos sino realidades sociales construidas". Véase TEUBNER, *supra* nota 18, p. 554.
[24] SCHMITT-LEONARDY, *supra* nota 16, p. 136.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

como sistema psíquico con su propia comunicación, a la cual el derecho no tiene acceso, porque una persona como sistema psíquico es uno como tal con su propia realidad sistémica.

Siguiendo una descripción de la noción de sistema, otro elemento fundamental es el autopoiético, que significa que un sistema —ya sea un ser vivo o una sociedad— produce por sí mismo no solo su estructura, sino también aquellos elementos por los que está constituido.[25] El sistema organizativo es el que más se asemeja a una empresa, porque tiene el elemento autopoiético, ya que se autoorganiza mediante procedimientos reglados, actividades complejas y procesos comunicativos internos independientes de los individuos que la componen.

Obsérvese un ejemplo más claro del elemento autopoiético con respecto a una PJ: supongamos que una empresa es un tipo de sistema que se autoorganiza mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de sí mismo. Así, una empresa tiene un consejo de dirección que es parte de una estructura interna del ente y tiene procedimientos reglados con los cuales toma decisiones colectivas. Aunque cambien los individuos, la estructura interna de la empresa se mantiene, es decir, el consejo de dirección como órgano que funciona independientemente de los individuos sigue actuando o comunicando mensajes. Con otras palabras, una empresa continúa comunicándose y, en efecto, se autoorganiza a través del tiempo.[26]

Por lo tanto, se infiere la existencia de una empresa comercial como sistema, puesto que los individuos pasan a ser parte de su estructura interna,[27] y, pese a que los miembros cambien a través del tiempo, una empresa se autoreproduce, comunica y se autoorganiza estableciendo su propia realidad sistémica. Pero lo relevante en este trabajo es reconstruir, según un enfoque sistémico penal, una definición de empresa como sujeto penal.

2. Persona jurídica y sujeto penal

Uno de esos penalistas sistémicos es LAMPE, quien sostiene que la criminalidad empresarial no puede ser explicada a partir del paradigma individual de la modernidad.[28] Identifica que es un tipo

[25] LUHMANN, *supra* nota 17, p. 45.
[26] GÓMEZ-JARA, *supra* nota 15, p. 238.
[27] LAMPE, "Systemunrecht und Unrechtssysteme", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 106, n.º 4, 1994, pp. 683-745.
[28] LAMPE, *supra* nota 27, p. 690.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de sistema que podría ser injusto y esto se produce por las relaciones entre los individuos —o subsistemas— que están organizados defectuosamente.[29] A partir de ello, el autor explica que una empresa criminal es una organización funcional de injustos que puede adquirir una forma institucional a través de estatutos, normas y estructuras internas complejas que le permiten tener un funcionamiento propio[30] —más precisamente, una cultura corporativa criminal—.[31] LAMPE piensa que el injusto de sistema se produce tanto por una *cultura criminal* como por una *organización defectuosa* por parte de una empresa. Se describen, entonces, esos dos caracteres fundamentales.

Por un lado, hay una cultura corporativa de carácter criminógeno cuando se produce la expresión de un comportamiento lesivo de uno de sus miembros[32] y, por otro lado, hay una organización defectuosa por parte de una empresa cuando se da un injusto sistémico;[33] es decir, se generan contextos o estructuras que promocionan la producción de delitos: no hay controles externos o internos.[34] En estos casos, según el autor, hay una culpabilidad por el carácter propio de una empresa: esta ha creado y mantenido una filosofía criminal o una deficiencia organizativa[35] o, de otro modo, "la culpabilidad es siempre la consecuencia de [su] carácter defectuoso".[36]

---

[29] LAMPE, *supra* nota 27, pp. 695 ss.

[30] Sobre la identidad de la persona jurídica véase CIGÜELA SOLA, "Culpabilidad, identidad y organización colectiva", en *Política Criminal*, vol. 12, n.º 24, 2017, pp. 908-931.

[31] Sobre la noción de cultura corporativa, véase: CIGÜELA SOLA, "Cultura corporativa, Compliance e injusto de la persona jurídica", en *Diario La Ley Compliance Penal*, n.º 2, 2020, pp. 1-20; DANNECKER, *supra* nota 13, p. 45. Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de 'cultura de cumplimiento'", en GÓMEZ-JARA (coord.), *Persuadir y razones: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Navarra, Thomson Reuters, 2018, pp. 369 ss.

[32] LAMPE, *supra* nota 27, p. 727.

[33] Con diferentes matices, en esta línea, véase SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa,* Madrid, Edisofer, 2014, p. 283; ZUGALDÍA ESPINAR, "Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión", en *Cuadernos de política criminal,* n.º 121, 2017, p. 9; BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Barcelona, Bosch, 1998; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 185; ROBLES PLANAS, "¿Delitos de personas jurídicas?", en *Indret,* n.º 2, abril 2006, pp. 1-25.

[34] LAMPE, *supra* nota 27, p. 734.

[35] LAMPE, *supra* nota 27, p. 709.

[36] LAMPE, *supra* nota 27, p. 734. Las ideas de LAMPE han tenido repercusión en la práctica jurídica española. La sentencia 154/2016 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo —STS del 29 de febrero del 2016— expresa que: "La determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (…), ha de establecerse (…) por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente". También en esa línea, véase MAÑALICH, "Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 38, n.º 2, 2011, pp. 279-310.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

HEINE, otro autor penalista que defiende a una PJ como sujeto penal, concibe también que aquella organización criminal es producto del resultado de un desarrollo defectuoso sistémico por parte de una empresa.[37] En esa línea, afirma: "Una segunda vía del derecho penal de las asociaciones solo adquiere importancia si, además o en lugar de ello, se plantea la cuestión de si el hecho incriminatorio no debe definirse (también) como la consecuencia de un mal funcionamiento evitable 'en el tiempo'".[38] Pues el autor afirma que se configura una culpabilidad sistémica, pero que se refiere a la culpabilidad de las organizaciones, no de individuos. Esto quiere decir que una empresa —como sujeto penal— crea elevados riesgos específicos, a través de su conducción de actividad empresarial: *Risikomanagement*.[39] Esto es lo que funda, según HEINE, una culpabilidad empresarial: un sistema es responsable penalmente en tanto y en cuanto genere a) una organización defectuosa y b) una realización externa del riesgo típico empresarial.

GÓMEZ JARA y SCHMITT-LEONARDY también defienden a una PJ como sujeto independiente de sus miembros desde el enfoque sistémico. Los autores comienzan su defensa con la siguiente afirmación: el derecho, la empresa y el ser humano son sistemas autopoiéticos. Los dos primeros son sistemas sociales —el derecho es un sistema funcional y la empresa es un sistema organizativo— y el último es un sistema psíquico —ser humano—. Quienes abogan por este camino se ven obligados a aceptar que entre ellos hay una cuestión en común: tienen una reproducción autopoiética.

GÓMEZ JARA afirma que, de acuerdo con la teoría de los sistemas, una empresa debe concebirse como un sistema organizativo autopoiético que reproduce decisiones a través de sus comunicaciones, dada su capacidad de autocontrol y autodeterminación. Por ello, desde una teoría funcionalista del derecho penal, se afirma que una culpa individual y una empresarial no son idénticas, sino, más bien, funcionalmente equivalentes; es decir, tanto un individuo como una empresa pueden ser culpables de manera equivalente por violar la validez de una norma penal.[40] Por consiguiente, entonces, tanto sistemas psíquicos como organizativos —es decir, tanto personas

[37] HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 307.
[38] HEINE, *supra* nota 37, p. 308.
[39] HEINE, *supra* nota 37, p. 271.
[40] JAKOBS, *supra* nota 22, p. 23.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

físicas como empresas— son concebidos como autores con capacidad comunicativa suficiente para violar normas penales.[41]

La autora SCHMITT-LEONARDY interpreta, en esa línea, también a una empresa como sistema organizativo con su propia comunicación.[42] Con la fórmula de que el elemento principal del sistema social no es una persona, sino, más bien, el proceso comunicativo, SCHMITT-LEONARDY afirma que una empresa tiene internamente una actividad desarrollada a través de comunicaciones y acciones poli-causales. De este modo, es apropiado responsabilizarla como sistema,[43] puesto que aquella actividad no se identifica con las acciones individuales de un grupo de personas.[44] Y cabe agregar, según SCHMITT- LEONARDY, que en el derecho penal —como parte de un sistema social— no hace falta que el sujeto activo se conciba dotado de libre albedrío, basta con que pueda comunicarse criminalmente contra la expectativa normativa.[45] Por esta última razón, concluye en que se puede considerar a una empresa como sujeto penal —*Unternehmen als Täter*—.

III. Objeciones

Se propone en lo que sigue interpretar a una PJ en el contexto del derecho penal.[46] Esto significa que una PJ en el derecho penal, desde la perspectiva individualista, es explicable por las acciones de las personas.[47] A la vez, el foco de la discusión se basa en las objeciones conceptuales contra la idea que concibe a una empresa como entidad autónoma.[48] Se observará si estas objeciones son verdaderas y, eventualmente, en su caso, si corresponde abandonar la PJ como sujeto penal.

1. Falacia de la división

[41] GÓMEZ-JARA, *supra* nota 13, p. 308.
[42] SCHMITT-LEONARDY, *supra* nota 16, p. 134. "Desde el punto de vista de la teoría de sistemas, las empresas representan una forma específica de un sistema organizativo".
[43] SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Múnich, C.F. Müller, 2013, p. 360.
[44] SCHMITT-LEONARDY, *supra* nota 16, p. 139. "Y encontrar el punto de contacto decisivo en circunstancias poli-causales se ha vuelto a veces tan difícil o incluso imposible que resulta obvio —o quizás más acertado— culpar al 'sistema'".
[45] SCHMITT-LEONARDY, *supra* nota 16, p. 147. "Sin embargo, para participar en la comunicación jurídico-penal tampoco se requiere necesariamente una aproximación tan fuerte a la autopercepción del ser humano como auto-determinado o de libre albedrío".
[46] SCHÜNEMANN, *supra* nota 5, pp. 1 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, pp. 465 ss.
[47] ROXIN / GRECO, *supra* nota 4, p. 353.
[48] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, p. 493.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Los autores que defienden a una empresa como sujeto penal parten de una descripción específica que vale la pena subrayar:[49] hay propiedades emergentes —como los procesos comunicacionales, las estructuras organizacionales y las tecnologías complejas en las actividades empresariales—[50] que surgen y se extienden más allá de las acciones individuales. Así, estos autores justifican que una empresa es un sistema organizacional —autopoiético— con su propia capacidad de comunicación y organización. Además, los autores agregan que, en las actividades empresariales, existen fusiones, escisiones y transformaciones societarias en una PJ, es decir, cambian sus integrantes individuales y persiste una estructura societaria a través del tiempo. Esto lleva a afirmar —*prima facie*— que una PJ es algo diferente de los individuos. Nadie duda de que este fenómeno sucede en la práctica jurídica y mercantil.

Según ARTAZA VARELA, el error de esta postura colectivista es el siguiente: si *x* presenta propiedades que no pueden serles atribuidas a sus miembros individuales, entonces, no se sigue que *x* es una entidad individual diversa de sus miembros. El autor argumenta, en esa línea, de nuevo, que si una organización empresarial presenta algunas propiedades que no pueden serles atribuidas a sus miembros individuales, entonces, no se la debe definir como una entidad distinta de sus miembros.[51] Si se quiere defender este objetivo, es decir, la existencia de un agente nuevo, estos penalistas deben presentar un argumento diferente.

A través del individualismo metodológico, se describe de otro modo aquellas propiedades emergentes de una PJ y así consideramos que no es necesaria una entidad diferente de los individuos. Así, suena fácil imaginar que —*desde el enfoque individualista*— las personas son las que crean, participan y actúan de manera conjunta en las actividades empresariales. Esta descripción es verdadera, si se observan con mayor atención los contextos normativos y empíricos con los cuales usualmente se hace referencia a una PJ. Se retoma, de nuevo, por qué se define a una PJ desde las

[49] DANNECKER, *supra* nota 13, p. 45; BÜRGER, *supra* nota 1, pp. 704 ss; GÓMEZ-JARA, *supra* nota 13, p. 312; SCHMITT-LEONARDY, *supra* nota 16, p. 139; LAMPE, *supra* nota 27, p. 734; TIEDEMANN, *supra* nota 11, p. 1172; HEINE, *supra* nota 37, p. 248. En esta línea descriptiva de organizaciones empresariales, véase: ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 290 ss.

[50] Está descripción es compartida por otro autor, pero trata a la PJ como meta-sujeto; véase en CIGÜELA SOLA, "Collective Organizations as Meta-subjects. From Collective Guilt to Structural Responsibility Paradigm", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (*ZIS*), n.º 4, 2016, p. 243.

[51] ARTAZA VARELA, *supra* nota 49. p. 199.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

acciones de los individuos y es posible defender esto a partir de los contextos normativos y empíricos.[52]

Siguiendo esta postura, se utiliza una red conceptual individualista equivalente para definir a una PJ tanto en el contexto normativo como el empírico. En el primero, el normativo, se regula a una PJ a través de las normas jurídicas, según las cuales se expresa que una PJ se conforma si "una o varias personas deben participar en (…) la escritura de constitución";[53] o es aquella que se integra "por las aportaciones de todos los socios";[54] o que se conforma si los individuos actúan de "forma organizada".[55] Obsérvese que, en este camino, no hay ninguna razón para negar que una PJ se constituye desde las acciones individuales,[56] puesto que, desde los enunciados normativos, se propone el empleo de una PJ de esa manera. Segundo, tiene sentido afirmar que, en el contexto empírico, son los individuos los que crean, participan y actúan a través de los procesos comunicacionales, las estructuras organizacionales y las complejas tecnologías en las actividades empresariales. Por lo tanto, según el enfoque individualista, se logra una coherencia conceptual tanto para el uso de una PJ en el contexto normativo, como en el empírico; contrariamente, no se puede andar este camino con una teoría sistémica.

Dada esta primera objeción, entonces, no es cierto que una PJ sea un sujeto penal diferente de los individuos. Al menos, si se quiere defender esta entidad a través de las propiedades emergentes de las acciones individuales, se debe dar un argumento independiente de estas características colectivas de una empresa. Este argumento independiente no está disponible, según parece, en el enfoque sistémico.

2. Falacia del equívoco

a. El problema del uso del término persona

Otro tipo de objeción de carácter conceptual se dirige a la ambigüedad del término persona en la teoría sistémica penal. Ahora se analiza cómo esta réplica evidencia una falacia del equívoco.[57] Esta objeción, como se advierte, ya ha sido presentada por la doctrina penal.[58] A diferencia de ello,

[52] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, p. 495.
[53] Art. 2.°, Ley de sociedades anónimas de Alemania —*Aktiengesetz*—.
[54] Art. 1.°, Ley de sociedades de capital de España (BOE-A-2010-10544).
[55] Art. 1.°, Ley 19.550 de la Argentina, que regula las sociedades mercantiles.
[56] HART, *supra* nota 9, p. 100; NINO, *supra* nota 9, p. 407.
[57] WESTON, *Las claves de la argumentación* (trad. Jorge MALEM SERÁ), Barcelona, Ariel, p. 28.
[58] PASTOR MUÑOZ, *supra* nota 6, p. 13 *in fine*.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

se profundiza aquí esta falacia contra la idea de PJ como sujeto penal. Observemos, primero, a qué se hace referencia con este tipo de réplica y, segundo, cómo se demuestra esta objeción en la teoría sistémica penal.

En el enfoque sistémico, persona es tanto un sistema psíquico como un artefacto semántico de un sistema social. Lo que se objeta es que se utilice ese término con dos significados distintos en el mismo contexto teórico. Básicamente, se señala cómo es el uso de una palabra —persona— con dos significados distintos en el mismo contexto teórico y, en efecto, se aclara que vemos esto como lo problemático. MORESO explica, a través de un ejemplo, este tipo de falacia del siguiente modo: "Una persona quiere cambiar la rueda del coche y le dice a un amigo suyo que se encuentra dentro de su casa: -¿Has visto el gato?- El amigo, creyendo que se refiere al gato Katze que tienen en casa, le contesta: 'Está en el jardín, al lado de los rosales-'".[59] En el ejemplo, la palabra gato tiene dos significados distintos en el mismo contexto práctico, entonces, trae confusión entre los hablantes.

Así sucede con el uso de la palabra *persona* en la teoría sistémica penal. Se afirma, como objeción, que el uso del término *persona* tiene dos significados distintos: por un lado, *persona* es un artefacto semántico que forma parte de los mensajes comunicacionales por parte de un sistema —ya sea por el derecho como sistema social o por una empresa como sistema organizacional—; y, por otro lado, *persona* se asocia también al ser humano representado como sistema psíquico.[60] Por lo tanto, se considera que no es conveniente que el mismo término —persona— se defina con dos significados distintos en el mismo contexto teórico.

Es importante señalar que una vez que se aclara que hay una ambigüedad en el uso del término *persona* tanto para explicar el funcionamiento de un sistema organizacional como de uno psíquico en la teoría sistémica penal, entonces, se puede demostrar que el argumento —del enfoque sistémico— es endeble para distinguir entre una PJ concebida como sistema organizacional y un individuo pensado como sistema psíquico. Con otras palabras, si el argumento se sostiene a través de premisas que expresan el término *persona* con doble significado, entonces, en realidad, no hay una distinción entre una PJ y los individuos que la componen. Por lo tanto, tal vez, no existe una entidad diferente de los individuos que la componen.

[59] MORESO, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho,* Barcelona, UOC, p. 94.

[60] TEUBNER, *supra* nota 18, p. 554: "Si hablamos de actores humanos en el Derecho, tenemos que distinguir cuidadosamente entre la reproducción autopoiética de la conciencia humana, esto es, la realidad operativa de los procesos psíquicos, y la reproducción autopoiética de la vida social del derecho, en la cual los actores humanos no son elementos sino realidades sociales construidas".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

b. El problema del uso del término complejidad

Desde el enfoque sistémico, puede existir una contrarréplica por parte de los autores que defienden a una PJ como sistema y, por ende, sujeto penal. Piénsese de este modo una posible defensa: no se niega que existen usos diferentes del término *persona* en la teoría sistémica; sin embargo, pueden diferenciarse estos términos con el criterio del proceso comunicativo que tiene el derecho como sistema social, una empresa como sistema organizacional y el que tiene un individuo como sistema psíquico.[61] A modo de ejemplo, en el ámbito empresarial, un sistema organizacional como una PJ adquiere independencia por su grado de comunicación y complejidad. Siguiendo una defensa de una teoría sistémica, los autores penalistas podrían considerar que la diferencia entre un sistema y otro es el grado de *complejidad*.[62] Si un sistema adquiere complejidad, se independiza de otros sistemas, dado que comunica y delimita su propia realidad sistémica. Esto último es el marco teórico que explica tanto un sistema psíquico —persona individual— como organizacional —una PJ—.

En esa línea, la teoría sistémica define a una PJ como sujeto penal como aquel que tiene una suficiente complejidad. Así, la sentencia 2330/2020 del Tribunal Superior de España afirma que "solo una empresa con una mínima *complejidad* interna adquiere una capacidad auto-organizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la 'culpa organizativa', prevista por el artículo 31 bis del Código Penal".[63] Tanto en la teoría como en la práctica jurídica, de manera clara y específica, se utiliza la palabra complejidad para diferenciar entre una PJ y el conjunto de individuos que lo compone.

Sin embargo, según el individualismo metodológico, si se concibe este tipo de respuesta posible, aun así, no solo no queda claro cuál es el sentido del uso del término mencionado —complejidad—, sino que también dicho término resulta impreciso para diferenciar entre una persona como artefacto semántico de un sistema social y una persona como uno psíquico. De otro modo, si agregamos dicho término —complejidad—, no se colabora para aclarar la distinción entre una PJ y el conjunto de individuos que la compone.

Se insiste en mostrar el problema del lenguaje que sobreviene con la palabra complejidad desde el enfoque sistémico penal, como criterio relevante para distinguir entre un individuo y una PJ,

[61] SCHMITT-LEONARDY, *supra* nota 16, p. 139.
[62] ARTAZA VARELA, *supra* nota 49, p. 179.
[63] CIGÜELA SOLA, "La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre", en *Indret*, n.º 1, 2021, p. 643. Destacado agregado.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

dado que luego se toman decisiones acerca de la responsabilidad penal. Utilicemos un ejemplo de HART para mostrar el problema. Según HART, nadie duda de que si un hombre no tiene ningún pelo es calvo; otro que tiene una hirsuta melena claramente no lo es; "pero la cuestión de si es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y otra allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica".[64] Lo mismo sucede con la palabra complejidad, dado que informa poco acerca del objeto en cuestión, es decir, no es claro cómo diferenciar entre un individuo —o sistema psíquico— y una empresa —sistema organizacional—. A la vez, conlleva el problema práctico de definir quién es el verdadero responsable penalmente: una empresa o los individuos que actuaron colectivamente a través de una PJ.

De este modo, según la falacia del equívoco, no solo hay ambigüedad con el término persona desde el enfoque sistémico, sino que también es cierto que hay una imprecisión del criterio relevante para distinguir entre una PJ y el conjunto de individuos que lo compone. Por consiguiente, según esta razón conceptual, no debe considerarse a una PJ como sujeto penal.

3. Falacia antropomórfica

a. Atribución de estado mental a una persona jurídica

Ahora se objeta la suposición aparente de que tanto una empresa como una persona humana tienen rasgos antropomórficos similares para el derecho penal: p. ej., una capacidad de comunicar contra la expectativa normativa. De acuerdo con una teoría sistémica-penal, se afirma que el proceso comunicativo es un elemento clave para que un sistema identifique cuál es su entorno, se auto-reproduzca y se auto-referencie. Pero en el caso de una persona individual, sus acciones no se restringen solo a la descripción de una cierta capacidad de comunicar. El uso de la noción de sujeto penal es que este no solo comunica, sino que también puede razonar, intentar y optar por ciertos cursos de acción en vez de otros —como opina el tribunal penal alemán (BGHSt)—.[65]

[64] HART, *El concepto de derecho* (trad. Genaro CARRIÓ), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 5.
[65] BGH, "Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", *NJW*, 1952, 593 = BGHSt 2, 194. En un fallo del tribunal alemán que se discutía si un sujeto debía tener conciencia de ilicitud o no para ser culpable, se toma postura sobre las características del sujeto penal: "Con el juicio de disvalor de la culpabilidad, se le reprocha al autor no haberse comportado conforme a derecho, haberse decidido a favor del ilícito, a pesar de que podría haberse comportado conforme a derecho, que podría haberse decidido por el derecho".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Dada esta consideración, no es cierto que se pueda equiparar a una PJ y a un sujeto individual con la mera afirmación de que solo comunican mensajes hacia una norma penal. Hay una gran variedad de tipos de descripciones de acciones que son reprochables en los códigos penales y no es posible reducirla a una capacidad de comunicar por parte del sujeto penal. Esta no es una objeción original, dado que no solo lo dicen los tribunales penales, sino que también las normas penales atribuyen distintos tipos de acciones —intentos y omisiones— como punibles al agente penal.

b. Atribución de identidad a una persona jurídica

Podemos explorar otra objeción de carácter antropomórfico, desde el individualismo metodológico. A través de la imagen de un proceso penal, puede mostrarse que una PJ no es un sujeto penal en términos estrictos. En el proceso penal, se castiga a un sujeto por su propio acto, esto es, se relaciona al sujeto con el acto delictivo: *si Juan dispara y mata a Pedro, entonces, luego de un tiempo, se acusa y se castiga a Juan por su acto delictivo en el pasado*. Se presupone, entonces, que existe una identidad entre el sujeto que comete el acto y aquel que es castigado.[66] En el caso de una PJ que se concibe como sujeto penal, de acuerdo con una tesis sistémica, puede que se relativice esta identidad y que una PJ sea castigada por lo que cometió otra en el pasado.[67] Se recuerda que una PJ puede modificarse con el mero transcurrir del tiempo, es decir, puede transformarse, escindirse, fusionarse o ser controlada por otra a través del tiempo;[68] cuestión que no sucede con las personas individuales.[69] Así, hay un problema de identidad[70] en el sujeto penal, porque, una vez que una PJ realice un delito, luego, puede que no sea la misma la que reciba el castigo. Por lo tanto, no se puede atribuir identidad a una PJ concebida como sujeto penal del mismo modo que a una persona individual.[71]

---

[66] SILVA SÁNCHEZ, "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio 'jurisdiccional' de imputación de responsabilidad entre agente y acusado", en GARCÍA VALDÉS (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat,* t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 661 ss.

[67] JAKOBS, "Strafbarkeit juristischer Personen?", en PRITTWITZ (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 559-575, p. 569. JAKOBS dice: "El conocimiento de tener que responder por la culpa de otros y el conocimiento de la propia culpa son dos cosas diferentes".

[68] P. ej., el inc. 1.º del art 4.º de la Ley española de Modificaciones estructurales de la sociedad mercantil (BOE-A-2009-5614) establece: "Una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil".

[69] SCHÜNEMANN, "Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?", en SIEBER / DANNECKER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Fettschrift für zum Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia, Karl Heymann Verlag, 2008, p. 435.

[70] PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford Press, 1987, p. 357; TRUCCONE, "El problema de la no identidad. Cuatro soluciones posibles, en *Ideas y valores*, vol. 69, n.º 172, pp. 57-80; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 66, p. 675.

[71] Véase GÓMEZ-JARA, *supra* nota 13, p. 312.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

IV. Conclusión

Dada una exploración de una teoría sistémica penal, se logró diferenciar dos cuestiones. Por un lado, aunque a partir de esta teoría sistémica se intentan definir conceptos —PJ y sujeto penal— que están involucrados en la práctica jurídica, se hace más hincapié en una teoría que en el concepto normativo en cuestión. Por otro lado, se han formulado objeciones conceptuales que parecen no ser superadas o, al menos, es lo que se concluye en este trabajo. En resumen, debe abandonarse una definición que diga que una PJ es un sujeto penal diferente de los individuos.

Si se toma en cuenta una perspectiva individualista sobre cómo se debe concebir a una PJ, entonces, no solo se evitan las dificultades conceptuales, sino que se consiguen ventajas en la práctica:

1) se efectúa una simplicidad en la práctica de responsabilizar, es decir, se debe investigar qué individuo o individuos actuaron de manera conjunta a través de una PJ en un delito económico. Se puede utilizar de este modo el instituto de la coautoría, la posición de garante[72] o la asociación criminal[73] para justificar la responsabilidad penal de los individuos que componen una PJ;[74]

2) se pueden aplicar, como señala una jurisprudencia alemana,[75] las garantías procesales y principios constitucionales solo a los individuos que componen una PJ;

3) se justifica una coherencia práctica entre las normas societarias, penales y constitucionales;

[72] ESTELLITA, *supra* nota 3, pp. 78-109.

[73] MONTENEGRO, "Die kriminelle Vereinigung als Unrechtsperson. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 8, 2019, p. 498.

[74] ROTSCH, "'Lederspray' redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen. Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft", en ÍDEM (comp.), *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Nomos, 2018, pp. 233-263.

[75] BVerfG, "Herausgabe von Aufzeichnungen durch private Rundfunkveranstalter an Landesmedienanstalt", *NJW*, 1997, 1841. El Tribunal constitucional alemán (BVerfG) afirma que: "Cuando la protección de los derechos fundamentales se basa en características, formas de expresión o atributos que solo son inherentes a las personas físicas, la extensión a las personas jurídicas como meras estructuras ideales del ordenamiento jurídico está fuera de lugar. Esto será tanto más del caso, cuanto que la protección de los derechos fundamentales se conceda en interés de la dignidad humana, que solo pueden reclamar para sí las personas físicas". También, desde el individualismo metodológico, acerca del principio de *nemo tenetur* en favor de los empleados en investigaciones internas empresariales, véase en GRECO / CARACAS, "Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (*NStZ*), n.º 1, 2015, pp. 7-15.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

4) por último, se pueden aplicar justificadamente los principios de culpabilidad, proporcionalidad y personalidad de las penas a los miembros de una PJ.

V. Bibliografía

ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Barcelona, Bosch, 1998.

BEALE, Sara, "Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 126, n.º 1, 2014, pp. 27-54.

BÜRGER, Sebastian, "Unternehmen als Täter", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 130, n.º 3, 2018, pp. 704-744.

CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

—, "La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre", en *Indret*, n.º 1, 2021, pp. 638-649.

—, "Culpabilidad, identidad y organización colectiva", en *Política Criminal*, vol. 12, n.º 24, 2017, pp. 908-931.

—, "Collective Organizations as Meta-subjects. From Collective Guilt to Structural Responsibility Paradigm", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 4, 2016, pp. 242-247.

CIGÜELA SOLA, Javier / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / ROBLES PLANAS, Ricardo (coords.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 27-46.

COFFEE JR., John, *Corporate crime and Punishment*, Oakland, Berret-Koehler Publisher, 2020.

DANNECKER, Gerhard, "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Penal*, n.º 7, 2001, pp. 40-54.

ESTELLITA, Heloisa, "Responsabilidad por omisión de los miembros de Consejos de Administración", en *En Letra Derecho Penal*, año IV, n.º 7, pp. 78-109.

FRENCH, Peter, "The Corporation as a Moral Person", en *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, n.º 3, 1979, pp. 207-215.

GREEN, Stuart, *Lying, cheating and stealing*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

GRECO, Luis, "Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 9, 2015, pp. 503-516.

GRECO, Luis / CARACAS, Christian, "Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (*NStZ*), n.º 1, 2015, pp. 7-15.

GÓMEZ-JARA, Carlos, "Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 119, n.º 2, 2007, pp. 290-333.

—, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

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

HART, Herbert, *Derecho y Moral* (trad. Genaro CARRIÓ), Buenos Aires, Depalma, 1962.

—, *El concepto de derecho* (trad. Genaro CARRIÓ), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

HEINE, Günter, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

JAKOBS, Günter, "Strafbarkeit juristischer Personen?", en PRITTWITZ, Cornelius (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 559-575.

—, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo J. FEIJÓO SÁNCHEZ), Navarra, Civitas, 2016.

LAMPE, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtssysteme", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), vol. 106, n.º 4, 1994, pp. 683-745.

LAUFER, Williams, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago, The University of Chicago Press, 2008.

LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Fráncfort, Suhrkamp, 1991.

MAÑALICH, Juan Pablo, "Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2, 2011, pp. 279-310.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, Barcelona, Reppertor, 2016.

MONTENEGRO, Lucas, "Die kriminelle Vereinigung als Unrechtsperson. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von §129 II StGB", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 8, 2019, pp. 490-505.

MORESO, Juan José, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006.

NEUHÄUSER, Christian, *Unternehmen als moralische Akteure*, Berlín, Suhrkamp Verlag, 2011.

NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el derecho penal económico", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / MIRÓ LINARES, Fernando (eds.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, La ley, 2013, pp. 463-499.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

—, "Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de 'cultura de cumplimiento'", en GÓMEZ JARA, Carlos (coord..), *Persuadir y Razones: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Navarra, Thomson Reuters, 2018, pp. 369-380.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, "¿Organizaciones culpables?", en *Indret*, n.º 2, abril 2006, pp. 1-16.

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford Press, 1987.

PETTIT, Philip / LIST, Christian, *Group Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol Social y Sistema de Imputación*, Barcelona, Bosch, 2005.

ROBLES PLANAS, Ricardo, "¿Delitos de personas jurídicas?", en *Indret,* n.º 2, abril 2006, pp. 1-25.

ROTSCH, Thomas, "'Lederspray' redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen. Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft", en ÍDEM (comp.), *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Nomos, 2018, pp. 233-263.

ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo, "La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción", en *La Ley: Compliance penal*, n.º 3, oct.-dic. 2020, pp. 1-17.

SCHMITT-LEONARDY, Charlotte, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Múnich, C.F. Müller, 2013.

—, "Das interpretatorische Konstrukt ‚Unternehmen' hinter der ‚Unternehmenskriminalität'", en KEMPF, Eberhard / LÜDERSSEN, Klaus / VOLK, Klaus (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2012, pp. 111-151.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 1, 2014, pp. 1-18.

—, "Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?", en SIEBER, Johann / DANNECKER, Gerhard (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für zum Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia, Karl Heymann Verlag, 2008, pp. 429-448.

SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio 'jurisdiccional' de imputación de responsabilidad entre agente y acusado", en GARCÍA VALDÉS, Carlos (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 661-692.

—, *Fundamentos del derecho penal de la empresa,* Madrid, Edisofer, 2014.

SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco* (trad. Rosa DEL OLMO), Madrid, Piqueta, 1999.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

TEUBNER, Gunther, "El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho" (trad. Carlos GÓMEZ-JARA), en *Doxa*, n.º 25, 2002, pp. 533-571.

THOMPSON, Dennis, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1999.

TIEDEMANN, Klaus, "Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*), n.º 19, 1988, pp. 1169-1175.

TRUCCONE, Santiago, "El problema de la no identidad. Cuatro soluciones posibles", en *Ideas y Valores*, vol. 69, n.º 172, 2020, pp. 57-80.

VAN WEEZEL, Alex, "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Polít. crim.*, vol. 5, n.º 9, Julio 2010, Art. 3, pp. 114-142.

WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación* (trad. Jorge F. MALEM SERÁ), Barcelona, Ariel.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión", en *Cuadernos de política criminal*, n.º 121, 2017, pp. 9-34.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VII, número 14, pp. 98-120.

Investigaciones Internas y la Prohibición de Autoincriminación

Prof. Dr. Luís Greco (Berlín) y Dr. Christian Caracas*

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2022
Fecha de aceptación: 4 de abril de 2022

Resumen

El derecho procesal penal se enfrenta a retos especiales con las llamadas investigaciones internas y que han atraído una atención creciente desde el caso Siemens. Estas investigaciones no constituyen actos del Estado; al mismo tiempo, esto significa que se puede ejercer una presión masiva sobre los empleados de la empresa para que revelen información para incriminarlos en cualquier procedimiento penal posterior. Este conflicto entre el deber de información del derecho laboral y la prohibición de autoincriminación del procedimiento penal será el objeto de nuestras consideraciones.

Palabras clave: investigaciones internas – prohibición de autoincriminación – nemo tenetur – Siemens

Title: Internal Investigations and the Ban on Self-incrimination.

Abstract

The law of criminal procedure faces special challenges with the so-called internal investigations that have attracted increasing attention since the Siemens case. These investigations do not constitute acts of the State; at the same time, this means that massive pressure can be exerted on company employees to disclose information to incriminate them in any subsequent criminal proceedings. This conflict between the duty to disclose in labor law and the prohibition of self-incrimination in criminal proceedings will be the subject of our considerations.

* Traducción del borrador alemán de Pedro Pouchain e Ignacio Gómez Perdiguero. Se mantuvo el formato de citas del original y se sometió el artículo a referato doble ciego.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Palabras clave: internal investigations – ban on self-incrimination – nemo tenetur – Siemens

Sumario: I. Comentarios introductorios; II. El problema; III. Soluciones posibles; IV. Conclusión.

I. Comentarios introductorios

El derecho procesal penal, cuyos instrumentos se ocupan principalmente de domar al Leviatán, se enfrenta a retos especiales con las llamadas investigaciones internas —es decir, cuando una empresa dirige la investigación de los hechos a partir de una sospecha concreta[1]— y que han atraído una atención creciente desde el caso Siemens.[2] Estas investigaciones, por su propia naturaleza, no constituyen actos del Estado; al mismo tiempo, esto significa que, sin las obligaciones del Código Procesal Penal alemán (StPO), en particular sin cumplir los §§ 136, 136a y 55 StPO, se puede ejercer una presión masiva sobre los empleados de la empresa para que revelen información para incriminarlos en cualquier procedimiento penal posterior. Este conflicto entre el deber de información del derecho laboral y la prohibición de autoincriminación del procedimiento penal será el objeto de estas consideraciones.

Tras una descripción superficial del problema identificado (II), se examinarán las soluciones posibles para resolverlo y, al mismo tiempo, se desarrollará una propuesta propia (III).

II. El problema

[1] De la misma manera WAGNER, *CCZ*, 2009, 8, 12: "Esclarecimiento de los hechos en caso de sospecha de violación de la ley u otras normas"; GRÜTZNER en MOMSEN / GRÜTZNER (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht, Hb. f. die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 2013, cap. 4, n.°m. 7; WEWERKA, *Internal investigations*, 2012, pp. 5 ss.; con más detalle y precisión ROTSCH en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Hb. Wirtschaftsstrafrecht*, 3.ª ed., 2012, parte 1, cap. 4, n.°m. 49; NESTLER en KNIERIM / RÜBENSTHAL / TSAMBIKAKIS (eds.), *Internal Investigations*, 2013, cap. 1, n.°m. 19 ss.; véase también KNIERIM, StV 2009, 324, 326 ss.; *ibid.*, en ROTSCH (ed.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2011, p. 77 ss. El uso del término inglés parece preferible porque así no se corre el riesgo de olvidar el origen americano del fenómeno; sobre el origen con más detalle J. WAGNER, *CCZ*, 2009, 8 ss.; sobre el marco normativo americano con más detalle BEHRENS, *RIW*, 2009, 22, 23 ss.; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 43 ss.

[2] Más detenidamente en JAHN, *StV*, 2009, 41; ARZT, FS Stöckel, 2010, p. 15 ss.; KOTTEK, *Die Kooperation von deutschen Unternehmen mit der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC*, 2012, p. 55 ss. Más ejemplos en KNIERIM, *StV* 2009, 324 s.; WEWERKA *supra* nota 1, p. 121 ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

1. La principal fuente de información de los procedimientos internos de la empresa son los propios empleados,[3] a los que se invita a las llamadas "entrevistas" —en un término más inofensivo—.[4] Mientras que el acusado tiene derecho a guardar silencio en un proceso penal, según el § 136 StPO, y no puede ser obligado a autoinculparse (véase, en particular, el § 136a StPO), el empleado tiene la *amplia obligación de declarar* ante el empresario sobre asuntos directamente relacionados con su ámbito personal de trabajo (§§ 666 y 675 del Código Civil alemán –BGB–).[5] Este deber de información exigible (§ 888 I del Código de Proceso Civil —ZPO—) se mantiene, aunque el trabajador se autoinculpe con su testimonio.[6] En el caso de las percepciones *fuera* del ámbito laboral inmediato —p. ej., las percepciones con motivo de un viaje de negocios— se excluye un derecho de información completo en virtud de los §§ 666 y 675 BGB. En estos casos, el deber de información solo surge del deber accesorio del contrato de trabajo, según los §§ 611, y 241 (2) del BGB o directamente de la buena fe (§ 242 del BGB).[7] Dado que este deber se basa en un equilibrio de intereses,[8] la obligación de proporcionar información en este ámbito no debería aplicarse en los casos de autoinculpación.[9]

2. Por otra parte, las conclusiones obtenidas en el curso de las investigaciones internas de la empresa deberían, según la opinión general, poder utilizarse sin más en los *procedimientos penales posteriores*.[10] Esta posibilidad de utilización se afirma incluso en principio para las pruebas obtenidas

[3] Igualmente, WESSING en AG Strafrecht DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 907, 921; MÜLLER-BONANI, *AnwBl.*, 2010, 651, 653; véase también GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, *NJW*, 2008, 1703: "empleados como poseedores del conocimiento".

[4] Señalado por WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ*, 2009, 68.

[5] *BGHZ* 41, 318, 321; *BGH*, NJW-RR, 1989, 614; *BAG*, NZA 1996, 637, 638; NZA, 2002, 618, 620; DILLER, DB 2004, 313; SCHNEIDER, NZG 2010, 1201, 1204 –véase también las referencias en las próximas notas de pie. El empleado también tiene la obligación de participar en el interrogatorio realizado por terceros (con base legal del § 106 GewO, § 315 *BGB*), véase RUDKOWSKI, *NZA* 2011, 612; LÜTZELER / MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19 s.; GRÜTZNER *supra* nota 1, n.ºm. 278, 344.

[6] P. ej., *BGHZ*, 41, 318, 322 s.; 109, 260, 268; *LAG Hamm*, CCZ 2010, 237; MARTINEK en Staudinger- BGB, Neubearbtg, 2006, § 666 n.ºm. 19; MENGEL / ULLRICH, *NZA* 2006, 240, 243; MENGEL, *Compliance und Arbeitsrecht*, 2009, cap. II. 4, n.ºm. 21; MÜLLER-BONANI, *AnwBl.*, 2010, 651, 653; LÜTZELER / MÜLLER SARTORI, *CCZ* 2011, 19, 20: no hay violación del "principio *nemur tenetur*" (sic); SEILER, *MK-BGB*, 6.ª ed., 2012, § 666 n.ºm. 9; GREEVE/TSAMBIKAKIS en KNIERIM/RÜBENSTAHL/ TSAMBIKAKIS *supra* nota 3, cap. 17, n.ºm. 19 ss.

[7] *BAG*, NZA 1996, 637, 638; NZA 1997, 41; RIEBLE, *ZIP* 2003, 1273, 1275; DILLER, *DB*, 2004, 313, 314; MENGEL / ULLRICH, *NZA* 2006, 240, 243; BÖHM, *WM*, 2009, 1923,1924.

[8] Por un lado, se debe tener en cuenta un interés justificado del empresario en responder a sus preguntas, y, por otro lado, se debe tener en cuenta adecuadamente los intereses de la persona afectada, en particular su derecho general de personalidad, véase en *BAG*, *NZA*, 1996, 637, 638 s.; MORITZ, *NZA* 1987, 329, 331.

[9] *BGH*, *NJW-RR* 1989, 614, 615; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, *NJW* 2008, 1703, 1705; BÖHM, *WM* 2009, 1923, 1925.

[10] KREY, *Zur Problematik privater Ermittlung des durch eine Straftat Verletzten*, 1994, p. 101; WESSING, *supra* nota 3, p. 923; WIMMER, *FS I. Roxin*, 2012, pp. 537, 549, 552; GREEVE / TSAMBIKAKIS, *supra* nota 6, § 33 ss., los cuales, sin embargo,

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ilegalmente por particulares,[11] por lo que se sugiere una conclusión crucial: pues, en principio, las investigaciones internas son indudablemente *lícitas*.[12] En muchos casos, se considera incluso que la ley impone una *obligación* legal sustantiva a las empresas, o bien a la junta directiva, para realizar investigaciones internas.[13] En particular, se descarta la aplicación de los §§ 136 y 136a StPO a las investigaciones internas, ya que no hay un interrogatorio[14] en el caso de las investigaciones privadas[15].

3. Sobre la base de esta descripción de la opinión predominante, son evidentes algunas *preocupaciones*. Sobre todo, parece insatisfactorio que el trabajador esté sometido de hecho y de derecho a una considerable autoinculpación[16] y que se le ponga ante la "opción 'cárcel o despido'",[17] "*talk or walk*".[18] El hecho de que esta situación pueda producirse se basa, en última instancia, en que las disposiciones protectoras del StPO, y en particular la prohibición de autoincriminación, tradicionalmente solo tienen en cuenta la acción o la coacción estatal. La clásica dicotomía entre acción privada y estatal, en la que se basa el StPO, parece estar sobrecargada, especialmente en el

abogan por la prohibición de la explotación desde el punto de vista *de lege ferenda* (§ 40); también MÜLLER-BONANI, *AnwBl.* 2010, 651, 655.

[11] Véase *BGHSt*, 27, 355, 357; 36, 167, 173; 44, 129, 136 ss.; *BGH*, *NStZ* 2003, 668; *BVerfG*, *NJW* 2000, 3557; *NJW*, 2011, 2417, 2418 ss.

[12] En general, también, KREY, *supra* nota 10, p. 23 ss.; BRÜNHOBER, *GA*, 2012, 571, 572 ss.; RÖDIGER, S*trafverfolgung von Unternehmen, Internal Investigations*, pp, 2012, p. 244 ss.; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 111 ss.; con precisión BITTMANN / MOLKENBUR, wistra, 2009, 373, 374. HASSEMER / MATUSSEK, *Das Opfer als Verfolger*, 1996, p. 16 ss., en relación con las investigaciones del perjudicado. Por supuesto, deben observarse los límites generales de lo legalmente permisible, véanse en particular los §§ 258, 164 así como los §§ 201, 202 a, 206, § 240 *StGB*, §§ 43, 44 BDSG como los §§ 88, 89, 148 TKG; con más detalle DANN/GASTELL, *NJW* 2008, 2945; KNIERIM, *StV* 2009, 324, 328 ss., *ibid.*, *FS Volk*, 2009, pp. 247, 265 ss.; BRÜNHOBER, *GA* 2012, 571, 579 ss.; *Weiß*, *CCZ* 2014, 136.

[13] En este sentido, algunos apelan al deber de un administrador diligente de ejercer la debida vigilancia, p. ej., FLEISCHER, *AG*, 2003, 291; WAGNER, *CCZ* 2009, 8, 12 s., 15 refiriéndose al § 76 I *AktG* (función de vigilancia como parte de la tarea de la dirección ejecutiva) y al § 93 I *AktG*; POTTINECKE / BLOCK en KNIERIM / RÜBENSTAHL / TSAMBIKAKIS, *supra* nota 1, cap. 2 n.°m. 6 ss.; rechazando, GRÜTZNER, *supra* nota 1, n.°m. 47. Otros derivan el deber de esclarecer los hechos de los §§ 130, 30 *OWiG*; en este sentido, POTTINECKE / BLOCK, *supra* nota 13, n.°m. 12; GRÜTZNER, *supra* nota 1, n.°m. 47 s., 50; WIMMER, *supra* nota 10, pp. 537, 539 *supra* nota 4; REICHERT, *ZIS* 2011, 113, 117 (que recurre exactamente al § 93 I 1 *AktG* en relación con el § 130 I OWiG); en parte, WAGNER, *CCZ* 2009, 8, 13 s. Sobre esta norma, véase también CARACAS, *Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG - am Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen*, Verkehr, 2014.

[14] En otras palabras, una situación en la que "el interrogador se enfrenta al demandado (es decir, al acusado, al testigo o al perito) en calidad de funcionario y en esta calidad le exige información ('una declaración')", *BGHSt*, *GrS*, 42, 139, 145.

[15] A este respecto, KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.*, 2010, 387, 392; MOMSEN, *ZIS*, 2011, 508, 514.

[16] WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68; KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 388; MOMSEN, *ZIS*, 2011, 508, 510.

[17] GERST, *CCZ*, 2012, 1, 3.

[18] VON ROSEN, *BB* 2009, 230, 231; LÜTZELER / MÜLLER-SARTORI, *CCZ*, 2011, 19.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

caso de las investigaciones internas.[19] Se habla de una "tercerización de las investigaciones",[20] lo que *relativiza* en gran medida la *división público-privada* en este ámbito.

III. Soluciones posibles

Ante esta situación problemática, parecen concebirse tres posibles reacciones principales. La primera trata de reafirmar la opinión predominante, haciendo hincapié en que las preocupaciones descritas no son tan graves (1: evaluación de pruebas). Los otros dos se toman en serio las preocupaciones e intentan abordar uno de los dos lados del conflicto, relativizando el deber de información en el derecho laboral (2) o la admisibilidad de la prueba en los procesos penales (3).

1. Evaluación de pruebas**:**

Al principio, uno podría pensar que la descripción anterior (II) exagera el problema. RAUM argumenta que el tribunal también se enfrenta a problemas comparables cuando utiliza agentes encubiertos o colaboradores, por lo que las disposiciones de protección de los §§ 136 y 136a del StPO tampoco son aplicables en ausencia de un interrogatorio. Sin embargo, la práctica resuelve estos casos utilizando la información, pero relativizando su valor probatorio hasta el punto de que una condena no puede basarse principalmente en ella. Del mismo modo, el valor de una declaración obtenida en virtud de la obligación de información debe relativizarse en el marco de la apreciación de las pruebas.[21]

Sin embargo, esta solución no es satisfactoria. Y su defecto no solo radica en que pretende operar una analogía, adoptando un punto de partida extremadamente controvertido[22] —los grupos de casos de agentes encubiertos y de colaboradores con la justicia— y que, por lo tanto, es incapaz de servir como fundamento sólido para una conclusión analógica. Incluso si uno se abstuviera de hacerlo, la analogía en sí misma, y no solo su fundamento, también es dudosa. Para RAUM, el problema de las investigaciones internas no es tanto que se realicen bajo presión para incriminarse, sino que el investigador privado no está obligado a ser objetivo, lo que conlleva un peligro para el establecimiento de la verdad.[23] Por lo tanto, el problema central de la autoinculpación descrito

[19] P. ej., WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ*, 2009, 68, 70; WESSING, *supra* nota 3, p. 928 s.; IGNOR, *CCZ*, 2011, 143; WASTL, *ZRP*, 2013, 57, 58; lo más detallado, ZERBES, *ZStW*, 125 (2013), 551, 554 ss.; más detalles *infra* en III 3 b dd.
[20] Este es el título del artículo de PFORDTE en AG Strafrecht DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 740; véase también WEWERKA, *supra* nota 1, p. 198 ss. (bastante crítico).
[21] RAUM, *StraFo*, 2012, 395, 399; véase también KNIERIM, *StV*, 2009, 324, 330 ss.
[22] Una crítica en GRECO, *FS Wolter*, 2013, pp. 61, 77 s., 78 s. con otras referencias.
[23] RAUM, *StraFo* 2012, 395, 399.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

anteriormente en II. 3 se pierde de vista: pues este problema persiste incluso si la información, transmitida a los órganos de persecución penal, corresponde totalmente a la verdad.

2. Negación del deber de información según la legislación laboral**:**

a) Una solución diferente es la que propone sobre todo I. ROXIN.[24] Ella ya cuestiona el deber de información de la legislación laboral en caso de autoinculpación. Recuerda que el derecho a la determinación unilateral de la prestación por parte de un contratante debe ejercerse según el criterio de equidad (§ 315 I del BGB) y que, al concretar el concepto jurídico indeterminado de equidad, también deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales y, con ellos, la libertad de autoinculpación. Sobre todo, no existiría la necesidad de la información, lo que significaría que el deber de información del empleado sería desproporcionado porque innecesario; puesto que ya sería permisible un despido por sospecha en el caso de una negativa a proporcionar información. Los que sacan la conclusión del estatus constitucional del principio de *nemo tenetur* de que el principio no se limitaría al derecho procesal penal adoptan un enfoque similar.[25] De ello se deriva, sobre todo, un derecho al silencio por parte del trabajador respecto de las declaraciones que puedan incriminarle. Una decisión del *Tribunal Regional Superior de Karlsruhe* también negó apodícticamente el deber de un empleado de autoinculparse frente a su empleador.[26]

b) Esta propuesta también parece insatisfactoria.

aa) En primer lugar, porque no es capaz de aliviar el problema descrito anteriormente. Con o sin obligación de informar: sigue siendo lícito amenazar con el despido en caso de negarse a declarar. Desde el punto de vista del interesado, es solo una cuestión de construcción dogmática que le resulta irrelevante, si el motivo de este despido es la violación del deber contractual de información o si se trata de un despido por sospecha de incumplimiento de sus obligaciones. Para él siempre es una

[24] *I.* ROXIN, *StV*, 2012, 116, 121. también MENGEL / ULLRICH, *NZA* 2006, 240, 243; GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, *NJW* 2008, 1703, 1705 (inexigibilidad); DANN / SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1852; WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68, 71; RUDKOWSKI, *NZA* 2011, 612, 613; TSCHERWINKA, *FS I. Roxin*, 2012, p. 521; ZERBES, *ZStW* 125 (2013), 551, 559, quien aboga por una ampliación del ámbito de protección del principio *nemo tenetur* (véase III 3 b dd); por un derecho al silencio como resultado de una ponderación de intereses según el caso concreto, primeramente en KREY, *supra* nota 10, p. 53; ROGALL, *SK-StPO* vor § 133 ss. n.ºm. 140: el deber de declarar es aquí "dudoso".

[25] En este sentido, WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68, 70; KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 389; también MOMSEN, *ZIS* 2011, 513.

[26] *OLG Karlsruhe*, *NStZ* 1989, 287.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

cuestión de la alternativa descrita anteriormente, cárcel o calle, *talk or walk*.[27] Por lo tanto, el problema sigue existiendo.[28]

bb) Se agrega, en esa línea, que no se puede derivar una ampliación del ámbito de aplicación de la libertad de autoincriminación a partir de su rango constitucional. Este argumento confunde la cuestión formal del rango de un instituto jurídico en la estructura escalonada de las fuentes del derecho con la cuestión sustantiva del contenido de un instituto jurídico. La conclusión es lógicamente tan errónea como las afirmaciones de que el principio *ne bis in idem* debe aplicarse también en el derecho procesal civil debido a su rango constitucional (art. 103 III de la Ley Fundamental alemana - GG) o que la prohibición de retroactividad (art. 103 II GG) debe aplicarse también a las medidas de seguridad, etc.[29]

cc) Por último, la tesis de un efecto eximente de la libertad de autoincriminación resulta cuestionable tras un examen más detallado. De todos modos, es obvio que la libertad de autoincriminación no proporciona carta blanca para las acciones positivas destinadas a ocultar la culpabilidad: basta con pensar en los motivos de una prisión preventiva por riesgo de destrucción de pruebas (§ 112 II nº 3 StPO) o por el delito de falsa denuncia (§ 164 del Código Penal - StGB),[30] perjurio o falso testimonio (§§ 154, 153 StGB)[31] o calumnias (§ 187 StGB),[32] todos los cuales no dejan de aplicarse porque el delincuente interviene para defenderse de la acusación. La libertad de autoincriminación ni siquiera puede eximir de las obligaciones de actuar[33] que, por sí mismas,[34] son menos graves, según la ley (véase la posibilidad opcional de atenuar la pena, según el § 13 II StGB). La libertad de autoincriminación no permite al secuestrador ocultar a la policía el lugar donde se encuentra su víctima. Solo en el caso de las obligaciones generales de solidaridad, de acuerdo con el § 323c StGB, se argumenta ocasionalmente algo diferente;[35] predominantemente, y probablemente

[27] De manera correcta PFORDTE, *supra* nota 20, p. 754; KOTTEK, wistra 2017, 10 s.
[28] Sin embargo, se podría pensar que un despido por sospecha también debe ser inadmisible en estos casos. Por lo que se puede observar, nadie aboga por ello, y con razón. No se puede esperar que el empresario continúe la relación contractual, aunque haya sospechas de delito.
[29] Con razón, crítico con relación a un "exagero en la deducción constitucional", VERREL, *NStZ* 1997, 361, 364 s.; RÖDIGER, *supra* nota 12, p. 266 s.
[30] Véase especialmente LENCKNER / BOSCH en *Sch/Schr-StGB*, 29.ª ed. 2014, § 164 n.º m. 9.
[31] Véase especialmente el § 157 *StGB* que solo reconoce el "estado de necesidad testimonial" (cuando un testigo o un perito mienten para protegerse o proteger algún familiar) como atenuante de la pena.
[32] Sobre la inaplicabilidad del § 193 *StGB* a la difamación por parte de un sospechoso que quería dirigir las sospechas hacia otro, ya *RGSt*, 48, 414.
[33] Véase ENGISCH, *FS Gallas*, 1973, pp. 163, 189 s.; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, 647, 655; KARGL, *GA*, 1999, p. 459 s.; y desde un punto de vista filosófico moral MOORE, *Act and Crime*, Oxford, 1993, p. 58 s.
[34] NK/StGB-*Wohlers/Gaede*, 4ª ed. 2013, § 13 n.º m. 18 con otras referencias; disidente parcialmente SEEBODE, *NStZ* 1993, 83, 84, porque quiere aplicar los principios de la decisión del deudor fallido.
[35] P. ej., WELZEL, JZ 1958, 494, 496; de manera diferencial MK/StGB-*Freund*, 2ª ed. 2014 § 323c n.ºm. 99 ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

con razón, se asume que estas obligaciones de rescate no se ven afectadas en gran medida, a pesar de la posible autoincriminación.[36] Ni siquiera está claro si los riesgos de autoincriminación pueden justificar una exclusión del deber de prestación, según el § 275 III del BGB.[37]

Aunque el ordenamiento jurídico prevea una multitud de derechos para rechazar la información en el caso de autoinculpación,[38] es menos probable que estos derechos encarnen consecuencias obligatorias del principio *nemo tenetur*, sino más bien la expresión de la equidad legislativa. Parece que hay muchos indicios de que la libertad de autoinculpación es un instituto puramente procesal, en el sentido de que *solo puede tener efecto sobre las obligaciones procesales y no sobre las sustantivas.*[39]

3. Prohibición de pruebas**:**

Es obvio que la solución debe encontrarse en el ámbito del procedimiento penal. Dado que ha resultado inadecuado solucionar el problema con base en la evaluación de las pruebas (véase el punto 1), podría ser aconsejable empezar en una fase anterior. Así, se debe tomar en consideración una prohibición de pruebas. La mayoría de las opiniones de la doctrina procesal penal probablemente se inclina por esta propuesta. Sin embargo, los caminos hacia esta prohibición de pruebas son diferentes. Algunos se refieren al derecho a un juicio justo (*infra* a]). La mayoría, sin embargo, prefiere invocar el principio *nemo tenetur* (*infra* b]).

a. Derecho a un juicio justo (Fair Trial)**:**

aa) Un primer grupo de autores, sobre todo KNAUER, quiere afirmar las prohibiciones de utilización de la prueba (*Beweisverwertungsverbot*) en los casos en los que, a su juicio, se vulnera el derecho a un juicio justo.[40] Se dice que la ventaja decisiva de esta línea de argumentación, en comparación con el principio *nemo tenetur,* reside en la mayor flexibilidad de la norma, ya que el juicio justo tendría la estructura jurídico-teórica de un "principio" graduable y no la de una "regla"

[36] Véase por todos SK/StGB-*Rudolphi/Stein* 136. Lfg. 2012, § 323 c n.º m. 21 con otras referencias.
[37] En los principales comentarios no hay ni una palabra al respecto, véase, p. ej., MK/BGB-*Ernst*, 6ª ed. 2012, § 275 n.ºm. 118; Staudinger/BGB-LÖWISCH/CASPERS, Neubearbeitung, 2009, § 275 n.ºm. 103 ss.
[38] P. ej., § 52 V *BIMSchG*; § 24 II *BtMG*; 59 V GWB; 44 VI *KWG*; 69 VI EnWG.
[39] Por este camino, H.A. WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, 1997, p. 56 ss., 68, 99 ss., 274 ss. (quien, además, propone distinguir entre *nemo tenetur* y su "efecto radiante"). En sentido parcialmente disidente, KÖLBEL, *Selbstbelastungsfreiheiten*, 2006, p. 440 ss., 489.

[40] KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 390 ss.; KNAUER / GAUL, *NStZ* 2013, 192, 193 ss.; MOMSEN, *ZIS* 2011, 508, 513 s.; MOMSEN / GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; WEWERKA, *supra* nota 1, pp. 271. ss., 293 ss., 301; SK/StPO-*Rogall*, vor § 133 ss. n.ºm. 140; solo para casos excepcionales GRÜTZNER, *supra* nota 1, número n.ºm. 358.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

rígida.[41] Posteriormente, se señalan algunos casos problemáticos de los que se derivarían prohibiciones de utilización de prueba. Debida a la proximidad con el engaño, se indicaría la prohibición de utilización, p. ej., en el caso de las *ofertas de amnistía* si estas dan la impresión engañosa de que inmunizarían al empleado contra la persecución penal.[42] Y, como argumento adicional, se recurre a la decisión de la trampa de la escucha (*Hörfallen-Entscheidung*) de la *Gran Sala de Asuntos Penales* (*BGHSt* 42, 139). En la trampa de la escucha, el acusado era libre de decidir "si quería revelarse en la conversación y en qué medida",[43] mientras que el empleado se encontraba en un aprieto mucho más pronunciado en el caso de las entrevistas informativas.[44]

bb) Sin embargo, algunas consideraciones parecen apropiadas.

(1) En primer lugar, la supuesta fuerza al invocar el juicio justo, es decir, la flexibilidad o la condición de principio de este topo argumentativo, podría ser un indicio de un problema grave. Pues al situar el problema en el juicio justo, se ha invocado al mismo tiempo el principio del Estado de Derecho y sus tensiones internas, en particular también el adversario nato de la equidad procesal, es decir, *la eficacia funcional de la administración de justicia penal.*[45] Que esta figura no aparezca en la argumentación de los autores, se debe al hecho de que no todas las consecuencias fueron extraídas de sus propias premisas. Ampararse en la equidad procesal conduce así a una *teoría de ponderación vaga y no vinculante*, según el modelo de la doctrina de la ponderación ya practicada por los tribunales en la dogmática de las prohibiciones probatorias.[46] La consecuencia más palpable de esto es que la prohibición de la explotación dependería, entre otras cosas, de la gravedad de las acusaciones, que no encarnaría otra cosa que una nueva edición del principio medieval "*in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi liceat*".[47]

---

[41] KNAUER / GAUL, *NStZ* 2013, 192, 193.

[42] MOMSEN, *ZIS* 2011, 508, 515; KNAUER / GAUL *NStZ* 2013, 192, 194; véase, también, KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl*. 2010, 387, 388 (en este sentido, "el término 'amnistía' no está exento de humor cínico"), p. 392.

[43] *BGHSt* 42, 139, 153.

[44] KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl*. 2010, 387, 391; MOMSEN, *ZIS* 2011, 508, 514. Además, en el momento de las investigaciones internas, no hay motivos de sospecha todavía contra el empleado individual; es decir, no hay ninguna sospecha inicial que permitiera realizar investigaciones oficiales en absoluto (KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl*. 2010, 387, 393).

[45] *BVerfGE*, 33, 367 (383); 122, 248 (272); *BGHSt*, 31, 296, 299; 54, 69, 89; LANDAU, *NStZ*, 2007, 121, 124 ss.

[46] P. ej., *BGHSt*, 24, 125, 130; 54, 69, 87; en principio BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafrecht*, 1903, p. 33; con concordancia e *in extenso*, especialmente ROGALL p. ej. *ZStW* 91 (1979), 1, 8 ss., 10, 31; *ibid.*, FS Hanack, 1999, p. 293 ss.

[47] CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, 1646, Pars III, Quaestio CII n.°m. 68. Esta objeción se encuentra en SYDOW, *Kritik der Lehre von den „Beweisverboten*, 1976, p. 108; KOHLHAAS, *DRiZ* 1966, 286, 291; de forma análoga, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, 1990, p. 57; WOLTER, GS K. Meyer, 1990, p. 493, 494; ROXIN, *NStZ* 1997, 18, 20: las soluciones de ponderación significan que "el fin justifica, hasta cierto punto, los medios que son cuestionables en sí mismos".

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(2) Pero se necesita adoptar un enfoque fundamental. Incluso si se pudiera tomar en cuenta la idea de un juicio justo sin su lado adverso, aun así, se representaría mucho más una carta blanca que un argumento claro y sustancial. Ella no solo es vaga,[48] sino que ya carece de contenido. Su función no es tanto la de servir de fundamento o fuente de conocimiento para conclusiones posteriores, sino la de proporcionar un punto de contacto que traslade postulados teóricos o pre-positivos al ámbito de la validez jurídica positiva. La idea de un juicio justo permite así remontar un determinado resultado al art. 20 III combinado con el art. 2 I GG y el art. 6 I CEDH; sin embargo, ofrece pocos fundamentos para este resultado.[49]

(3) Por último, también se puede cuestionar el *argumento adicional del empleo de la jurisprudencia de la trampa de la escucha*.[50] Es que esta constelación difícilmente puede alinearse con la que se plantea aquí. En una trampa de escucha, la información se obtiene de forma secreta; se afecta a una persona que ya tiene la condición de acusado y se niega a declarar. La analogía también es frágil en lo que respecta a las consecuencias jurídicas; porque el *Tribunal Supremo Federal* no concluye automáticamente en favor de una prohibición del uso de pruebas a partir de la existencia de una trampa en la escucha, sino que se remite a una ponderación, lo que confirma las preocupaciones expuestas anteriormente (1).

b. Nemo tenetur**:**

Si la referencia al juicio justo no es satisfactoria por una serie de razones, podría valer la pena adoptar un enfoque más concreto e invocar un componente reconocido de cualquier procedimiento penal basado en el Estado de Derecho: el principio del *nemo tenetur*. Aquí se pueden distinguir tres líneas de argumentación. La primera invoca los principios de la llamada decisión del deudor fallido (*Gemeinschuldner*) del Tribunal Constitucional Federal (*infra* bb]). Además, hay autores que, mediante una construcción de imputación, quieren atribuir al Estado lo que a primera vista parece ser una coacción meramente privada de autoincriminación (*infra* cc]). Un tercer grupo de autores quiere ampliar el ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* a casos determinados de actuaciones no estatales (*infra* dd]). De todos modos, antes hay que aclarar si existe una *coacción* a la autoinculpación en los grupos de casos de las investigaciones internas (*infra* aa]).

i. Pregunta preliminar: ¿Coacción a la autoinculpación?:

[48] Así, correctamente, HEUBEL, *Der „fair trial" - ein Grundsatz des Strafverfahrens?,* 1981, pp. 73, 122 ss., 141 s.; igualmente, E. MÜLLER, *NJW* 1976, 1063, 1066; *LR/StPO-Kühne*, 26ª ed. 2006, Einl. I n.º m. 107.
[49] Al menos que se ofrezca una teoría material, con respecto a esto fundamentalmente BOTTKE, *FS Roxin* I, 2001, p. 1243, 1245; *ibid.*, FS Meyer-Goßner, 2001, p. 73 ss.; y GAEDE, *Fairness als Teilhabe*, p. 357 ss.
[50] Véase también JAHN, *StV* 2009, 41, 45; *I.* ROXIN, *StV* 2012, 116, 119.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(1) Como se sabe, el concepto de coacción no es sencillo.[51] Incluso en el contexto de la prohibición de autoincriminación, su significado es cualquier cosa menos clara. La falta de orientación de los debates se hace evidente cuando se examinan los argumentos utilizados para afirmar o rechazar la existencia de la coacción. Por un lado, se dice que las investigaciones internas no encarnan la coerción porque los investigadores no tendrían a su disposición ningún medio de coerción, como la detención cautelar o la incautación.[52] Por otro lado, se argumenta que la coacción para autoincriminarse se basa precisamente en el deber de colaboración desde el derecho laboral,[53] mientras que, a su vez, se replica que en realidad no se puede hablar de una verdadera obligación de autoinculpación, puesto que solo se trataría de una situación contractual o de hecho, pero no de una presión legal o estatal.[54] Ocasionalmente también se afirma que la presión (de hecho) que suele existir en esta constelación no justificaría la prohibición de la utilización de la prueba.[55]

(2) Solo una elaboración bien fundamentada de las razones y los límites de este principio,[56] nos permitiría obtener conclusiones sólidas sobre el presente y también sobre las demás cuestiones del principio *nemo tenetur*, las cuales se abordarán más adelante. Pero, no hace falta decir que tal pretensión no se puede alcanzar en el presente contexto. De manera que, desde este artículo, se deberá perseguir objetivos más modestos y contentarse con deducir cautelosamente su aplicabilidad, en el contexto de las investigaciones internas, a partir de las concreciones reconocidas del principio del *nemo tenetur*.

(a) Debería ser obvio que no es la *existencia de medios coercitivos legales* lo que justifica una autoincriminación forzada. Más bien, los medios de coerción previstos en el derecho procesal penal

[51] Desde un punto de vista filosófico véase NOZICK en MORGENBESSER et al. (eds.), *Essays in Honour of Ernest Nagel*, Nueva York, 1969, p. 440 ss; WERTHEIMER, *Coercion*, Princeton, 1987, p. 179 ss.
[52] MOMSEN / GRÜTZNER, *DB* 2011, 1792, 1793; con razón y críticamente THEILE, *ZIS* 2013, 378, 383.
[53] WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68, 71 (según los autores, el *nemo tenetur* debería aplicarse a toda situación coercitiva, véase nuestra crítica bajo el apartado cc] [1]); BEULKE, *Strafprozessrecht*, 12ª ed. 2012, n.ºm. 481.
[54] KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 389; MOMSEN, *ZIS* 2011, 513, quien, por lo tanto, solo habla con cautela de un "parelelo al *nemo tenetur*" (p. 514).
[55] JAHN, *StV*, 2009, 41, 44; THEILE, *StV* 2011, 381, 385.
[56] Este enfoque es ofrecido, p. ej., por ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, p. 104 ss, con una derivación más de derecho positivo; KÖLBEL, *supra* nota 39, p. 142 ss; WOLFF, *supra* nota 39, p. 56 ss, 274 s.; BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzipips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, 1998, esp. p. 107 s. Véase también las consideraciones rudimentarias de RENZIKOWSKI, *JZ* 1997, 710, 714 s., quien interpreta el *nemo tenetur* como un componente del derecho fundamental a la autodeterminación informativa o como un derecho de control de información; WEßLAU, *ZStW* 110 (1998), 1, 26 ss., 31 ss.; y ROXIN, quien defiende sobre todo la ampliación del principio *nemo tenetur* a la protección contra la autoinculpación por error (*NStZ* 1995, 465, 466; *ibid.*, *NStZ* 1997, 18; *ibid.*, FS Geppert, 2011, pp. 549, 556; ya en WOLFSLAST, *NStZ* 1987, 103, 104). Monografías más recientes sobre el tema, como VERREL, *Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, 2001, p. 8 (véase también *ibid.*, NStZ 1997, 361, 364) y EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, p. 2 ss. y passim, prescinden de tal fundamento.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

solo pueden utilizarse dentro de los límites establecidos por el principio del *nemo tenetur*. No es casualidad que todos los medios legales de coerción presupongan únicamente una aquiescencia pasiva.[57] Y, a la inversa, se pone de manifiesto que muchos de los métodos de interrogatorio prohibidos que se mencionan en el § 136a del StPO, como los malos tratos, la administración de medicamentos o la tortura, son claros ejemplos de coacción para la autoincriminación[58] y, específicamente, por ello, son prohibidos.

(b) Al mismo tiempo, esto deja claro que la *coacción de hecho* debe ser suficiente para que se aplique el principio *nemo tenetur*.[59] Suponer que una obligación jurídica de proveer información establecería una coacción de autoincriminarse, en el sentido de *nemo tenetur*, conllevaría a la conclusión paradójica de que el uso de una declaración hecha como resultado de tortura (o sea con la "crueldad" o los "malos tratos", según el § 136a del StPO) no afectaría al principio *nemo tenetur*, dado que estos medios ya son prohibidos. De este modo, no son las obligaciones de informar de la legislación laboral lo que constituye la coacción relevante, sino solo la imposición fáctica de un pedido de información. Esto también significa que las investigaciones internas, que, por iniciativa propia, observen los principios del Código de Procedimiento Penal,[60] no implican coacción y no están sujetas a las consideraciones descritas anteriormente en II 3.

(c) La referencia al carácter contractual de la obligación de declarar también puede interpretarse de forma diferente, es decir, ya no más como una manera de poner en duda la coacción, sino para indicar un *consentimiento anticipado* a la coacción o una *renuncia* a la libertad de autoincriminarse. Sin embargo, esto es cuestionable, no porque la celebración de un contrato de trabajo no pueda considerarse voluntaria,[61] sino simplemente porque tal declaración de consentimiento o renuncia sería una suposición ficticia. I. ROXIN dice con razón: "el carácter voluntario de la relación laboral difícilmente puede equipararse a un compromiso voluntario de renuncia al derecho de no autoincriminarse".[62] De lo contrario, al celebrar un contrato de trabajo, ya se tendrían que observar

[57] P. ej., ROGALL, *supra* nota 56, p. 55 ss.; *LR/StPO-Kühne* 26ª ed. 2006, Einl J n.ºm. 90; *BVerfGE*, 56, 37, 42 s.
[58] Véase, p. ej., ROGALL, *supra* nota 56, p. 50; *ibid.*, *SK-StPO* § 136 a n.ºm. 4: "Disposición básica para la protección de libertad de testimonio"; LR/StPO-*Kühne* 26ª ed. 2006, Einl J n.º m. 88; ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 27ª ed. 2012, § 25 n.º m. 15; *BVerfGE* 56, 37, 43.
[59] Con el mismo resultado también VON STETTEN, *JA* 1996, 55, 57; BÖHM, *WM* 2009, 1923, 1928; KASISKE, *NZWiSt* 2014, 262, 266.
[60] O que se realizan de acuerdo con las tesis del colegio federal de abogados (BRAK) sobre el abogado de empresa (declaración nº 35/2010), sobre ellas IGNOR, *CCZ* 2011, 143, 144 ss.; MOMSEN / GRÜTZNER, *DB* 2011, 1792; SIDHU / *VON* SAUCKEN / RUHMANNSEDER, *NJW* 2011, 881; THEILE, *ZIS* 2013, 378.
[61] Sin embargo, en este sentido, *I.* ROXIN, *StV* 2012, 116, 120; KASISKE, *NZWiSt* 2014, 266; entre los clásicos, KARL MARX, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, (Meiner Philosophische Bibliothek), 2005, p. ej., p. 59: El trabajo de los asalariados "no sería, pues, voluntario, sino obligatorio, trabajo forzado".
[62] *I.* ROXIN, *StV* 2012, 116, 120.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las garantías del ordenamiento jurídico para una renuncia válida a la protección del *nemo tenetur* —especialmente las obligaciones de advertencia previstas en el § 136 I 2 del StPO—. El hecho de que esta idea parezca casi absurda demuestra que no se puede hablar en absoluto de una renuncia al *nemo tenetur* en el momento inicial de la celebración del contrato.

(d) La afirmación de que la coacción presente en las investigaciones internas *no es lo suficientemente grave* como para abrir el ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* tampoco es convincente, cuando se toma en cuenta que el § 55 del StPO parece ser una consecuencia de este principio.[63] Si esta disposición no existiera, el testigo que corriera el riesgo de autoincriminarse se expondría a la imposición de una multa y una detención administrativa (§ 70 del StPO). Es lógico que esta presión no siempre será mayor que la de la amenaza de perder el empleo. Aunque no quede claro qué intensidad debe tener una coacción prohibida por el *nemo tenetur*, aparentemente, se puede asumir que el umbral de intensidad requerido se superaría en el caso de una amenaza de despido. Tampoco se puede olvidar que la amenaza de despido es el ejemplo clásico de un mal suficientemente grave para configurar el delito del § 240 del StGB.[64]

(3) Se ha establecido así un *primer resultado intermedio*: En las investigaciones internas está definitivamente presente una autoincriminación *forzada*. Queda por aclarar si también están los otros requisitos para la aplicación del principio *nemo tenetur*.

ii. Nemo tenetur (I): Uso de los principios de la decisión del deudor fallido *(Gemeinschuldner)*:

(1) Dado que el significado y el alcance del principio *nemo tenetur* no están nada claros, parece aconsejable remitirse a la decisión más importante del Tribunal Constitucional al respecto, a saber, la llamada decisión del deudor fallido (*Gemeinschuldner-Entscheidung, BVerfGE* 56, 37). Según sus principios rectores, el deudor fallido —es decir, el actual deudor insolvente— no tiene derecho a rechazar la información en los procedimientos de insolvencia (p. 48 ss.). Pero, como contrapartida a este deber ilimitado de información, debía reconocerse una prohibición de su utilización en el proceso penal (p. 50): "El derecho general de la personalidad del deudor fallido se vería desproporcionadamente perjudicado si sus autoincriminaciones, producidas bajo coacción, fueran malversadas en contra de su voluntad y puestas a disposición para su utilización en el proceso penal". Aplicado a la constelación de investigaciones internas, esto significa que el principio de *nemo tenetur*

[63] P. ej., ROGALL, *supra* nota 56, p. 257 ("forma básica da prohibición de autoincriminación"; *SK-StPO*/ROGALL, 4. Ed. § 55 n.ºm. 1; *BVerfGE*, 56, 37, 45.
[64] P. ej., *BGH*, *NJW*, 1993, 1807.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

no justifica *per se* un derecho del trabajador al silencio. Sin embargo, como contrapartida a esta obligación de declarar, debe reconocerse la prohibición de utilización en el proceso penal.[65]

(2) A tal efecto, pueden formularse *consideraciones* de dos niveles.

(a) Las consideraciones más *superficiales* no carecen de importancia, aunque no puedan comprenderse como las últimas palabras. Ellas han encontrado su expresión sobre todo en una decisión reciente del *Tribunal Regional de Hamburgo*, que rechaza la transferibilidad de los principios de la decisión del deudor fallido al derecho de los contratos de seguro, al derecho de las organizaciones y al derecho laboral. El empleado se diferencia del deudor insolvente porque el primero "solo" está sujeto a obligaciones contractuales, y no legales, de proporcionar información.[66] Las disposiciones legales de los §§ 666 y 675 del Código Civil alemán (BGB) no son constitutivas, sino puramente declarativas, ya que el deber de información surge de la propia relación laboral voluntariamente establecida. En palabras del *Tribunal Regional de Hamburgo*: en las investigaciones internas, existe "una obligación contractual asumida voluntariamente por el interesado para una posible autoincriminación".[67] También se puede hacer referencia a la decisión de una Cámara del Tribunal Constitucional Federal, que rechazó las prohibiciones del uso de la prueba, a causa de que el tomador asumió voluntariamente el deber de información ante la aseguradora civil de vehículos.[68]

Ya se ha explicado anteriormente en aa (2) (b) que esto no depende de la naturaleza de la coacción: ya sea fáctica o jurídica, o bien contractual o legal. No obstante, la objeción del *Tribunal de Hamburgo* tiene peso porque señala que las *rationes decidendi* de la decisión del deudor fallido son difíciles de trasladar a la constelación que se acaba de examinar; los casos son demasiado diferentes.[69]

---

[65] Véase BÖHM, *WM*, 2009, 1923, 1927 ss.; BITTMANN / MOLKENBUR, wistra, 2009, 373, 377 ss.; KOTTEK, *supra* nota 2, p. 120 ss., BEULKE, *supra* nota 53, n.°m. 481; RÖDIGER, *supra* nota 12, p. 273 ss; KASISKE, *NZWiSt* 2014, 266; probablemente también JAHN / KIRSCH *StV*, 2011, 151, 152 y ROXIN / SCHÜNEMANN, *supra* nota 58, § 25 n.°m., 14. BÖHM y KOTTEK quisieran utilizar el § 97 (1) frase 3 InsO por analogía. Similarmente, *LAG Hamm*, CCZ 2010, 237, 238 (en investigaciones sobre una violación de la prohibición de concurrencia, según el § 60 del HGB).

[66] *LG Hamburg*, *NJW*, 2011, 943, 944; véase también en un contexto puramente laboral, *OLG Karlsruhe*, NStZ, 1989, 287.

[67] *LG Hamburg*, *NJW*, 2011, 943, 944; así también MOMSEN / GRÜTZNER, *DB* 2011, 1792, 1795; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 241; WIMMER, *supra* nota 10, p. 549; *GÄDIGK* in KNIERIM / RÜBENSTAHL / TSAMBIKAKIS *supra* nota 1, cap. 18 n.°m. 29. En el tema también MOMSEN / GRÜTZNER, *DB*, 2011, 1792, 1795.

[68] *BVerfG*, *NStZ*,1995, 599; antes *OLG Celle*, *NStZ*, 1982, 393; NJW, 1985, 640; en el resultado lo mismo, GEPPERT, Jura, 1995, 439, 441 s.; en disidencia de VON STETTEN, *JA*, 1996, 55, 59. Véase también *OLG Oldenburg*, *NStZ*,1992, 349; *OLG Düsseldorf*, *NStZ*, 1992, 349, con el rechazo de la prohibición de utilizar la información proporcionada por un solicitante de asilo, con el argumento de que no había obligación de proporcionar dicha información; sin embargo, la crítica a esto VON STETTEN, JA, 1996, 55, 58 s.

[69] Idéntico con respecto del resultado, JAHN, *StV* 2009, 41, 44; ZERBES, *ZStW*, 125 (2013), 551, 558 s.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

De hecho, la decisión del deudor fallido no ofrece ninguna justificación para que una obligación contraída contractualmente también provoque una prohibición de utilización de la prueba.

(b) Sin embargo, los problemas reales del uso de la decisión del deudor fallido radican en un nivel aún más fundamental. Pues la *correlación derivada de la decisión entre la obligación legal de autoincriminarse y la prohibición de utilización de la prueba en el proceso penal*[70] no es sostenible en sí misma, ni encuentra fundamento en la decisión.[71] Si se examina con detenimiento, resulta obvio que las obligaciones legales de autoincriminación no conllevan necesariamente una prohibición de pruebas: así, a nadie se le ocurriría honrar al secuestrador ya mencionado en el punto 2. b) cc) con una prohibición probatoria, en virtud de su obligación legal de revelar el escondite de su víctima. Sin embargo, el fallo del deudor fallido tampoco postula tal regla en ningún momento: la propia sentencia recuerda otros deberes legales de revelación que en ningún caso suponen una prohibición de utilización de la prueba, como los deberes de información y de rendición de cuentas del derecho de obligaciones, del derecho de familia o del derecho sucesorio.[72] También menciona la prohibición extremadamente restringida de la utilización probatoria del § 393 II de la Ley General Tributaria (AO)[73] —una disposición que prohíbe el uso de los resultados obtenidos en los procedimientos fiscales solo para la persecución de un delito no fiscal, y esto bajo la condición de que no se oponga a ello ningún interés público imperativo—.[74] La decisión deriva sus consecuencias jurídicas de una ponderación,[75] sin dejar en claro qué factores se tuvieron en cuenta en este juicio de ponderación. Resulta difícil formular la regla generalizable que se supone como expresión de la decisión.[76]

(3) En otras palabras: suponiéndose correcta la decisión del deudor fallido, es más probable que esa decisión judicial encarne la expresión de una jurisprudencia de ponderación o de equidad

[70] En este sentido, pero expresamente DINGELDEY, *NStZ*, 1984, 529, 532 s.; BÄRLEIN / PANANIS, *NJW* 2002, 1825, 1827; WIMMER, *supra* nota 10, p. 548 ss.

[71] La decisión se expresa con cautela y en tercera persona: "En varias ocasiones, la necesidad de salvaguardias se deriva de la Ley Fundamental para todos los deberes de proporcionar información."

[72] *BVerfGE*, 56, 37, 45 s. VERREL, *NStZ* 1997, 361, 363 enumera muchas más obligaciones de este tipo. Véase la reciente sentencia del *OLG Düsseldorf*, StV 2004, 269, que se pronunció sobre la compatibilidad de la obligación, según la legislación aduanera, de revelar el dinero en efectivo que se lleve más de €10.000 euros (§ 12a II 1 ZollVG) y la infracción administrativa del artículo 31a I ZollVG, que trata de la no revelación del dinero en efectivo, con el principio *nemo tenetur* (con críticas en BÖSE, StV, 2014, 270 ss.).

[73] *BVerfGE*, 56, 37, 47. A esto también se refiere GÄDIGK, *supra* nota 67, n.ºm. 29.

[74] En este sentido, STRECK, *StV* 1981, 362; RÜPING, *NStZ* 1997, 530, 533 ss. los principios de la decisión del deudor fallido a la obligación de información del derecho fiscal; véase a la obligación de información según la legislación fiscal; también ASELMANN, *NStZ*, 2003, 71; más detalladamente acerca de todo, EIDAM, *supra* nota 56, p. 199 ss.

[75] *BVerfGE* 56, 37, 49 s.

[76] Asimismo, VERREL, *NStZ*, 1997, 361, 364 s.; igualmente, *Stürner NJW*, 1981, 1757, 1763; STAUDER, GRUR Int 1982, 226, 231.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

orientada a la proporcionalidad. Poco se puede deducir con seguridad de su fundamentación explícita para otros grupos de casos.

iii. Nemo tenetur (II): Imputación de la acción supuestamente privada al Estado:

(1) Como consecuencia, tendremos que prescindir del soporte de la decisión del deudor fallido, que en sí misma no es muy fiable. Es cierto que hay una obligación de autoincriminación (*supra* aa). Parece igualmente plausible que esto no sea suficiente para una aplicación del principio *nemo tenetur* y para una prohibición de pruebas. Porque no solo la amenaza de despido, sino también la amenaza de suicidio, p. ej., es una amenaza de un mal grave en el sentido del § 240 del Código Penal.[77] La idea de asumir una prohibición de pruebas para este último caso, en el que el marido confiesa bajo la presión de su esposa que amenaza suicidarse —que prefiere morir antes de saber que está casada con un criminal que evade su responsabilidad— es bastante remota. La razón de ello parece ser que la coacción proviene de una instancia puramente privada. Es verdad que el principio del *nemo tenetur* se contenta con una coacción de hecho (véase *supra* aa [2] [b]), pero, para ello, debe tratarse en principio de una *coacción estatal*. Y esto también nos lleva a una cuestión central del problema de las investigaciones internas: la coacción que se plasma en ellas se ejerce, a primera vista, de forma privada.

Dos estrategias de argumentación son posibles. La primera, más modesta, trata de describir la situación de otra manera, es decir, de mostrar que en realidad no solo hay aquí una acción privada, sino que el comportamiento de los investigadores puede atribuirse al Estado. Ello es el objeto de la presente sección. El segundo punto de vista, más radical, aboga por una ampliación del ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* a la acción no estatal; esto último será el objeto de la siguiente sección (*infra* dd).

(2) La cuestión es saber si hay motivos para atribuir al Estado la conducta de los particulares.

(a) Ocasionalmente, la imputación se reconduce al precepto del *§ 888 ZPO*, que permite exigir el cumplimiento del deber de información (como una prestación de hacer no fungible) mediante la amenaza de una multa y un arresto.[78] Incluso si se parte de la coercibilidad del deber de información,[79] esto parece cuestionable cuando se tiene en cuenta no solo la constelación de investigaciones internas, sino también los casos típicos de administración desleal —como el caso del

[77] En lugar de todos, ESER / EISELE en Sch/Sch-StGB, 29ª ed. 2014, § 240 n.ºm. 31.
[78] BÖHM, WM 2009, 1923, 1928; KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 393; KNAUER / GAUL, *NStZ* 2013, 192, 194, pero en contra MOMSEN, *ZIS*, 2011, 513.
[79] En contra, p. ej., GERST, *CCZ* 2012, 1, 3; RAUM, *StraFo*, 2012, 395, 397; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 240 s.; para críticas, BÖHM, *WM* 2009, 1923, 1925.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

arquitecto desleal, decidido por el *BGHZ* 41, 318—. Incluso si al titular del patrimonio se le conceden los medios coercitivos del § 888 ZPO frente a su representante, difícilmente se podrán postular prohibiciones de prueba respecto de las declaraciones de este representante.

(b) KOTTEK propone una nueva figura de imputación, que denomina *coautoría técnico-investigativa*.[80] Si, p. ej., con respecto del uso de métodos de interrogatorio prohibidos en el sentido del § 136a StPO, existe una intención conjunta de practicar la acción investigativa, así como la ejecución conjunta, la función protectora de la disposición debería aplicarse independientemente de cuál de los dos lados (investigadores privados o estatales) lleve a cabo o ejecute realmente el método prohibido. Por lo tanto, la intención de condenar al responsable constituiría la decisión conjunta de practicar la acción investigativa. Pero la ejecución conjunta también estaría presente: el defecto que supone la falta de participación del Estado en la realización de los interrogatorios podría ser sustituido por el plus en la planificación de la acción investigativa, siempre que la intención de la acusación se extendiera a la circunvalación deliberada de las normas procesales. De tal modo que, si la fiscalía decide —*a posteriori*— obtener información sobre la base de las investigaciones privadas, sería posible establecer la imputación según los principios de la llamada coautoría sucesiva.

La referencia análoga a los principios de imputación del derecho penal material no es cuestionable; también ya nos referiremos a ellos (véase más adelante en [d]), puesto que proporcionan normas precisas y generalmente válidas para la atribución de responsabilidad en casos de colaboración colectiva, por lo que resulta obvio referirse a ellos. Un problema, sin embargo, es que no solo se recibe acríticamente el núcleo de estos principios, sino también dos concreciones extremadamente cuestionables de ellos: la coautoría mediante la contribución al delito en la fase preparatoria y la figura de la coautoría sucesiva. Ambas son muy controvertidas y, desde una visión correcta que no se puede justificar aquí, inaceptables.[81] De esta manera, una conclusión por analogía no encuentra soportes sólidos.

(c) *La inducción como causa de imputación*. A menudo se afirma que la imputación de una conducta privada al Estado sería obvia, porque las investigaciones internas son regularmente inducidas por el Estado.[82]

Allí está una idea promisora. En el caso de las acciones de las *autoridades alemanas*, especialmente de la fiscalía alemana, no hay ninguna razón aparente para rechazar la construcción de la

[80] KOTTEK, *supra* nota 2, p. 161 ss.
[81] Véase ROXIN, AT II § 25 n.º m. 203, 227 s.; LK/StGB-*Schünemann* 12ª ed. § 25 n.ºm. 182, 200.
[82] WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68, 70, 73; WEWERKA, *supra* nota 1, 245 ss; cerca de JAHN, *StV*, 2009, 41, 45, que sigue requiriendo una mala conducta sistemática e intencionada por parte de los investigadores para prohibir la utilización.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

imputación.[83] Aquí se puede dejar abierto si se debe argumentar con la figura de la instigación del derecho penal material o servirse de la intervención indirecta de los derechos fundamentales, según los principios de derecho público.[84] Porque es obvio que aquel que provoca el ejercicio de la coacción, ya no podrá más —a primera vista— distanciarse de la coacción subsiguiente.

Solo hay que precisar qué debe entenderse aquí por el *concepto de inducción*. Queda claro que se trata de una *influencia activa* de los órganos de persecución sobre la empresa. La cuestión es saber hasta dónde hay que ir más allá de ello: p. ej., si la fiscalía debería dirigir una indagación informal a una empresa; o dar una orden a la empresa;[85] o amenazar explícitamente con el inicio de sus propias investigaciones; o si incluso hace falta una "conducción" de las investigaciones por parte del Estado.[86] Hay que tener en cuenta aquí que toda influencia de los órganos de persecución penal en la formación de la voluntad de una empresa ——que se convierte, desde una perspectiva de causalidad adecuada, en el inicio de investigaciones internas, o incluso de una sola medida de investigación individual— tiene un carácter implícito de amenaza, en el sentido de una amenaza por el mal sensible de iniciar una investigación o un procedimiento sancionador contra la propia empresa. Entonces, en la terminología jurídico-material, incluso una pregunta informal de la fiscalía puede constituir una coacción que rompa la voluntad, lo que convierte a la empresa en un instrumento de la fiscalía (§ 25 I Var. 2 StGB).[87] Por lo tanto, la inducción estará siempre presente si el desarrollo de las investigaciones internas o de determinados actos individuales de investigación, puede atribuirse de manera *adecuadamente causal* a una *influencia activa de la fiscalía*.

Esto también resuelve la objeción de que las empresas o los directivos de las empresas no estarían obligados a responder a una solicitud de información de las autoridades de persecución

[83] Queda sin respuesta cómo deben ser las consecuencias en el caso de acciones de autoridades extranjeras (como la *Securities and Exchange Comission* 'SEC' en el caso Siemens). No será posible afirmar la imputación a partir de una observación general (pero, respecto a esto, WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68, 71); más bien, sería necesaria una discusión de la opinión predominante, que rechaza las prohibiciones de valoración incluso en el caso de violaciones jurídicas por parte de otros estados (para más detalles, véase KRÜßMANN, *Transnationales Strafprozessrecht*, 2009, p. 691 ss.).

[84] En otro contexto, RENZIKOWSKI, *JZ* 1997, 711, 715 s.

[85] En este sentido, WEWERKA, *supra* nota 1, p. 246 s.

[86] DANN / SCHMIDT, *NJW* 2009, 1851, 1852, 1855 se refieren a esto con referencia a una decisión del Tribunal Supremo estadounidense (con más detalle WEHNERT, *NJW* 2011, 1190).

[87] No será necesario entrar en la discusión sobre la calidad de la amenaza capaz de fundamentar una autoría mediata, esto es, si se debería alcanzar la intensidad del § 35 del *StGB* (estado de necesidad exculpatorio) (véase, por todos, ROXIN, AT II, § 25 n.ºm. 48 ss.; SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, § 25 n.ºm. 71), ya que, si se teme la persecución penal, existe un peligro para la libertad, que está protegido por el estado de necesidad exculpatorio del Derecho alemán. Sin embargo, a primera vista, la situación es diferente si solo se trata de un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, la analogía con el derecho penal sustantivo no tiene por qué ser tan estricta; las normas de imputación del derecho penal sustantivo se utilizan aquí más bien como modelos universalmente válidos para atribuir la responsabilidad en vista de las acciones de una pluralidad de personas.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

penal.[88] Pues ella no solo ignoraría la existencia, frecuentemente afirmada, de una obligación legal de llevar a cabo las investigaciones internas,[89] sino sobre todo el hecho de que incluso una solicitud de información legalmente no vinculante por parte de los órganos de persecución puede ejercer una presión de hecho que ciertamente puede considerarse como causa de la imputación.

Así que se ha obtenido un *primer resultado claro*. Cuando las investigaciones internas se basan en una inducción de la fiscalía alemana, los resultados obtenidos por medio de una autoincriminación forzada ya no pueden utilizarse posteriormente en un proceso penal.

(d) *Aprovechamiento como causa de imputación*. Sin embargo, las investigaciones internas no siempre vendrán precedidas de dicha solicitud. En esa situación, ¿se pueden utilizar las informaciones obtenidas mediante una autoincriminación forzada sin más en los demás casos más frecuentes de la práctica? Esto es precisamente lo que pretenden evitar quienes opinan que el aprovechamiento de la información obtenida por el Estado acusador ya encarna un motivo de imputación.[90] Según PFORDTE, "no es descabellado hablar de que los investigadores privados también actúan por encargo de las autoridades investigadoras y que, por ello, su conducta es imputable a las autoridades", "cuando las autoridades estatales aprovechan el impulso de las empresas para investigar y reducen sus propios esfuerzos de investigación al respecto".[91] De lo contrario, sería fácil circunvalar la protección de la prohibición de pruebas. Del mismo modo, KASPAR reconoce ya una imputación de la conducta privada al Estado, cuando las autoridades toman conocimiento de las investigaciones y las asienten.[92]

La idea es sin duda atractiva. De hecho, cabe preguntarse si cualquier información obtenida bajo coacción no estaría contaminada y si el hecho de lavarse deliberadamente las manos, esperando a que otro haga el "trabajo sucio", no debería ser un argumento para alejarse de todo ello. Correctamente, hay que diferenciarlo aquí.

El *concepto del aprovechamiento* es ambiguo en el sentido de que abarca tanto los casos en los que las autoridades fiscales reciben la información como un regalo inesperado, como en los que las autoridades esperan la "sorpresa" desde el principio, pero retrasan el inicio formal de una

[88] DANN / SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1852; KNAUER / BUHLMANN, ANWBL. 2010, 387, 390.
[89] Véase la nota 13.
[90] PFORDTE, *supra* nota 20, p. 755, que, por tanto, propone aplicar análogamente el § 136 a *StPO*; véase también DANN / SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1855; en disidencia WEWERKA, *supra* nota 1, p. 248 ss.
[91] PFORDTE, *supra* nota 20, p. 755.
[92] KASPAR, *GA* 2013, 193, 219.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

investigación precisamente para poder recoger mejor los frutos del trabajo ajeno.[93] En un sistema procesal penal como el alemán, tal espera significará regularmente una violación del principio de legalidad, que exige que la investigación de los hechos comience desde la sospecha inicial (§ 152 II StPO). Al menos, en los grupos de casos, en los cuáles exista una sospecha inicial, pero la investigación oficial no se inicia, en violación al principio de legalidad, no será posible negar la imputación estatal de la conducta privada. El Estado no debe asegurarse ninguna ventaja de una infracción deliberada de la ley; esto revelaría una actitud que parece inaceptable, precisamente, entre quienes se ha confiado la tarea de perseguir las infracciones de la ley practicadas por terceros.[94]

Así se puede establecer un segundo fundamento de imputación, que lleva a prohibir el uso de las declaraciones realizadas bajo coacción —a primera vista— privada: el *aprovechamiento —premeditado desde el inicio—* de los resultados de las investigaciones privadas, ante la falta de una investigación oficial, resultaría un *desprecio al principio de legalidad*.[95] Al mismo tiempo, esto da lugar a ciertos límites: pues solo cuando existe la sospecha de un *delito de acción pública* es que la Fiscalía estará obligada, sin más, a iniciar una investigación preliminar.[96]

(3) Como *conclusión*, se puede afirmar que la coacción a declarar será imputable al Estado y dará lugar a una prohibición de pruebas si las investigaciones internas son *iniciadas* por las autoridades —alemanas— de persecución penal o si las autoridades de persecución, con la intención de recoger los frutos de las investigaciones, *ilícitamente retrasan el inicio de la investigación oficial, a pesar de una sospecha inicial suficiente de un delito (§ 152 II StPO).*

iv. Nemo tenetur (III): Ampliación del ámbito de protección a las conductas privadas:

Todavía cabría preguntarse si la construcción de la imputación no llegaría demasiado tarde o, también, si ella no permanecería demasiada apegada a una dicotomía tradicional —a saber, entre lo público y lo privado, entre subordinación/supremacía e igualdad— que, ante la realidad de las

[93] En este segundo grupo de casos, podría quedar un poco relegado en las explicaciones de WIMMER, *supra* nota 10, p. 551, según las cuales las investigaciones internas deberían contribuir incluso a la aplicación del principio de legalidad.

[94] Sobre la importancia de estos argumentos relacionados con el carácter o (en terminología filosófica moral) con la virtud en los procesos penales, véase GRECO, *supra* nota 22, p. 61 ss. Una tesis similar es la expuesta por BÄRLEIN / PANANIS, *NJW*, 2002, 1825, 1828 ss., en el estrecho contexto del conflicto entre las obligaciones de cooperación del derecho procesal administrativo (es decir, soberano y no, como aquí, contractual) y el *nemo tenetur*.

[95] No se debe ignorar las dificultades prácticas para probar la violación del principio de legalidad, lo que conllevaría a la prohibición de admitir pruebas. Sin embargo, aquí se trata más de un problema general de la estructura del procedimiento de investigación –de origen anterior al Estado de Derecho– que todavía se concibe en gran medida más como *internum*, extrajurídico, del Estado (véase, en detalle y de forma pionera, BOHNERT, *Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts*, 1992, p. ej., p. 184 ss., 239 ss., 406 ss., y *passim*), que en una dificultad de la solución aquí sugerida.

[96] Véase por todos *SK/StPO-Weßlau*, 4ª ed. 2011, § 152 n.º m. 17, 21, 22.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

investigaciones internas, parece casi polvorienta. La cuestión de la imputación no tendría sentido si se relativizara la limitación del ámbito de aplicación del *nemo tenetur* al comportamiento estatal.[97]

Sin duda, hay mucho que decir con respecto de esta tesis audaz. El entrelazamiento típico de la conducta estatal y privada en la constelación examinada aquí ya se ha señalado en la descripción del problema presentada anteriormente. Se podría añadir como argumento que la propia existencia del derecho laboral, que poco a poco se ha ido independizando del derecho civil clásico,[98] atestigua una insatisfacción con la dicotomía clásica, en última instancia, antigua-liberal, de la que también vive el Código Civil alemán, algo que Menger criticó ya en 1890.[99]

No se puede ocultar la desigualdad material entre empresario y trabajador invocando la igualdad formal. Por ello, los principios de derecho público, como el principio de proporcionalidad en particular, han podido establecerse en el derecho laboral.[100] El derecho laboral tiene incluso un principio —modesto y controvertido en su alcance exacto— *nemo tenetur* para el ámbito de la protección contra el despido.[101]

Sin embargo, en el presente artículo no se dará este atrevido paso. El *principio nemo tenetur*, conocido por el derecho procesal penal, podría tener mucho que ver con el hecho de que es especialmente problemático obligar a alguien, a quien se quiere castigar, a que también coopere con ello. Sin embargo, esta afirmación solo podría respaldarse si se dispusiera del fundamento del principio *nemo tenetur* que ya ha sido declarado necesario *supra* en b aa) (2). Precisamente porque ese fundamento aún no es evidente, parece aconsejable proceder con cautela. Los pasos audaces, entendidos como aquellos que cuestionan las premisas fundamentales del modo de pensar convencional o —en el lenguaje de la teoría científica—[102] el paradigma probado, solo deben intentarse cuando se pueda presentar un paradigma alternativo y mejor, o cuando los problemas no

[97] En este sentido, THEILE, *StV* 2011, 381, 385 ("acumulación de potenciales de control"); ZERBES, *ZStW* 125 (2013), 551, 567 ss.: "Esta separación entre lo estatal y lo privado hace imposible tratar adecuadamente el fenómeno de las investigaciones internas: estas investigaciones se evalúan según un criterio de mera forma, mientras que se ocultan las estructuras de poder que realmente subyacen a ellas" (p. 571); KASISKE, *NZWiSt* 2014, 262 ss., en relación con las situaciones que denomina investigaciones internas "sustitutivas".

[98] Véase WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed. 1967, p. 549 ss.

[99] MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890; sobre MENGER véase LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed. 2004, § 2 n.ºm. 40 (muy brevemente la 10.ª ed. 2012, WOLF/NEUNER § 9 n.ºm. 5).

[100] Véase, p. ej., *BAG*, NZA-RR 2009, 362, 366; DANN/SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1853.

[101] Véase, p. ej., *BAG*, NZA 1996, 637, 638 s.; NZA-RR 2009, 362, 364; *U. Fischer*, BB 2003, 522, 524; EBELING, *Die Kündigung wegen Verdachts*, 2006, p. 173 s.; BÖHM, *WM* 2009, 1923, 1926 s.; RUDKOWSKI, *NZA* 2011, 612, 613.

[102] Con base en KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3. Aufl., Chicago/London, 1996, p. 23 ss., 43 ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

puedan superarse de otro modo.[103] Esto último puede probablemente descartarse, ya que podrían encontrarse soluciones manejables y plausibles en forma de los dos grupos de casos propuestas anteriormente de imputación, sin tener que salir del marco del paradigma tradicional.

c. Consecuencia jurídica:

Se puede atribuir al Estado las declaraciones autoincriminatorias, bajo la coacción del empleado en los dos grupos de casos y, de tal modo, derivar de ello una prohibición de prueba. Lo único que queda por aclarar es la forma de esta prohibición de pruebas.

Aquí hay que abogar enfáticamente por una *prohibición de uso con efecto reflejo o indirecto (Fernwirkung)*[104] y no una pálida prohibición de utilización de pruebas. Una prohibición de utilización, entendida como una prohibición de basar el veredicto de culpabilidad en determinadas pruebas, no significa más que un compromiso incompleto y, también, por ello, insincero con el *nemo tenetur*. Porque, mientras las pruebas coaccionadas se puedan utilizar libremente como indicios para el descubrimiento de otras pruebas, merecerá la pena delegar las investigaciones a los particulares, ya sea por una inducción directa o por una espera ilegal.

Esto no ignora las reservas de la jurisprudencia sobre tal efecto reflejo o indirecto;[105] pero, habría que preguntarse hasta qué punto ellas mismas no representan ya la expresión de una actitud que ve el principio *nemo tenetur* más como un obstáculo molesto que un principio fundamental de todo procedimiento penal legítimo. No hay por qué temer a una paralización del proceso penal,[106] ya sea o bien porque las autoridades de persecución criminal se abstienen de estimular a las

[103] GRECO, GA, 2009, 636, 642, 647 ss., en el sentido de un conservadurismo metodológico y con otras referencias de la literatura filosófica.

[104] THEILE, *StV* 2011, 381, 386; GERST, *CCZ* 2012, 1, 3; ROTSCH, *supra* nota 1, § 52; KASISKE, *NZWiSt* 2014, 267; diferentemente RÖDIGER, *supra* nota 12, p. 308 ss. Probablemente también WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68. Véase también, sin referencia al problema aquí tratado, el dictamen especial de HEUßNER, *BVerfGE* 56, 37, 53; KÜHNE, *EuGRZ* 1981, 313, ambos en relación con la constelación del deudor concursal; STRECK, *StV* 1981, 362, 363 y EIDAM, *supra* nota 56, p. 188, ambos con respecto a información del deudor fiscal; también el § 97 I 3 InsO, según el cual, la prueba "solo puede utilizarse con el consentimiento del deudor", lo que algunos entienden como una prohibición de pruebas con efecto remoto (así BITTMANN / RUDOLPH, wistra 2001, 81, 84 s.; HEFENDEHL, wistra 2003, 1, 6 s.); en general, para todas las violaciones de *nemo tenetur* SK-StPO/ROGALL, vor § 133 ss. Solo para una prohibición de uso sin efecto remoto BITTMANN / MOLKE, wistra, 2009, 373, 378; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 301.

[105] *BGHSt* 27, 355, 357 s.; 51, 1, 8; MEYER-GOßNER en *StPO-Komm*, Einl n.°m. 57, con otras referencias.

[106] El argumento estándar contra un efecto remoto de las prohibiciones de pruebas, esencialmente en *BGHSt* 27, 355, 358.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

investigaciones internas, o, más bien, de acuerdo con el principio de legalidad, se investiga de inmediato cualquier sospecha inicial eventualmente existente.[107]

IV. Conclusión

El entrelazamiento entre intervenciones públicas y privadas, que es único en la constelación de investigaciones internas, pone en jaque premisas fundamentales del modelo procesal penal liberal. Según la opinión predominante, la obligación de información derivada de la autonomía privada (es decir, creada por un contrato de trabajo), que ni siquiera debería ablandarse ante el riesgo de autoincriminación, no se compensaría con la prohibición de utilizar la información autoincriminatoria en un eventual procedimiento penal posterior.

A partir de un examen crítico de los enfoques más importantes formulados en la literatura para resolver esta tensión, se ha desarrollado una posición propia. No se cuestiona el deber de información que impone la legislación laboral. Una prohibición general de la utilización de todas las declaraciones basadas en las obligaciones legales sería una generalización demasiado atrevida de las razones nada inequívocas de la sentencia del deudor fallido. Partiendo de la idea de que en los grupos de casos puede existir una coacción de hecho a la autoincriminación, hemos examinado si tal coacción, que parece privada, no es en realidad atribuible al Estado. Hemos respondido afirmativamente en los dos grupos de casos: en primer lugar, la respuesta es afirmativa, cuando las autoridades de la persecución penal proporcionan el impulso para el inicio de las investigaciones, es decir, cuando las *inducen*; en segundo lugar, la respuesta es afirmativa también, cuando ellas retrasan el inicio de una investigación, a pesar de la existencia de una sospecha inicial, es decir, en violación del principio de legalidad, con el fin de *aprovechar* —*a posteriori*— los resultados de las investigaciones internas, alcanzados mediante declaraciones bajo coacción. De esta manera, se concluye que el problema se puede gestionar satisfactoriamente en el marco de la tradicional dicotomía entre la acción privada y pública.

[107] Incluso la conclusión *a fortiori* de que un efecto remoto ni siquiera se supondría en el caso de violaciones del § 136a del Código de Procedimiento Penal por parte de las autoridades de persecución penal (SALVENMOSER / SCHREIER, *HWSt*, 15.ª parte, n.ºm. 72; igual en el resultado BITTMANN / MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 378), es menos una crítica al punto de vista aquí adoptado que una razón para reconsiderar esta interpretación restrictiva sobre las consecuencias de las violaciones del § 136a del Código de Procedimiento Penal, es decir, contra una disposición que se supone como la "expresión de la actitud fundamental del Código de Procedimiento Penal hacia el Estado de Derecho" (*BGHSt* 15, 358, 364).

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VII, número 14, pp. 121-136.

Traducciones

La aplicación transnacional del principio "*ne bis in idem*" (art. 50 CDFUE, art. 54 CAAS)*

Prof. Dr. Martin Böse**

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2022

Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2022

I. Introducción

El principio "*ne bis in idem*" formula la prohibición de doble castigo o persecución penal, la cual se encuentra garantizada constitucionalmente en el orden jurídico alemán conforme al art. 103 III, GG [Ley fundamental alemana]. Según esta, nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho con base en las leyes penales generales. En este sentido, el art. 103 III, GG establece un obstáculo procesal que conduce a la suspensión del procedimiento (§§ 170 II, 206a I, 260 III, StPO [Código Procesal Penal alemán]). La extinción de la acción pública se produce entonces no solo con respecto a una condena (sanción), sino también en caso de una absolución.[1] Sin embargo, y según la doctrina mayoritaria, el art. 103 III, GG debe interpretarse en el sentido de que solo el proceso penal concluido en Alemania puede constituirse en un obstáculo procesal.[2] Esta comprensión también es seguida por el estándar mínimo de derecho internacional (art. 14 VII, PIDCP,[3] art. 4,

* Traducción del alemán al español de Juan Pablo Irrazábal (Universidad de Bonn); revisado por Lucía Solavagione (Universidad de Bonn). Publicado originariamente bajo el título: "Die transnationale Geltung des Grundsatzes 'ne bis in idem' (Art. 50 GRC, Art. 54 SDÜ)", en *Ad Legendum*, n.º 2, 2022, pp. 104-110. Se ha mantenido el formato original de citas.

** Titular de cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Europeo en la Universidad de Bonn, Alemania.

[1] BVerfGE 12, 62, 66; Dürig/Herzog/Scholz-*Remmert*, GG- Kommentar, Art. 103 III, n.º m. 65 [versión: julio 2021] con ulteriores referencias.

[2] BVerfGE 12, 62, 66; BVerfGE 75, l, 15 y s.

[3] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 9 de diciembre de 1966, BGBI. 1973 II 1533.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

7.° Protocolo Adicional al CEDH[4]), el cual tampoco concede protección contra una nueva persecución penal en otro Estado distinto al del Estado de la condena.[5]

La razón que se aduce para ello es que los tribunales extranjeros no realizan una valoración jurídica del delito según el derecho penal alemán; por lo tanto, aún existe un interés público en la persecución. No obstante, la condena extranjera debe ser tenida en cuenta en la decisión del tribunal nacional por razones de proporcionalidad.[6] Así pues, por un lado, la pena privativa de libertad ya ejecutada debe ser computada en la pena impuesta por el tribunal nacional en virtud del art. 51 III, StGB. Por otro lado, el proceso penal puede suspenderse en vista de la persecución del delito en el extranjero de acuerdo con el art. 153c II, StPO.

Sin embargo, esta interpretación restringida del principio de "*ne bis in idem*" no está exenta de controversias[7] y en otros sistemas jurídicos las condenas penales extranjeras también pueden fundamentar una extinción de la acción pública [*Strafklageverbrauch*].[8] En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de 1970 sobre el valor internacional de las sentencias penales fue el primer intento de establecer la validez transnacional de la prohibición de doble juzgamiento.[9] Este Convenio solo fue ratificado por unos pocos Estados,[10] por lo que en 1987 los Estados miembros de la Comunidad Europea redactaron otro Convenio sobre la prohibición de doble juzgamiento.[11] La versión contenida en este último fue tomada poco después[12] por el art. 54 del Convenio de

[4] Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 22 de noviembre de 1984 (SEV Nr. 117). Este protocolo adicional aún no fue ratificado por Alemania, cfr. el estado actual en: http://conventions.coe.int [versión: 19.03.2022].

[5] TEDH, S. del 29 de marzo de 2018 (Recurso Nr. 67521/14 - Krombach/Francia), n.° m. 40; BVerfGE 75, l, 24.

[6] BVerfGE 29, 312, 316; Dürig/Herzog/Scholz-*Remmert*, GG- Kommentar, Art. 103 III, n.° m. 78 y s. [versión: julio 2021].

[7] Sobre la discusión: Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, GG-Kommentar, Art. 103 III, n.° m. y ss. con ulteriores referencias [versión: julio 2021].

[8] Cfr. art. 68 II del Código Penal neerlandés (*Wetboek van Strafrecht*).

[9] Art. 53 del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales del 28 de mayo de 1970 (SEV Nr. 70).

[10] En 1985 solo seis Estados han ratificado el Convenio (Dinamarca, Noruega, Austria, Suecia, Turquía y Chipre). Entretanto, el Convenio se encuentra vigente en otros diecisiete Estados.

[11] Convenio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea sobre la prohibición del doble juzgamiento del 26 de mayo de 1987, BGBl. 1998 II 2227.

[12] Denkschrift der Bundesregierung, ET-Drucks. 13/8195, 9.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS),[13] el cual aplicó la supresión de los controles en las fronteras comunes de acuerdo con el Acuerdo de Schengen de 1985. Con el Tratado de Ámsterdam, el Acervo de Schengen se trasladó al marco de la Unión Europea mediante el Protocolo de Schengen.[14]

Así pues, la prohibición de doble juzgamiento forma parte, por un lado, de las medidas de equilibrio reguladas en el Título III, CAAS ("Policía y Seguridad") para compensar la temida "pérdida de seguridad" como consecuencia de la supresión de los controles fronterizos. Por otro lado, el reconocimiento mutuo de las sentencias penales permite a las autoridades nacionales concentrarse en la persecución de otros delitos que aún no han sido juzgados, de modo que los recursos disponibles puedan ser mejor empleados. En consecuencia, el art. 54, CAAS coordina a las autoridades penales de los Estados signatarios y favorece una persecución penal (colaborativa) más eficaz. A su vez, el art. 54, CAAS amplía un derecho procesal fundamental a una dimensión transfronteriza y, por lo tanto, tiene un componente de protección individual.[15] El carácter de derecho procesal fundamental del art. 54, CAAS se manifiesta especialmente en que el art. 50, CDFUE extiende el ámbito de protección de este derecho fundamental a las condenas "en la Unión" y así también lo dota de una dimensión interestatal.[16]

II. Presupuestos para la extinción de la acción pública transnacional

El principio de "*ne bis in idem*" fija un obstáculo a la persecución penal transnacional bajo tres presupuestos. En primer lugar, debe existir una sentencia firme (art. 54, CAAS), o condena o absolución (art. 50, CDFUE). En segundo lugar, para el caso de condena, el art. 54, CAAS exige que la sanción impuesta ya se haya ejecutado, se esté ejecutando o que ya no pueda ejecutarse según la legislación del Estado de condena (elemento de ejecución). En tercer lugar, la sentencia firme debe referirse a un mismo hecho (identidad de hecho).

[13] Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes del 19 de junio de 1990, BGBI. 1993 II 1010.
[14] Protocolo sobre el Acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea, ABI. 1997 C-340/93.
[15] Sobre la doble finalidad del art. 54 CAAS: *Böse,* GA 2003, 744, 750 y ss.
[16] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, ABI. 2007 C 303/ l7, 31.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

1. Sentencia penal firme

Como se desprende de la redacción del art. 50, CDFUE, no solo la condena, sino también la absolución puede dar lugar a la extinción transfronteriza de la acción pública (cfr. también el art. 54, CAAS: "en caso de condena").[17] Sin embargo, es cuestionable si el art. 54, CAAS exige una resolución judicial, como así lo sugiere el término "condena".

> *Caso 1:*[18] *Se acusa a B de haber cometido el delito de lesiones corporales en Bélgica. Después de que el Ministerio Público alemán suspendió el procedimiento a cambio del abono de una suma en dinero (§ 153a StPO), se presentan cargos contra B por el mismo hecho en Bélgica.*

Con la decisión del Ministerio Fiscal alemán de suspender el procedimiento, el proceso penal concluye definitivamente y, tras el pago de la multa, se excluye la persecución del hecho como delito (cfr. § 223, StGB, § 153ª I 5, StPO). Sin embargo, la decisión que pone fin al proceso no fue tomada por un tribunal, sino por el Ministerio Público. La palabra alemana *Urteil* [sentencia] y el art. 58 CAAS —que contrariamente al art. 54, CAAS habla expresamente de resoluciones judiciales— sugieren que las resoluciones no judiciales no causan la extinción de la acción pública prevista en el art. 54, CAAS.[19] Por el contrario, el TJUE afirma que el proceso penal concluye finalmente con la decisión del Ministerio Público de archivar definitivamente las diligencias penales y que el delito se castiga con el pago de un monto en dinero.[20] Por su parte, corresponde a los Estados miembros decidir qué tipo de decisiones, conforme a su legislación nacional, constituyen la extinción de la acción pública.

Por tanto, el principio de reconocimiento mutuo expresado en el art. 54, CAAS exige que los demás Estados miembros reconozcan también las resoluciones no jurisdiccionales como un obstáculo para la persecución penal.[21] Por último, esta interpretación también es adecuada en relación con el derecho a la libre circulación (art. 21, TFUE), ya que de lo contrario un ciudadano

[17] *Hecker,* Europäisches Strafrecht, 6.ª ed. 2021, cap. 12, n.º m. 19.
[18] Según TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (Gözütok y Brügge), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 19 y ss. (Brügge).
[19] Véase BGH NStZ 1998, 149, 151 y s.
[20] TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (Gözütok y Brügge), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 28 y ss.
[21] TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (Gözütok y Brügge), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 32 y s.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la Unión, cuyo proceso penal haya concluido de la forma descrita, debería temer ser perseguido de nuevo en otro Estado miembro.[22]

Esta decisión no está exenta de críticas. En este sentido, la referencia al "castigo" por medio del abono de un importe en dinero no parece convincente. Pues, según la interpretación alemana predominante del § 153ª, StPO, no se trata de una pena, sino de una prestación "voluntaria" por parte del inculpado.[23] Sin embargo, desde un punto de vista teleológico no es suficiente centrarse únicamente en la función individual de protección del art. 54, CAAS. Más bien, la extinción de la acción pública tendría que corresponderse también con la función objetiva del art. 54, CAAS, que es promover la eficacia de la administración transnacional de justicia penal.

Para ello, la decisión que ponga fin al proceso debería cumplir requisitos mínimos que garanticen la corrección de esta decisión y que, por tanto, tengan suficientemente en cuenta el interés público de los demás Estados miembros en la persecución penal. En este sentido, una providencia de sobreseimiento del Ministerio Público (alcance del deber de información, oralidad, deber de motivación), queda claramente por detrás de una resolución judicial ("sentencia").[24] Por otra parte, el interés público en la persecución tiene relevancia para los tipos penales graves ("crímenes"), dado que posibilita la reapertura del proceso penal en Alemania (cfr. § 153a I 5, StPO). Asimismo, y en caso necesario, el interés público también limita el alcance de la extinción de la acción penal a través de un concepto normativo de hecho (véase el apartado III). No toda decisión que ponga fin a un proceso constituye un obstáculo procesal en los términos del art. 54, CAAS, tal como lo demuestra el

> *Caso 2:*[25] *La investigación contra A en los Países Bajos por la venta de estupefacientes se ha suspendido considerando las diligencias preliminares iniciadas en Alemania por el mismo hecho (cf. § 153c II StPO). ¿Esta*

[22] TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (Gözütok y Brügge), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 40.
[23] Löwe-Rosenberg-*Mavany*, StPO, 27ª ed., 2020, § 513a, n.º m. 10 con ulteriores referencias; crítico: *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldvermutung, 1998, p. 565 y ss.
[24] *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421, 427 y ss.
[25] Según TJUE, As. C-469/03 (Miraglia), Rec. 2005, I-2009; As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9199.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

suspensión impide una condena en Alemania? ¿Cómo sería el caso si A hubiera sido absuelto por un tribunal por prescripción?

El TJUE negó la existencia de una condena firme en la primera cuestión, ya que, en vista del art. 54, CAAS, la suspensión del proceso tuvo lugar debido al inicio de acciones penales en otro Estado miembro y sin que se haya efectuado valoración alguna en cuanto al fondo del hecho atribuido al inculpado.[26] La aplicación del art. 54, CAAS tendría entonces como consecuencia que ya no se podría dictar una decisión sobre el fondo, aunque la suspensión se decida precisamente en vista de otra resolución —que se espera en otro Estado miembro— sobre el fondo.[27] Esta interpretación sigue la *ratio* jurídico-objetiva del art. 54, CAAS (coordinación de las autoridades penales nacionales, eficacia de la persecución penal transnacional). La función de protección del individuo no implica una mayor protección del inculpado, ya que en el presente caso se trata de hacer posible, en primer lugar, el enjuiciamiento a efectos de una decisión sobre el fondo. Por el contrario, en la segunda cuestión, el TJUE puso en primer plano la función de protección individual de conformidad con el art. 54, CAAS. El principio de seguridad jurídica y el derecho a la libertad de circulación exigen que la absolución operada por la prescripción se reconozca como una sentencia firme.[28] Al igual que en la providencia de sobreseimiento del Ministerio Público, el TJUE se remite al principio de reconocimiento mutuo, el cual se aplica independientemente de la armonización del derecho penal y procesal penal nacional.[29]

Sin embargo, el criterio de la decisión de fondo desarrollado por el TJUE habla en contra de una aplicación del art. 54, CAAS a la segunda cuestión. Pues, en el caso de absolución por prescripción no se decide precisamente sobre la culpabilidad o inocencia del inculpado, sino que la decisión que pone fin al proceso se basa en un obstáculo procesal.[30] En consecuencia, se objeta que no estaría justificado situar al perseguido en una mejor posición solo porque el Ministerio Público no haya determinado la prescripción y aun así haya formulado la acusación.[31] Por otra parte, a favor

[26] TJUE, As. C-469/03 (Miraglia), Rec. 2005, I-2009, n.º m. 30.
[27] TJUE, As. C-469/03 (Miraglia), Rec. 2005, I-2009, n.º m. 33 y s.
[28] TJUE, As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9199, n.º m. 28.
[29] TJUE, As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9199, n.º m. 29 y s.
[30] Conclusiones de la Abogada General Sharpston del 15 de junio de 2006, As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9203, n.º m. 85 y ss.
[31] Cfr. *Klip*, European Criminal Law, 4.ª ed., 2021, p. 362.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la interpretación del TJUE se sostiene que la distinción entre una decisión sobre el fondo (sentencia) y una decisión sobre el proceso (suspensión) no siempre es factible, y que las consideraciones de economía procesal son a veces decisivas para que se adopte o no una decisión sobre el fondo.[32]

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, hay que partir entonces de un ámbito de aplicación relativamente amplio del art. 54, CAAS. Este abarca las decisiones de los tribunales y de los ministerios públicos que definitivamente concluyen el proceso y que dan lugar a la extinción de la acción pública (al menos limitada) conforme a la legislación interna de un Estado.[33] En cambio, las resoluciones que ponen fin a un proceso y que, según el derecho del primer Estado persecutor (Estado de condena), permiten una reapertura o continuación del proceso, tampoco pueden constituir un obstáculo para la persecución en otros Estados.[34]

Por lo tanto, en el Derecho alemán, el resultado de un procedimiento abreviado [*Strafbefehl*] debe considerarse como una condena definitiva en el sentido del art. 54, CAAS (véase el § 410 III, StPO; cfr. § 373ª, StPO).[35] Esto también se aplica con respecto a la decisión de no apertura del proceso principal [*Nichteröffnungsbeschluss*] de conformidad con el § 204, StPO, como también respecto de la solicitud de desestimación de la causa penal, ya que el proceso penal solo podrá reanudarse en consideración a nuevos hechos o pruebas (§§ 211, 174 II StPO).[36] Por el contrario, otras decisiones de suspensión del proceso dictadas por el Ministerio Público (§§ 153 I, 154 I, 170 II StPO) no establecen protección contra una nueva persecución en otro Estado miembro debido a que no causan efecto (interno) de cosa juzgada.[37]

---

[32] Similar *Dannecker*, EuZ 2009, 110, 116; cfr. Conclusiones de la Abogada General Sharpston del 15 de junio de 2006, Rec. 2006, I-9203, n.º m. 90, quien afirma la aplicación del art. 54, CAAS si la decisión que concluye el procedimiento es (también) precedida por un examen del asunto.

[33] TJUE, As. C-491/07 (Turanský), Rec. 2008, I-11039, n.º m. 34 y s.; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 181; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 31.

[34] TJUE, As. C-491/07 (Turanský), Rec. 2008, I-11039, n.º m. 38 y s. (sobre la suspensión policial de un proceso contra sospechosos no especificados).

[35] *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 33.

[36] TJUE, As. C-398/12 (proceso penal contra M), ECLI:EU:C:2014:1757, n.º m. 41 (sobre la denegación de apertura del proceso principal en Bélgica); OLG Innsbruck NStZ 2000, 663, 665; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 33; otra opinión *Dannecker*, EuZ 2009, 110, 118.

[37] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5ª ed., 2018, § 10, n.º m. 181; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 33.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sin embargo, el TJUE recurrió al requisito de una decisión de fondo para limitar el art. 54, CAAS, tal como se observa en el

> *Caso 3:*[38] *La fiscalía alemana investiga a K como sospechoso de haber cometido extorsión agravada en Hamburgo. Tras su fuga, K es detenido en Polonia. Allí se inició otro proceso penal y se solicitó a Alemania una copia del expediente de investigación. Poco después, el proceso penal en Polonia se suspendió porque el acusado se negó a declarar y los testigos que vivían en Alemania no pudieron ser interrogados, por lo que no había suficientes elementos incriminatorios contra el inculpado. Cuando las autoridades alemanas solicitaron la extradición de K sobre la base de una Orden de Detención Europea, la autoridad polaca refirió que la decisión de archivar el caso causó la extinción transnacional de la acción pública, ya que una nueva persecución por el mismo hecho solo es permisible, según el derecho procesal polaco, si surgen nuevos hechos o pruebas.*

El TJUE negó la extinción transnacional de la acción pública de conformidad con el art. 54, CAAS, ya que el proceso se había suspendido sin que se realizaran más actos investigativos y, por tanto, no se había adoptado ninguna resolución sobre el fondo del asunto que fuera suficiente para ser calificada como resolución firme. La confianza mutua, que es decisiva para el reconocimiento de una resolución que pone fin al proceso, solo puede prosperar si el segundo Estado persecutor puede asegurarse de que la resolución dictada en el primer Estado persecutor cumple los requisitos del art. 54, CAAS y contiene un examen del fondo.[39] Esta decisión fue ampliamente aceptada.[40]

Así pues, en vista de las particularidades del caso concreto, parece bastante comprensible que se dé prelación al interés público de la persecución penal por sobre la protección del inculpado frente a una nueva persecución. Sin embargo, la exigencia de un examen suficiente (!) del fondo conlleva una inseguridad considerable en la aplicación del art. 54, CAAS, que permite al segundo

[38] Según el TJUE, As. C-486/14 (Kossowski), ECLI:EU:C:2016:483, n.º m. 12 y ss.
[39] TJUE, As. C-486/14 (Kossowski), ECLI:EU:C:2016:483, n.º m. 52 y ss.
[40] BGH NJW 2016, 3044, 3045; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5ª ed., 2018, § 10, n.º m. 181; *Gaede*, NJW 2016, 1942; Böse-*Radtke*, Europäisches Strafrecht (EnzEuR Bd. 11), 2ª ed., 2021, § 12, n.º m. 45; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9ª ed., 2020, § 10, n.º m. 80.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Estado persecutor corregir las decisiones erróneas "evidentes" del primer Estado persecutor en un nuevo proceso penal.[41] Por el contrario, parece preferible dejar esta corrección en manos del primer Estado persecutor, ya que allí la continuación del proceso penal aún es posible conforme a su derecho procesal y, dado el caso, se le pueden vincular los resultados ya existentes de la investigación.[42]

Que en el caso resuelto por el TJUE no haya motivos suficientes para esperar una reapertura de la investigación en el primer Estado persecutor, se debe principalmente a que el hecho objeto del proceso fue cometido en el extranjero. Por tanto, la persecución en el lugar de la comisión del hecho (Alemania) parece más adecuada debido a las pruebas ya disponibles allí. Entretanto, esta particularidad también puede tenerse en cuenta sin que sea necesaria una modificación del concepto de sentencia penal firme. Para ello, se debe atender a las excepciones previstas en el art. 55, CAAS o bien a la transferencia del proceso penal —iniciado en el primer Estado persecutor— al Estado en cuyo territorio se ha cometido el hecho.[43] Entonces, por un lado, el agotamiento de la acción penal quedaría limitado por las excepciones previstas al respecto. Mientras que, por otro lado, se preservaría la concentración de competencias previstas por el art. 54, CAAS para el primer Estado persecutor.

2. Elemento de ejecución

a. Compatibilidad con el art. 50, CDFUE

Como parte del derecho primario, el art. 50, CDFUE tiene prelación sobre el derecho secundario; es decir, sobre la formulación del principio "*ne bis in idem*" contenida en el art. 54, CAAS. Sin embargo, los derechos fundamentales de la Unión están sujetos a restricciones específicas (art. 52 I, CDFUE). Así pues, cualquier limitación referida al art. 50, CDFUE es admisible siempre que esté prevista por ley, que respete el contenido esencial de los derechos fundamentales y que sea compatible con el principio de proporcionalidad.[44] Ahora bien, dado que el art. 50, CDFUE, a

[41] *Gaede*, NJW 2016, 2942; cfr. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 80, quien sugiere admitir esta posibilidad en "casos estrictamente excepcionales".
[42] *Böse*, ZJS 2016, 245, 248.
[43] Véase al respecto *Böse*, FS-Schomburg, 2018, 49, 59 y ss.
[44] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, ABI. 2007 C 303/ l7, 31.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

diferencia del art. 54, CAAS, no contiene un elemento de ejecución, se plantea la cuestión de si este presupuesto es compatible con el art. 50, CDFUE.

> *Caso 4:*[45] *S ha sido condenado en rebeldía por un tribunal italiano a una pena privativa de libertad de un año y al pago de una multa sobre la base de una confesión escrita. Poco tiempo después, el tribunal italiano revocó la suspensión de la ejecución y emitió una orden de detención contra S para el cumplimiento efectivo de su pena. Del mismo modo, se ha iniciado en Alemania la investigación penal contra S por el mismo hecho de estafa y se ha ordenado su prisión preventiva.*

Según el TJUE, la tramitación de un segundo proceso penal en Alemania está permitida, pues así se evita el riesgo de que la persona condenada quede impune. Para alcanzar este fin, sería adecuada y necesaria la sujeción al elemento de ejecución.[46] Sin embargo, esto parece bastante dudoso teniendo en cuenta los instrumentos vigentes de cooperación internacional en materia penal para la ejecución transfronteriza de las sentencias.[47]

En particular, la Orden de Detención Europea[48] (extradición con fines de ejecución de la pena) o la llamada Orden Europea de Ejecución de Penas Privativas de Libertad[49] pueden considerarse medidas menos restrictivas para garantizar la condena del delincuente. Sin embargo, se pueden presentar casos en los que la pena impuesta en el Estado de condena no puede ejecutarse, ni mediante la extradición del condenado, ni mediante la cooperación en la ejecución; p. ej., porque el proceso penal en el Estado de condena no garantiza el cumplimiento de normas mínimas del Estado de Derecho (cfr. §§ 83 I n.º 3, 84b I n.º 2, IRG [Ley alemana de cooperación internacional en materia penal]).[50] Consecuentemente, es asunto del Estado de condena asegurarse de que la

[45] Según el TJUE, As. C-129/14 PPU (Spasic), ECLI:EU:C:2014:586.
[46] TJUE, As. C-129/14 PPU (Spasic), ECLI:EU:C:2014:586, n.º m. 51 y ss., 63 y ss.
[47] Véase Hochmayr-*Böse*, "Ne bis in idem" in Europa, 2015, 171, 172 y ss.
[48] Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, ABl. L 190/1.
[49] Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, ABl. 327/27.
[50] *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 181; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 66; véase también BGHSt 56, 11, 15 y s.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sentencia que vaya a ejecutarse cumpla con los presupuestos mínimos del Estado de Derecho. Luego, si en un Estado miembro se ha dictado una sentencia incompatible con estas normas mínimas, ella debe ser corregida por el poder judicial de ese país (y, si es necesario, con la colaboración del poder legislativo) (cfr. § 83 IV, IRG).[51] El Estado miembro en cuestión no puede eludir esta función solicitando a otro Estado miembro que lleve a cabo un nuevo proceso penal.

La posición del TJUE con respecto a que el Estado de condena no está sujeto al deber de asegurar la ejecución transnacional efectiva de las sanciones derivadas de "su" sentencia[52] contradice el ideal de aplicación transfronteriza del principio de "*ne bis in idem*", según el cual cada Estado miembro reconoce la persecución y el castigo en otro Estado miembro como equivalentes. Esto se aplica igualmente en caso de que no se imponga ninguna sanción (absolución, sobreseimiento definitivo), así como en la renuncia a la ejecución posterior de la pena impuesta (amnistía, indulto, véase el apartado b). Por tanto, no existe ningún interés digno de protección por parte de otros Estados miembros en la ejecución de la pena impuesta en el Estado de condena.

Por el contrario, siguiendo la comprensión del TJUE, el elemento de ejecución abre un considerable potencial de abuso: al "renunciar" a la ejecución, el Estado de condena concibe la posibilidad de una nueva persecución en otro Estado miembro. De este modo, tanto el Estado de condena como el segundo Estado pueden disponer del agotamiento de la acción pública, sea haciéndose cargo de la ejecución transfronteriza de la primera sentencia o bien ordenando la apertura de un nuevo proceso a la espera de una segunda sentencia (¿"más apropiada"?). En otras palabras, el elemento de ejecución impide la extinción transfronteriza de la acción pública no solamente cuando el Estado de condena no puede lograr la ejecución transfronteriza, sino ya cuando él no desea continuar con la ejecución.

b. Contenido del elemento de ejecución

En el caso de que se haya impuesto una sanción ("en caso de condena"), el presupuesto para la extinción de la acción pública de acuerdo con el art. 54, CAAS es que la sanción se haya ejecutado (var. 1), se esté ejecutando (var. 2) o ya no pueda ejecutarse según la legislación del Estado de

[51] Cfr. TJUE, As. C-297/07 (Bourquain), Rec. 2008, I-9425.
[52] TJUE, As. C-129/14 PPU (Spasic), ECLI:EU:C:2014:586, n.º m. 69.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

condena (var. 3). La primera variante se refiere a los casos en los que la pena impuesta (cumplimiento de la pena privativa de libertad, pago de la multa, cumplimento efectivo de la prestación voluntaria de acuerdo con el § 153a, StPO) se ha ejecutado en su totalidad.[53]

La sanción se está ejecutando (var. 2) si la ejecución ya ha comenzado, pero aún no ha finalizado. Esto también debe admitirse en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, pues sería incoherente proteger al condenado de una nueva persecución amparada en el cumplimiento ya efectivo de la pena privativa de libertad, pero negar dicha protección para el caso de suspensión de la ejecución de la pena —es decir, para delitos menos graves—.[54] Esto también es convincente puesto que la suspensión de la ejecución puede ser revocada en caso de incumplimiento de las condiciones fijadas para la suspensión (véase § 56f StGB). Por tanto, el condenado vive bajo la espada de Damocles por la posibilidad de tener que cumplir una pena de prisión.[55]

El elemento de ejecución también se observa si la sanción ya no puede ejecutarse con arreglo a la legislación del Estado de condena (var. 3). La exclusión de la ejecutoriedad puede basarse, en particular, en la prescripción, la amnistía o el indulto.[56]

3. Identidad de hechos

Por último, el art. 54, CAAS exige que el hecho ya sancionado y el hecho a perseguir sean el mismo. En este sentido, el "hecho" debe interpretarse de manera autónoma como un concepto del Derecho de la Unión para determinar el alcance uniforme de la extinción transnacional de la acción en todos los Estados miembros.[57] Esto plantea la cuestión referida al contenido del concepto europeo de hecho:

[53] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 187; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 83.
[54] TJUE, As. C-288/05 (Kretzinger), Rec. 2007, I-6441, n.º m. 42 y s.; igualmente BGH NStZ 2001, 163, 164.
[55] Conclusiones de la Abogada General Sharpston del 5 de mayo de 2006, As. C-288/05 (Kretzinger), Rec. 2007, I-6445, n.º m. 49.
[56] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 191; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 46.
[57] TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333, n.º m. 36; As. C-150/05 (van Straaten), Rec. 2006, I-9327, n.º m. 48; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 182.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> *Caso 5:*[58] *A es condenado en Alemania como autor a una pena privativa de libertad por del delito de importación ilegal de productos estupefacientes desde Bélgica. Tras cumplir su condena, regresa a Bélgica y allí es acusado de exportación de estupefacientes por el mismo supuesto de hecho.*

Al interpretar el art. 54, CAAS, el TJUE parte de un concepto "fáctico" de hecho, el cual es similar al concepto procesal de hecho en la legislación alemana.[59] Así pues, según el TJUE el criterio decisivo para determinar la identidad de hecho consiste en la existencia de un "conjunto de circunstancias de hecho vinculadas indisolublemente entre sí, independientemente de la calificación jurídica y del bien jurídico protegido".[60]

Este concepto fáctico de hecho se apoya en la redacción del art. 54, CAAS ("*Tat*", "*faits*", "*feiten*") y, además, en que el alcance del principio "*ne bis in idem*", como expresión del reconocimiento mutuo, no depende de la armonización legislativa del derecho penal material.[61] En consecuencia, la importación y la exportación se refieren a un supuesto de hecho indisoluble y, por lo tanto, constituyen un mismo hecho en el sentido del art. 54, CAAS.

Esta interpretación amplia del concepto de hecho conduce a los problemas que pueden observarse en el

> *Caso 6:*[62] *A comete un atraco bancario en Francia y luego huye a través de la frontera a Alemania. Allí es detenido por la policía, que descubre que A no tiene permiso de conducir. Las diligencias preliminares contra A por conducir sin permiso (cfr. § 21 StVG) se suspenden por el pago de una multa según el § 153a StPO.*

La suspensión del proceso en virtud del § 153a, StPO debe considerarse sentencia firme en el sentido del art. 54, CAAS (véase el caso 1). La decisión del caso, por lo tanto, depende crucialmente del concepto de hecho. En la comprensión del TJUE, el robo y la posterior fuga tendrían que considerarse un hecho unitario,[63] de modo que la suspensión del proceso por parte de la justicia

[58] TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333.
[59] *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 82.
[60] TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333, n.º m. 35 y s.
[61] TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333, n.º m. 29 y s.
[62] *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 58, 60.
[63] Cfr. concepto procesal de hecho en el Derecho Procesal Penal alemán: BGH NStZ 1996, 41 y s.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

alemana impediría en Francia una (nueva) persecución del "mismo" hecho. El caso de ejemplo pone de manifiesto una vez más los problemas que puede plantear la aplicación del art. 54, CAAS cuando se está frente a resoluciones firmes que se dictan en procedimientos sumarios y que, por lo tanto, conllevan el riesgo de que el injusto realizado no se castigue en su totalidad (véase a. supra). Así, la doctrina propone modificar el concepto de hecho teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas. De este modo, las restricciones de la cosa juzgada en el primer Estado persecutor rigen también en el segundo Estado persecutor.[64] Dado que la extinción de la acción pública conforme al § 153a I 5, StPO no es aplicable a crímenes, entonces según esta posición, el art. 54, CAAS no excluye la persecución por el robo (cfr. § 249, StGB) cometido en Francia.[65]

Empero, el concepto de hecho previsto en el Derecho de la Unión y, por tanto, uniforme (véase más arriba), que también debe atender el presupuesto de las consecuencias jurídicas, habla en contra de la remisión al derecho procesal penal nacional. En consecuencia, el alcance de la extinción transnacional de la acción pública no se debe determinar de acuerdo con el derecho procesal del primer Estado persecutor, sino que resulta directamente del propio art. 54, CAAS ("no podrá ser perseguida"). Como alternativa, el concepto de hecho en el Derecho de la Unión podría complementarse con un criterio normativo (identidad del bien jurídico protegido).[66] Esta restricción es especialmente necesaria si el Estado de condena no ha podido analizar ampliamente el hecho debido a su restringida jurisdicción penal.[67] Con todo, las excepciones previstas en el art. 55, CAAS ofrecen soluciones para este tipo de casos, tal como se expondrá en el siguiente apartado.

III. Excepciones (art. 55, CAAS)

Según el art. 55, CAAS, en casos específicos previstos taxativamente, los Estados signatarios pueden reservarse el derecho de volver a perseguir un hecho ya juzgado en otro Estado signatario, independientemente de lo dispuesto en el art. 54, CAAS. La República Federal de Alemania ha utilizado esta posibilidad.[68]

En este sentido, es admisible una nueva persecución penal cuando el hecho que motiva la sentencia extranjera haya sido cometido en Alemania, a no ser que también haya tenido lugar en

[64] *Hecker*, FS Heintschel-Heinegg, 2015, 175, 187.
[65] *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 60 y s.
[66] *Böse*, GA 2003, 744, 758 y ss.; afirmativo *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 184.
[67] El caso ejemplificativo podría resultar, sin embargo, del principio de justicia supletoria (§ 7 II n.º 2, StGB).
[68] BGBl. 1994 II 631.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

parte en el territorio del Estado de condena (art. 55 I a], CAAS – principio de territorialidad). Además, se excluyen del ámbito de aplicación del art. 54, CAAS aquellos hechos que atenten contra la seguridad del Estado u otros intereses estatales igualmente esenciales (art. 55 I b], CAAS, cfr. §§ 80 y ss., 129, 129a, StGB; cfr. además art. 55 I c], CAAS sobre infracciones de funcionarios públicos).

La consecuencia jurídica de esta reserva es que no hay obstáculo para un nuevo proceso. No obstante, según el art. 56, CAAS, el segundo Estado persecutor está obligado a computar la pena ya impuesta (pena privativa de libertad) o a tenerla en cuenta (otras sanciones, especialmente multas).

Sin embargo, se plantea la cuestión de si esta limitación al principio de "*ne bis in idem*" es compatible con el art. 50, CDFUE (véase más arriba II. 2. a. sobre el elemento de ejecución). El Abogado General Bot respondió de forma negativa a la cuestión referida a la reserva de territorialidad (art. 55 I a), ya que, en su opinión, no respeta el contenido esencial del art. 50, CDFUE.[69] A esta posición se le puede objetar que las reservas son necesarias para proteger el interés de las autoridades penales nacionales en la persecución penal. Esto es así, sobre todo, si determinados aspectos del hecho no pueden ser suficientemente analizados debido al limitado ámbito de protección de los delitos nacionales (art. 55 I b] y c], CAAS), o bien, debido a las restricciones para el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial (art. 55 I a], CAAS, véase el caso 3). Por ello, en estos casos existe necesidad de una nueva persecución (complementaria) del hecho.

Con la creciente introducción de bienes jurídicos interestatales dentro del ámbito de protección de tipos penales nacionales (por ej., el § 129b o el § 335a I n.º 2, StGB) y, además, con miras a una mejor coordinación de la persecución penal, estas excepciones podrían empero ser prescindibles a mediano plazo. Mientras no estén configurados los presupuestos legales de firmeza de un enjuiciamiento integral en el Estado de condena, la cuestión de la compatibilidad con el art. 50, CDFUE debe ser respondida (todavía) afirmativamente.[70]

[69] Conclusiones del Abogado General Bot del 15 de diciembre de 2015, As. C-486/14 (Kossowski), ECLI:EU:C:2015:812, n.º m. 32 y ss., 68; afirmativo *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 66; en contra *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 170; véase también Corte Federal suiza, Sent. del 17 de mayo de 2017 – 6B-482/2017, HRRS 2017 Nr. 840, n.º m. 38 y ss.

[70] Véase Hochmayr-*Böse*, „Ne bis in idem" in Europa, 171, 178 y ss.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14, pp. 133-142.

Traducciones

THE MORALITY OF DEFENSIVE FORCE DE JONATHAN QUONG

Joaquín CASALIA (Univ. Torcuato Di Tella)*

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2022
Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2022

En las últimas décadas, ha habido un renovado interés por la ética de la legítima defensa en la filosofía analítica.[1] Muchos de los filósofos más relevantes se volcaron al estudio de sus implicancias morales, lo que generó una cuantiosa literatura.[2] La forma en la que los autores han contribuido a esta proliferación de trabajos sobre la justificación del uso de la fuerza defensiva se asemeja a la construcción de una catedral. Los nuevos autores que investigan cuestiones de ética de la legítima defensa se enfrentan con la necesidad de revisitar la literatura establecida y deben recoger los argumentos de los autores que los preceden para confirmarlos o replicarlos. En una catedral, dada la cantidad de años, o incluso siglos, que conlleva su construcción, se asume que esta será compartida por más de un arquitecto. Así, es vital que los ulteriores arquitectos respeten la obra de los anteriores. *The Morality of the Defensive Force* (*La moral de la fuerza defensiva*) de Jonathan QUONG es una contribución crucial en la construcción de la catedral de la legítima defensa. Pues no solo expone novedosos y sólidos argumentos, sino que logra condensar de forma clara y perspicaz los argumentos aportados por los anteriores arquitectos.

* Máster en Derecho Penal. Universidad Torcuato Di Tella.

[1] En este renovado interés tuvo un papel esencial el precursor trabajo *Self Defense* de Judith Jarvis THOMSON, publicado en 1991. Ver THOMSON, "Self Defense", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, n.° 4, 1991, pp. 283-310.

[2] MCMAHAN, "The Basis of Moral Liability to Defensive Killing", en *Philosophical Issues*, vol. 15, 2005, pp. 386-405, y "Self-Defense against Justified Threats", en FROWE / LANG, *How We Fight: Ethics in War*, Oxford, Oxford University Press, 2014; OTSUKA, "The Moral Responsibility-Account of Liability to Defensive Killing", en COONS / WEBER (eds.), *The Ethics of Self-Defense*, New York, Oxford University Press, 2016, pp. 51–68; FROWE, *Defensive Killing*, Oxford, Oxford University Press, 2014 y "Claim Rights, Duties, y Lesser Evil Justifications", en *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary*, vol. LXXXIX, 2015, pp. 267–285; LAZAR, "Necessity in Self-Defence and War", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 40, n.° 1, 2012, pp. 3-44; CHEHTMAN, "Recalibrating Defensive Killing: Liability, Mere Permissibility, and the Problem of Multiple Threats", en *Utilitas*, vol. 29, n.° 3, 2018, pp. 321-343; QUONG, "Killing in Self-Defence", en *Ethics*, vol. 119, n.° 2, pp. 507-537.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

La legítima defensa tiene lugar cuando un agente elimina una amenaza de daño no permisible realizando, a su vez, una acción dañosa de manera justificada; a su vez, la defensa puede ser propia o de terceros. Hay al menos dos condiciones relevantes que podemos remarcar. La primera es la necesidad de que el defensor *cause un daño* para evitar el daño amenazado. Evitar que alguien se suicide convenciéndolo de la importancia de estar vivo queda afuera del ámbito de la legítima defensa. Al convencerlo se previene un daño —el suicidio— pero no se realiza otro. Segundo, en los casos justificados por la legítima defensa la amenaza que se elimina debe ser de cierto tipo. La amenaza de daño por parte del suicida está permitida, ya que ni siquiera podríamos decir que es incorrecta o que vulnera algún derecho. Solo cuando la amenaza que se elimina *no es permisible* se configura la legítima defensa. Para poner a prueba el alcance de la definición tomemos el siguiente caso arquetípico de legítima defensa:

> *Homicidio*: Juan tiene la intención de matar a Ringo utilizando como medio un revólver, lo que sería, asumimos, moralmente no permisible (vulnera los derechos de Ringo injustificadamente).[3] Cuando Juan comienza a ejecutar su plan, Ringo —quien tenía un arma en el bolsillo— se defiende disparándole primero y le causa la muerte.

Como vemos en el caso, la acción defensiva (Ringo mata a Juan) solo se justifica porque es en respuesta a una amenaza injustificada (Juan amenaza la vida de Ringo). Esto implica entender al fenómeno de la legítima defensa como una excepción. Matar a personas es incorrecto, pero en casos como el de *Homicidio* se dan ciertas condiciones que lo hacen permisible para Ringo. Por ello, la filosofía moral entiende que solo algunas defensas son legítimas. La pregunta central del libro de QUONG es, precisamente, ¿cuándo está moralmente *permitido* el uso de fuerza defensiva? O bien, ¿cuándo es *legítima* la defensa?

[3] En la literatura inglesa se dice que Juan realiza un *wrong* (maltrata a Ringo o ejecuta una acción incorrecta). Hay quienes entienden que agregarle la condición de no estar justificada a una vulneración de derechos (*wrong*) es caer en una repetición sin sentido, dado que si la acción es incorrecta debe ser injustificada y, por ende, si estuviera justificada ya no sería incorrecta. Autores como GARDNER llaman a esta postura la "visión restringida" del *wrong* (*closure view*). Ver GARDNER, "In Defence of Defences", en *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 78-79. De todas formas, incluso la interpretación "restringida" permite entender la cuestión que quiero hacer ver: Juan hace algo contrario a ciertas normas morales ("está prohibido intentar matar personas").

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Volviendo al caso *Homicidio,* podríamos afirmar que intuitivamente la acción defensiva de Ringo es moralmente permisible. Ahora bien, ¿cómo podemos justificar esta intuición? ¿En virtud de qué es permisible la acción de Ringo? Una posible respuesta es que lo es porque cumple con los siguientes tres requisitos:

(I) Al emprender un plan homicida contra Ringo, Juan perdió su derecho a sufrir aquellos daños que sean necesarios y proporcionales para evitar el daño que quiere causar (esto es igual a decir que Juan es *moralmente pasible*[4] de ser dañado);

(II) El daño que Ringo causa a Juan es *necesario* (Juan no tenía a su alcance una forma menos lesiva de evitar su muerte) y

(III) El daño que Ringo causa a Juan es *proporcional (*el resultado muerte es cualitativamente equiparable al intento de Juan de matar a Ringo).

En el libro, QUONG analiza estos tres supuestos describiendo la respectiva literatura contemporánea y aportando sus propias reversiones. Los requisitos de proporcionalidad (III) y necesidad (II) son tratados en los capítulos 4 y 5, respectivamente, y la *pasibilidad moral* (I), aunque su tratamiento recorra todo el libro, es discutida específicamente en el capítulo 2. En esta reseña, me concentraré en reconstruir cómo QUONG entiende este último concepto y esbozaré una posible objeción vinculada con justificaciones del tipo *mal menor*.[5]

Como vimos, una forma común de responder a la pregunta sobre las condiciones que se deben dar para que una persona tenga permitido agredir justificadamente a otra, es la de apelar a la *pasibilidad moral* del atacante de ser dañado. Sin embargo, hay diferentes teorías acerca de qué es lo que hace que un agente sea pasible moralmente de sufrir un daño. Hay cuatro teorías tradicionales que lo explican:

(i) *Teoría de la responsabilidad causal*: una persona es pasible moralmente de sufrir un daño si y solo si, en caso de que no mediara defensa, *causaría* un daño que vulneraría los derechos morales de un tercero;[6]

[4] En la literatura anglosajona sobre legítima defensa el término utilizado es *liability*. Juan es "*liable*" de ser dañado. Como se puede ver, la traducción que elegí es la de "pasibilidad moral". Si bien esta podría incluir ciertos fenómenos que la *liability* no incluiría, no encontré, todavía, otra expresión más precisa.

[5] Más adelante se precisará el concepto.

[6] Ver *supra* nota 1.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(ii) *Teoría de la responsabilidad moral:* una persona es pasible moralmente de sufrir un daño si y solo si es moralmente *responsable* de una acción que, en caso de que no mediara defensa, vulneraría los derechos morales de un tercero;[7]

(iii) *Teoría de la culpabilidad*: una persona es pasible moralmente de sufrir un daño si y solo si es *culpable* de una acción que, en caso de que no mediara defensa, vulneraría los derechos morales de un tercero;[8]

(iv) *Teoría relativa a la evidencia*: una persona es pasible moralmente de sufrir un daño si y solo si realizó una acción que, de acuerdo con la *evidencia que tenía disponible*,[9] no era permisible.[10]

QUONG rechaza todas estas alternativas y defiende la siguiente:

(v) *Teoría del estatus moral*: una persona, A, es pasible moralmente de sufrir un daño si y solo si (a) la permisibilidad de una acción Φ depende de la asunción de A, de acuerdo con la evidencia que tenía disponible, de que por lo menos una persona, B, carece derechos morales contra Φ y (b) B de hecho tiene derechos morales contra Φ y así (c) B se enfrenta a una amenaza, real o aparente, de sus derechos (p. 38).

Uno de los argumentos centrales de QUONG a favor de la *teoría del estatus moral* apela a los presupuestos de la pasibilidad moral. En este sentido, de acuerdo con una concepción usual

[7] MCMAHAN, *supra* nota 2, "The basis of…", pp. 386-405.

[8] FERZAN, "Justifying Self-Defense", en *Law and Philosophy*, vol. 24, n.º 6, 2005, pp. 733–739, y "Culpable Aggression: The Basis for Moral Liability to Defensive Killing", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2012, pp. 669–697.

[9] En este sentido, PARFIT distingue diferentes formas de calificar la incorrección de las acciones: la que da relevancia a los hechos, ya sea que estén disponibles o no para el agente (*fact-relative*), la que pone el foco en las creencias del agente *(belief-relative)* y aquella que entiende relevante la evidencia disponible para el agente (*evidence-relative*). Para resumir estos conceptos podemos decir que una acción es moralmente incorrecta en el sentido *fact-relative* cuando hay un hecho en el mundo que hace incorrecta a la acción, aun cuando el agente no tuviera conocimiento, o incluso cuando razonablemente no tendríamos que esperar que lo tuviera; *belief-relative* si fuera incorrecto en el caso de que nuestras creencias fueran verdaderas, es decir, si el agente conociera el hecho y *evidence-relative* cuando la acción es incorrecta en razón de la evidencia sobre los hechos relevantes que el agente tiene a su alcance (p. 20). Ver PARFIT, *On What Matters. Volume One*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 150. En el capítulo 6, QUONG expone su teoría sobre cómo se conforman los derechos morales y construye un argumento que parecería simpatizar con la forma *evidence-relative*; sin embargo, su explicación pone el foco en qué hechos le podemos exigir *razonablemente* al agente que conozca (p. 152).

[10] STRAWSER, "Walking the Tightrope of Just War", en *Analysis*, vol. 71, n.º 3, 2011, pp. 537–538.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(subyacente a las defensas de [i]-[iv]), la utilización de ese concepto tiene como objetivo distribuir de manera justa el daño que inevitablemente ocurrirá. Esto es explícito, p. ej., en la teoría de MCMAHAN, quien entiende que la determinación de la pasibilidad de ser dañado está íntimamente relacionada con criterios de justicia preventiva y, en función de ello, defiende la teoría de la responsabilidad moral (II).[11] Así, en relación con el caso *Homicidio*, MCMAHAN sostendría que Juan es pasible de ser matado porque es moralmente responsable del intento de homicidio y, por lo tanto, es la persona más indicada para recibir el resultado de la fuerza defensiva letal ejercida por Ringo. Juan introdujo responsablemente un daño en el mundo de Ringo y, por ende, la forma más justa de distribuirlo es haciéndolo pasible de este.

QUONG, en cambio, sostiene que el fundamento de la pasibilidad moral no tiene que ver ni única ni fundamentalmente con una distribución justa del daño, sino con los derechos morales de los involucrados. Como el nombre lo indica, el rasgo relevante para distinguir la pasibilidad es el estatus moral de los agentes involucrados ("teoría del estatus moral"). En este sentido, contra MCMAHAN, QUONG sostendría que Juan es pasible de ser dañado porque *trata* a Ringo como si no tuviera derechos morales a no ser matado (Juan intenta matar a Ringo) pero, de hecho, Ringo *sí* tiene derecho a no ser matado (Ringo no hizo nada para perder su derecho a vivir). QUONG pone el foco en cómo el agresor (Juan) trata a la víctima (Ringo) en cuanto agente moral. En otras palabras, lo relevante es si la conducta de Juan implica asumir que Ringo no tiene derechos morales que permitan exigir a Juan que no realice la conducta dañosa. De esta forma, el agresor se convierte en un agente pasible de recibir uso de fuerza defensiva porque su acción *niega* ciertos derechos morales de la víctima.

Ahora bien, QUONG no solo argumenta que (v) debe aceptarse en virtud de tener fundamentos teóricos más sólidos, sino que, además, sostiene que acomoda mejor nuestras intuiciones pre-teóricas en casos concretos (*i.e.*, que es mejor en términos *extensionales* que las teorías alternativas). Considérese el siguiente caso:

> *Conductor responsable*: el auto de un conductor que realizó las diligencias debidas de manutención del vehículo descarrila e inevitablemente —y sin intención del conductor— se dirige contra un transeúnte que solamente puede salvar su vida matando al conductor (p. 27).

[11] MCMAHAN, *supra* nota 2, "The basis of…", pp. 386-405.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Para la teoría de la culpabilidad, el conductor no es pasible de ser matado por el transeúnte dado que no podríamos reprocharle nada porque actúa responsablemente; es decir, el conductor no tiene la intención de matar al transeúnte y tampoco actúa negligentemente (cumplió con la debida manutención). Sin embargo, para las teorías de la causalidad y de la responsabilidad moral, el conductor sería pasible de ser matado por el transeúnte. Según la teoría de la responsabilidad causal, el conductor es moralmente pasible porque, aun si no estaba guiado por razones para matar al transeúnte, simplemente sería causante material de su muerte. Por otro lado, para la teoría de la responsabilidad moral, el conductor es pasible de ser matado porque puede prever la posibilidad, aunque sea pequeña, de matar al transeúnte. Aun cuando el conductor maneja con los cuidados necesarios para evitar la reprochabilidad de su acción, es consciente de la elevación del riesgo que provoca manejar. Según autores como MCMAHAN, esa previsión también incluye la posibilidad de matar a alguien por mala suerte, como sucede en el caso *Conductor responsable*. QUONG no niega que, efectivamente, el transeúnte tenga derecho a matar al conductor para salvar su vida. Pero considera que es implausible sostener que ello se debe a que el conductor es moralmente pasible de sufrir ese daño. Ello implicaría, dice QUONG, que un tercer observador tendría moralmente permitido usar fuerza defensiva letal contra el conductor, mientras que no sería permisible que lo hiciera contra el transeúnte. Pero esto, dice QUONG, es *inaceptable*. Desde el punto de vista moral, la situación del conductor y del transeúnte es *simétrica* y, en principio, un tercero debería abstenerse de intervenir.

Esto no conlleva, sin embargo, que el transeúnte no tenga permitido defenderse. Lo único que implica es que no siempre que es permisible dañar a una persona ello es así en virtud de que es *pasible de ser dañada*. De acuerdo con la teoría del estatus moral, el conductor, aunque responsable, *no* es pasible de ser dañado pero, de todas formas, el transeúnte *sí* tiene moralmente permitido defenderse. Así, QUONG intenta valiosamente *reconfigurar* la manera de entender la discusión sobre la legítima defensa y, para explicar casos de defensa propia simétrica,[12] en los que *ninguno* de los agentes es pasible de ser dañado (*Conductor responsable*), desarrolla su *prerrogativa agencialmente relativa* en el capítulo 3.

La idea central es que —aunque el conductor no sea pasible de ser dañado— el transeúnte puede justificadamente eliminar la amenaza del conductor debido a la prerrogativa que tiene todo agente moral de darle mayor *prioridad a sus propios intereses* frente a los del resto de las personas (pp. 69-70).

[12] CHEHTMAN, *supra* nota 2, pp. 321-334.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Consideremos otro ejemplo de un caso simétrico:

> *Pozo*: Jorge está en el fondo de un pozo y no tiene posibilidades de salir. Pablo, quien hace su cotidiana caminata matutina en los alrededores del mismo pozo, se ve empujado por una violenta ventisca que provoca su caída en el pozo. Dado el peso de Pablo, si alcanza el fondo caerá encima de Jorge y le causará una muerte instantánea. Sin embargo, Jorge tiene una sola posibilidad de salvar su vida y es utilizando una pistola de rayos láser, que aleatoriamente está a su lado, para desintegrar a Pablo antes de que alcance el fondo. Así, Jorge salvaría su vida, pero eliminaría la de Pablo (p. 59).

El caso *Pozo* se distingue de *Conductor responsable* porque Pablo *no* es moralmente responsable de la agresión (a diferencia del conductor que genera un daño al realizar responsablemente una actividad riesgosa). Esto significa que, en este caso, los defensores de la teoría de la responsabilidad moral tendrían que sostener que Pablo no es moralmente pasible y que, por lo tanto, Jorge *no* tiene moralmente permitido defenderse. Para QUONG, esta conclusión es suficientemente contraintuitiva como para demostrar que la teoría de la responsabilidad moral falla porque no incluye este tipo de casos. A su juicio, este caso es, en realidad, análogo al anterior. En ambos casos, el agente que constituye una amenaza no es moralmente pasible de sufrir un daño, pero el agente amenazado tiene permitido defenderse en virtud de la prerrogativa de priorizar sus intereses. De esta forma, QUONG pareciera implícitamente modificar la definición de legítima defensa que expusimos al comienzo de la reseña, ya que la extiende aun a casos en los que la segunda condición —la amenaza ilegítima— no se configura.

La solución esbozada por QUONG no intenta ampliar el concepto de la pasibilidad moral para incluir este tipo de casos, sino que utiliza otro concepto para justificar el uso de fuerza defensiva. Solo en virtud de la prerrogativa agencialmente relativa, en casos simétricos como *Conductor responsable* y *Pozo*, en los que según la teoría de QUONG ninguno de los intervinientes es pasible de ser dañado y un tercero no puede justificadamente imponer daño a ninguno de los agentes, *ambas* personas pueden defenderse justificadamente. Sin embargo, la prerrogativa parece ser demasiado laxa porque permite que las personas se defiendan en casos en los que, intuitivamente, no deberían hacerlo. Así, la prerrogativa permitiría el uso de fuerza defensiva en casos en los que nos resulta contraintuitivo justificar el daño. P. ej., la prerrogativa permitiría que en el caso *Conductor responsable* el transeúnte justificadamente utilice de escudo a otro transeúnte-1 y le cause la muerte, pero evite su propio daño, dado que el transeúnte —si no debe soportar el daño— tiene derecho de priorizar

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sus intereses por sobre los de los terceros. O en el caso *Pozo* Jorge podría utilizar su "intercambiador de personas" para cambiar su lugar de víctima por el de Pedro, que paseaba en las cercanías del pozo y que no tenía ningún tipo de relación con la caída de Pablo.

Para limitar la prerrogativa y evitar así este tipo de resultados contraintuitivos, QUONG introduce su versión del *principio de medios* en el capítulo 3 y lo desarrolla integralmente en el capítulo 7. Según el principio de medios, es incorrecto dañar a una persona en pos de evitar un daño si ello importa usar su cuerpo o algo sobre lo que tiene un derecho anterior, a menos que estuviera obligada a sufrirlo o lo hubiera consentido (pp. 84 y 178). QUONG pone el acento en que *no* alcanza una razón agencialmente relativa para usar fuerza defensiva si ello implica usar como medio a una persona —o a una cosa de lo que esta es propietaria— para evitar un daño. Solamente en el caso en que se den los supuestos mencionados por el autor —consentimiento u obligación de soportar el daño— una persona podría ser utilizada como medio para evitar un daño. En el caso de que no se den dichos requisitos, toda persona, en virtud de ser tal, goza del derecho a no ser tratada como medio.

La tríada de principios morales —la teoría del estatus moral, la prerrogativa de priorizar nuestros propios intereses y el principio de medios— a la que apela QUONG es sumamente atractiva. Sin embargo, considero que tiene defectos. Para dar cuenta parcialmente de esos defectos, analizaré brevemente la aplicación de este entramado de principios en casos de mal menor, es decir, en los que la justificación del uso de fuerza defensiva no explica ni la pérdida de derechos ni la prerrogativa agencialmente relativa, sino la necesidad de producir un daño menor en pos de evitar un daño sustancialmente mayor. Consideremos un caso en el que un chofer de tren puede desviar su camino para salvar cinco vidas, pero matará a un transeúnte. QUONG coincide en que el chofer estaría justificado en virtud de una razón positiva de tipo mal menor. Pero imaginemos que el único modo de salvar a las cinco personas es usar como escudo a un observador para frenar el tren. Según el principio de medios, el chofer no tendría moralmente permitido hacerlo. No estoy seguro de que esto sea plausible. Pero las cosas son mucho peores. Pues de acuerdo con el principio de medios, no solo no se podría usar el cuerpo del observador, sino que tampoco estaría moralmente permitido usar ningún objeto que sea de su propiedad (pp. 195-196). Supongamos que el auto del observador está casualmente cerca de las vías del tren con las puertas abiertas y las llaves puestas. Se desprende del argumento de QUONG que otra persona (observador-1) que observa lo que está por suceder con el tren no podría utilizar el auto del transeúnte para desviar el tren y así salvar cinco vidas y matar al transeúnte. Aunque el observador-1 pudiera evitar justificadamente el daño en virtud de una

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

razón de tipo mal menor, se cumplirían las condiciones para concluir que su acción viola el principio de medios. Esto resulta poco plausible.

Resulta, pues, que el principio de medios tiene consecuencias contraintuitivas, particularmente en casos en los que la justificación es de tipo mal menor. La intuición de que aquel que salva sustancialmente más vidas que las eliminadas violando el principio de medios, no solo estaría excusado, sino que lo haría de forma *justificada* se da de bruces con la postulación de QUONG de ese principio. Para fortalecer esta intuición alcanza con proponer un caso en el que la relación muertes/vidas salvadas sea mayor. Considérese el caso *Estación*:

> Un tren que lleva 10.000 personas pierde los frenos y se dirige a toda marcha contra el paragolpes de contención. El choque provocaría la muerte de todos los pasajeros. Brian, que espera el tren en la última estación, se da cuenta del hecho catastrófico que está por suceder e identifica a Miguel, quien, dado su gran tamaño físico, podría frenar el tren. De hecho, Brian llega a la poco probable pero real conclusión de que la única forma de salvar las vidas de los pasajeros es tirar a Miguel a las vías. De esta forma el tren frenaría antes de chocar contra el paragolpes metálico y se salvarían los 10.000 pasajeros, pero se produciría la indeseable muerte de Miguel.

Al analizar el caso *Estación* vemos que, aunque quizás Brian no esté obligado a salvar las vidas de los pasajeros, sí es moralmente *permisible* que utilice a Miguel como medio. Si bien Miguel no consintió el hecho y tampoco estaría obligado a soportar el daño, resulta plausible entender que nuestra moral justificaría la acción de aquella persona que en la situación de Brian salva a 10.000 personas a costa de eliminar la vida de una. En los términos en que lo plantea QUONG, la acción de Brian no sería permisible pues viola el principio de medios por él formulado. Sin embargo, si permitiéramos que la razón positiva de tipo mal menor entrase al espacio de razones (el hecho de que Brian salvaría 10.000 vidas si tirara a Miguel), estimo que esta derrotaría el derecho de Miguel a no ser usado como medio.[13]

[13] Cabe destacar otra de las diferencias entre la explicación de la permisibilidad que usa el concepto de "pasibilidad moral" (*liability*) y la que usa el de "mal menor" (*lesser-evil*). En el primer escenario, la persona moralmente pasible de ser dañada tiene la *obligación* de soportar el daño defensivo y, por ende, la acción defensiva no tendría residuos morales. Es decir, el

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Quizá esta sería una forma de salvar el argumento de QUONG: concebir el principio de medios como un derecho *pro tanto* y, por ende, en el caso *Estación* el argumento de tipo mal menor la derrotaría.[14] Sin embargo, quedaría lugar para una pregunta relevante y es si, dado que, según QUONG, Brian no es pasible de ser dañado, Miguel tiene permitido defenderse del ataque de Brian. Si aceptamos el argumento de que la acción de Brian está justificada, y que no es moralmente pasible de ser dañado, parecería contraintuitivo aceptar que Miguel pueda defenderse legítimamente en virtud de su prerrogativa agencialmente relativa. De alguna forma, aunque haya simetría —en el sentido de que ninguno es pasible de ser dañado— también existe una *asimetría* en el espacio de razones: el peso de las razones de Brian para empujar a Miguel supera el peso de las razones de Miguel para defenderse de la agresión de Brian. De todas maneras, también parece difícil que la prerrogativa de QUONG no pueda aplicarse en el caso *Estación* porque Miguel simplemente no es pasible de ser dañado.

A modo de conclusión, se puede decir que, si bien mostré una posible objeción a las implicancias de un argumento defendido en el libro, QUONG describe de forma acabada la literatura analítica contemporánea de la legítima defensa y aporta valiosos argumentos que seguirán resonando y generando discusión. Por otro lado, y no obstante la sofisticación y agudeza de sus argumentos, lo que podría significar un trabajo arduo para aprehenderlos, creo que *La moral de la fuerza defensiva* es un gran libro para iniciarse en la discusión de la ética de la legítima defensa, además de que le entrega al lector con experiencia novedosas formas de entender el fenómeno.

defensor no le *debería* nada a la persona pasible de ser dañada. Ahora bien, en los casos en que la justificación es de tipo mal menor, aquel que evita el daño sí le debería *algo* a la persona que lo soporta —o a sus herederos si es matada—, p. ej., compensación económica, reconocimiento del derecho moral vulnerado o disculpas. El elemento que hace la distinción sería que en los casos explicados por la pasibilidad moral (i) aquel que se defiende *no* realiza una acción incorrecta, ya que actúa en legítima defensa (justificadamente); en cambio (ii) en los casos de mal menor la acción sí sería incorrecta dada la inexistencia del deber del agente pasivo de soportar el daño, incorrección que produce la "mancha moral" antes mencionada. Sin embargo, la problemática reside en cómo entendemos el concepto de incorrección, ya que si este se refiriera a una acción no justificada ("visión restringida"), y si entendemos que el argumento de mal menor es una razón justificante, las acciones de ambos casos (i) y (ii) serían correctas. Sin embargo, si entendiéramos al *wrong* como una acción que el estar justificada no le quita la incorrección de haberla realizado ("visión amplia"), incluso aquel que daña a alguien pasible de ser dañado también le debería *algo*, al menos una disculpa. Para una explicación de las diferencias conceptuales entre la "visión restringida" y la "visión amplia", ver THOMSON, *supra* nota 1, p. 82.

[14] Ver *supra* nota 7, pp. 337-338.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Pautas de Publicación y compromiso ético

La Revista En Letra. Derecho Penal mantiene una convocatoria abierta con carácter permanente para estudiantes, graduados, docentes, profesores, investigadores e interesados en general, para el envío de artículos inéditos con miras a su publicación en ediciones subsiguientes de la Revista. Tales artículos deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas.

Es también abierta, permanente y con idénticos destinatarios la convocatoria a remitir réplicas a artículos ya publicados en la edición inmediata anterior de la Revista. La publicación de una o más réplicas a un artículo habilitará a su autor a remitir, a su vez, una réplica propia (dúplica) para la edición inmediata siguiente. Con la publicación de esta última se agotará el debate. Tales réplicas y dúplicas deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas. Las dúplicas garantizarán eventuales instancias de corrección o retractación por parte del autor.

Sin perjuicio del idéntico procedimiento para su evaluación, la remisión de trabajos para la sección Columnas En Letra. Derecho Penal, y para cualquier otra distinta a la de artículos, réplicas y comentarios bibliográficos en que no se especifique lo contrario, se admite exclusivamente por invitación de la Revista. Tales trabajos deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales que la Revista indicará en su oportunidad a los autores invitados.

En Letra. Derecho Penal se compromete a adecuar su funcionamiento y organización a los estándares éticos en materia de investigación científica y requiere su cumplimiento a todas las partes involucradas en el proceso de publicación (autores, directores, subdirectores, miembros del Consejo Académico, miembros del Comité Editorial, miembros de la Secretaría de Redacción y

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

terceros colaboradores). La revista adopta como propios los estándares éticos propuestos por el Committee on Publication Ethics (COPE's Core Practice guidance).

1. En Letra: Derecho Penal se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista En Letra: Derecho Penal:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

Pautas sustanciales y formales para la remisión de réplicas y dúplicas

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

Cesión de derechos de autor y asunción de responsabilidad

El envío de material a En Letra. Derecho Penal con fines a su publicación en la Revista supone: a) el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del o de los autor/es; b) la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría; c) la indicación de terceros que, sin haber contribuido de manera significativa en la concepción, diseño, ejecución, interpretación o redacción del trabajo, hubiesen prestado su colaboración en tales procesos; d) la declaración de la veracidad de la información y de las fuentes utilizadas en el trabajo; e) el compromiso de informar a En Letra. Derecho Penal en caso de detectar errores o inexactitudes relevantes una vez publicado el trabajo; f) la cesión irrevocable a En Letra. Derecho Penal de los derechos de autor sobre aquél; y g) la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a En Letra. Derecho Penal, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y previo a su publicación, se requerirá del o de los autor/es el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

Procedimiento de evaluación

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a En Letra: Derecho Penal (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. Los árbitros evaluarán los trabajos de acuerdo con las pautas que les remitirá el Comité Editorial en la oportunidad en que se envíen los textos sujetos a evaluación, que incluirán aspectos tales como: extensión del artículo, relevancia, originalidad, estilo del discurso, redacción, sistematicidad, argumentación y razonabilidad. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se decide a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité, quienes evaluarán los textos de acuerdo con los criterios objetivos y predefinidos ya

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

señalados. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

Los evaluadores deberán renunciar a evaluar un trabajo si detectan cualquier conflicto de interés (por razones de parentesco, especial cercanía, amistad o enemistad) en razón del tema del trabajo o de la presunta identidad del autor o autores.

Confidencialidad

En Letra. Derecho Penal asegura la absoluta confidencialidad de la información remitida y utilizada durante los procesos de evaluación y publicación. Sus miembros y terceros colaboradores se comprometen a no revelar ningún dato del que tuvieren conocimiento con motivo de su intervención. Los materiales y trabajos que se hayan presentado para su publicación en la revista pero que no se publiquen finalmente no podrán ser utilizados por las personas que hayan participado en su gestión o evaluación sin el consentimiento expreso del autor o de los autores.

Integridad y supervisión ética

Los trabajos que publica En Letra. Derecho Penal lo son exclusivamente por su calidad y contenido científico. La publicación no tiene en cuenta ni considera bajo ninguna circunstancia el género, la orientación sexual, la raza, las creencias religiosas, el origen étnico, la edad, la nacionalidad, la ideología o la opinión política de los autores. La revista garantiza el consentimiento de los autores para la publicación y la supervisión ética de todos sus contenidos.

Canal de quejas

En Letra. Derecho Penal pone a disposición un canal de quejas. En caso de querer denunciar alguna irregularidad o mala conducta ocurrida durante el proceso de evaluación o de publicación, imitaciones o conflictos de interés, podrá hacerlo al siguiente correo, cuya gestión se encuentra asignada a un tercero imparcial: maria.tunon_corti@uni-wuerzburg.de. De corroborarse las

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

irregularidades denunciadas, el director de la revista adoptará las medidas que considere oportunas para resolver la situación generada por tales prácticas.

***

DR © 2022. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año VII, N.º 14, Mayo 2022

Dirección:
Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítes (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:
Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Veleda
Thomas Wostry