

50

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 50

## Sumario

---

### Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i> .....	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i> .....	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i> .....	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i> .....	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i> .....	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> .....	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero</i> .....	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i> .....	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i> .....	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i> .....	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i> .....	209
<b>Sistemas penales comparados:</b> Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## Evolución y características actuales del Derecho penal económico

Alessandro Melchionda

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

### Ficha Técnica

**Autor:** Alessandro Melchionda

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal, Università degli Studi di Trento (Italia)

**Title:** Evolution and current characteristics of economic Criminal law

**Sumario:** 1. Derecho penal económico: delimitación y características normativas y criminológicas. 2. El principio de libertad de empresa y los posibles modelos de regulación del Derecho penal económico. A) El modelo “liberalista”. B) El modelo “estatista”. C) El modelo de “libertad regulada”. D) El actual modelo “europeo” de Derecho penal económico. 3. Características y problemas actuales del Derecho penal económico en la protección de los derechos económicos (individuales y colectivos). 4. Características y problemas actuales del Derecho penal económico en la protección de los derechos fundamentales individuales y colectivos. 5. Características y problemas actuales de los nuevos modelos de política criminal “europea” en la disciplina del Derecho penal económico. A) Relevancia y problemas de la responsabilidad de las personas jurídicas. B) Relevancia y problemas de las nuevas formas de “decomiso”. C) Relevancia y problemas en la incriminación del “blanqueo de dinero”. 6. Observaciones finales. Importancia y modernidad del Derecho penal económico.

**Summary:** 1. Economic criminal law: delimitation and normative and criminological characteristics. 2. The principle of free enterprise and the possible regulation models of economic criminal law. A) The liberal model. B) The “statist” model. C) The “regulated liberty” model. D) The current “European” model of economic criminal law. 3. Characteristics and current problems of economic criminal law in the protection of economic rights (individual and collective). 4. Characteristics and current problems of economic criminal law in the protection of individual and collective fundamental rights. 5. Characteristics and current problems of the new models of “European” criminal policy in the discipline of economic criminal law. A) Relevance and problems of the responsibility of legal persons. B) Relevance and problems of the new forms of “confiscation”. C) Relevance and problems in the incrimination of “money laundering”. 6. Final remarks. Importance and modernity of economic criminal law.

**Resumen:** La evolución del Derecho penal económico lo ha llevado a superar la tradicional caracterización que lo limitaba a los delitos societarios y delitos concursales. La nueva perspectiva es más amplia, sobre la base de nuevos riesgos que conducen a un modelo europeo de derecho penal económico, en el que destacan instrumentos como el decomiso, y delitos como el blanqueo de dinero. Se analiza en particular la posible afección a derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Derecho penal económico. Delitos europeos. Decomiso. Blanqueo de dinero. Derechos fundamentales.

**Abstract:** The evolution of economic criminal law has led it to overcome the traditional characterization that limited it to corporate crimes and bankruptcy offences. The new perspective is broader, based on new risks that lead to a European model of economic criminal law, in which instruments such as confiscation and crimes such as money laundering stand out. In particular, the possible impact on fundamental rights is analyzed.

**Keywords:** Economic criminal law. European crimes. Confiscation. Money laundering Fundamental rights.

**Rec.:** 01/06/2022 **Fav.:** 07/06/2022

## 1. DERECHO PENAL ECONÓMICO: DELIMITACIÓN Y CARACTERÍSTICAS NORMATIVAS Y CRIMINOLÓGICAS

El ámbito de referencia del llamado Derecho penal de la economía suele considerarse uno de los ámbitos más complejos del Derecho penal. Se trata de una complejidad que se encuentra en todos los ordenamientos jurídicos nacionales y de la que es necesario ser plenamente consciente para comprender correctamente la peculiaridad de la actual caracterización de la política criminal en este importante campo del Derecho penal.

Como es inevitable, la especificidad de los distintos sistemas jurídicos nacionales ha influido sin duda en el momento y la forma en que han surgido las cuestiones más consideradas hoy. Sin embargo, la evolución histórica que ha marcado el contexto teórico y normativo italiano también parece directamente superponible a otras experiencias europeas.

En el enfoque de los primeros estudios de referencia, el Derecho penal económico ha sido considerado durante mucho tiempo como un ejemplo tradicional de la llamada función puramente sancionadora del Derecho penal. Desde este punto de vista, en efecto, una primera aproximación al estudio de la materia había conducido a un análisis de las distintas infracciones penales previstas con referencia a la regulación civil de las sociedades mercantiles, circunscribiendo su relevancia a una función meramente subsidiaria, dirigida genéricamente a establecer sanciones penales que completaran y reforzaran las disposiciones dictadas para el buen funcionamiento de la actividad empresarial<sup>1</sup>. No es casualidad que, en aquella época, los delitos previstos en este ámbito fueran considerados con interés por los propios estudiosos del Derecho mercantil y de sociedades. Con el tiempo, sin embargo, los límites de este enfoque de

estudio se hicieron muy evidentes y la doctrina penal pudo centrar más su atención en este precipitado sector del ordenamiento jurídico, que pronto se convirtió en un campo de entrenamiento fundamental para el perfeccionamiento de múltiples categorías dogmáticas, también de la parte general del Derecho penal.

La complejidad de la materia se aprecia, además, ya a nivel de su propia definición y, paralelamente, de la consecuente delimitación<sup>2</sup>.

Ciertamente, es correcto considerar el Derecho penal económico como un sector del sistema de justicia penal centrado principalmente en el análisis de las infracciones penales más específicas. Desde este punto de vista, en efecto, el Derecho penal económico nace precisamente sobre el estudio de los citados delitos en materia societaria y de los previstos en la normativa concursal<sup>3</sup>, por lo que es ciertamente identificable como un sector de la llamada parte especial del Derecho penal, que, como tal, debe ser abordado y estudiado a partir de los criterios metodológicos y didácticos que desde hace tiempo distinguen a esta particular área del Derecho penal.

Sin embargo, incluso la propia delimitación de los delitos que pueden considerarse más específicamente de este modo ha resultado ser muy incierta y, en cualquier caso, insuficiente. Según un criterio tradicional de delimitación de los distintos ámbitos de la parte especial del Derecho penal, un punto de referencia fundamental es la consideración del bien jurídico que el legislador pretende proteger con una determinada gama de figuras penales. En el caso del Derecho penal económico, sin embargo, la utilización de este criterio siempre ha parecido impracticable, porque, aunque es posible identificar en todos los ordenamientos jurídicos nacionales un sector de delitos más directamente proyectados a la protección del orden y/o del mercado económico<sup>4</sup>, en realidad el alcance de lo que, a lo largo

1 Un ejemplo de este antiguo enfoque puede encontrarse, por ejemplo, en MIRTO P., *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, 11 ss.

2 El tema es un punto esencial de cualquier debate sobre derecho penal económico: entre muchos, véase. ALESSANDRI A., in PEDRAZZI C. - ALESSANDRI A. - FOFFANI L. - SEMINARA S. - SPAGNUOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2a ed., Bologna, 1998, 1 ss.; GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*. Vol. I: *Delitti contro l'economia pubblica e reati societari*, 2a ed., Milano, 2004, 1 ss.; ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, 2a ed., Milano, 2008, 3 ss. Como es bien sabido, la cuestión es también común en la experiencia española: para todos ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte general*, 5a ed., Valencia, 2016, 77 ss., con amplia referencia también al debate en la doctrina en lengua alemana. Más recientemente, véanse también las indicaciones en DE LA MATA BARRANCO N. - DOPICO GÓMEZ-ALLER J. - LASCURIAN SÁNCHEZ J.A. - ADAN NIETO M., *Derecho penal económico y de la Empresa*, Madrid, 2018, 39 ss.

3 En la experiencia italiana, durante mucho tiempo se consideró que el primer "manual" de derecho penal de la economía era el cuarto volumen del manual de Francesco Antolisei, dedicado a las llamadas "leyes complementarias" y centrado, precisamente, en el estudio de los delitos societarios y de quiebra. La importancia y el valor de este trabajo pueden captarse, en particular, en el hecho de que, precisamente a partir del análisis de las cuestiones "comunes" a este sector de delitos, ya se incluyó una primera consideración de lo que con el tiempo se ha conocido como la llamada "parte general del derecho penal de la economía": véase ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, 1a ed., Milano, 1959.

4 El Código Penal italiano (Libro II, Título VIII) prevé un sector específico de delitos "contra la economía pública, la industria y el comercio". Sin embargo, estos delitos son muy variados y, debido también a ciertos requisitos técnicos específicos, han tenido muy poca aplicación. Para una visión general de estos delitos, véase para todos PEDRAZZI C., *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, 279 ss.

del tiempo, se ha ido incluyendo progresivamente en el estudio del Derecho penal económico va mucho más allá de este campo de referencia más específico.

Sin embargo, en la práctica, otro criterio tradicional de delimitación del sistema penal, el del sujeto activo del delito, también se ha revelado insuficiente a efectos de trazar una línea divisoria más clara del tema. De hecho, la hipótesis de delimitar la materia penal-económica incluyendo en ella todos los delitos caracterizados por una necesaria cualificación de la importancia económica/empresarial del agente hizo que la insuficiencia de este criterio fuera también inmediatamente evidente: De hecho, pronto quedó claro que muchos de los problemas que, con el tiempo, parecían estar más directamente relacionados con el ámbito penal-económico también pueden reconocerse en el caso de los delitos comunes clásicos, como, por ejemplo, el delito de “estafa” o el de “apropiación indebida”.

Pero no sólo eso. Con vistas a una consideración más precisa de los problemas tradicionalmente relacionados con el estudio del Derecho penal de la economía, incluso un delito genérico como el “asesinato” es concretamente relevante, dado que en el caso de la muerte de una persona ocurrida en el contexto de una actividad empresarial, surgen bien los problemas y las cuestiones de interpretación que, con el tiempo, han entrado de lleno en el marco de estudio y profundización del Derecho penal de la economía.

Esta necesidad de prestar atención a la correcta delimitación de la materia no es, sin embargo, relevante sólo desde el punto de vista de una genérica separación interna de otras áreas del Derecho penal<sup>5</sup>. Por el contrario, la propia experiencia de estudio acumulada hasta la fecha ha puesto de manifiesto la gran importancia que este esfuerzo teórico de *actio finium regundorum* supone, no sólo para la correcta aplicación de una determinada serie de delitos, sino para la misma consideración más general de los problemas jurídico-penales que atañen al conjunto de los procesos económicos que rigen nuestra sociedad, tanto desde el punto de vista de los derechos y necesidades individuales de la persona, como en referencia a los derechos y necesidades de la comunidad y de los propios Estados nacionales. Desde este punto de vista, de hecho, una correcta consideración y comprensión de estas cuestiones es de fundamental importancia, tanto para una eficaz identificación y aplicación de las múltiples opciones de política

criminal abstractamente perseguibles por el legislador, como para una adecuada elección de las soluciones técnico-legislativas de vez en cuando más funcionales a los fines así perseguidos.

Al mismo tiempo, aunque insuficientes por sí solos para ser tomados como criterios genéricos de delimitación de la materia, tanto la consideración del “bien jurídico” protegido por cada tipo de delito, como la correcta apreciación del papel concretamente expresado por el sujeto activo del mismo, han puesto de manifiesto perfiles y reflexiones de gran importancia en el desarrollo de una correcta aproximación al estudio del Derecho penal económico.

En esta perspectiva, la atención prestada al “bien jurídico” ha permitido a menudo desvelar los riesgos potencialmente ocultos tras las soluciones técnicas legislativas que, al adelantar el ámbito de la punibilidad a conductas sólo abstractamente peligrosas en cuanto a la lesión de derechos patrimoniales personales, tras la pantalla de una supuesta protección de bienes de valor sólo formal, han actuado como antesala de la entrada de figuras delictivas de dudosa legitimidad<sup>6</sup>. De hecho, la previsión de estas hipótesis delictivas particulares ha conducido a menudo a la detección de opciones legislativas potencialmente conflictivas con los principios fundamentales del Derecho penal, como, en particular, los principios de legalidad, precisión, materialidad, ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad.

Pero también y sobre todo la consideración del sujeto activo del delito ha revelado una gran importancia para un correcto análisis y comprensión del tema. Así, en particular, es conocida la importancia criminológica que ha tenido el “descubrimiento” y estudio de los llamados delitos de “cuello blanco”<sup>7</sup>.

Pero igualmente conocida es la fundamental centralidad que, en el curso del progresivo desarrollo del Derecho penal de la economía, ha destacado la adecuada consideración de la empresa, como sector en el que cada sujeto actúa en el marco de una organización más general de personas<sup>8</sup>.

Además, el estudio en profundidad de las características normativas del sujeto activo cualificado en los delitos más directamente referibles al sector económico también ha resultado de gran valor, conduciendo a la identificación de aquellas situaciones concretas más específicas en las que determinadas personas pueden ser identificadas en la calificación normativa de refe-

5 Sobre este punto, en el debate español, véanse también las interesantes consideraciones de GRACIA MARTÍN L., *Recensión a Martínez-Buján Pérez C., Derecho penal económico y de la empresa, Parte general, Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, 445 ss.

6 Como ejemplo de estas cuestiones, permítanme referirme a lo que tuve ocasión de observar en MELCHIONDA A., *Mercato dei valori mobiliari e tutela penale dell'informazione societaria*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1986, I, 611 ss.

7 La referencia es obviamente a la obra fundamental de SUTHERLAND E.H., *White Collar Crime*, New York, 1949.

8 A este respecto, véase para todos PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988, 134, así como, posteriormente, ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 175 ss.



rencia, no en base a su investidura formal, sino en base a sus actuaciones concretas funcionalmente referibles a dicha calificación<sup>9</sup>, o en base a una delegación formal que les confiere el sujeto cualificado<sup>10</sup>.

En último lugar, sólo en términos de precedencia histórica, pero ciertamente no en términos de relevancia global, está la gran importancia que ha asumido ahora la superación del viejo dicho “*societas delinquere non potest*” y la introducción en muchos sistemas nacionales de la responsabilidad directa de las propias personas jurídicas (a la que volveremos)<sup>11</sup>. Hoy en día, este también es un área que se relaciona directamente con el Derecho penal de la economía.

Sobre la base de estos aspectos globales, el tema del Derecho penal económico tiende, pues, a seguir refiriéndose a un ámbito de la parte especial del Derecho penal, dentro del cual es ciertamente lógico incluir tanto los sectores históricamente más tradicionales (delitos de empresa, delitos de quiebra) como otros que se han ido incorporando progresivamente a esta selección (delitos fiscales; delitos aduaneros; delitos financieros; pero también, en parte, delitos urbanísticos, delitos medioambientales, delitos relativos a la seguridad en el trabajo). Al mismo tiempo, y desde un punto de vista más general, también parece correcto identificar hoy en día el Derecho penal económico como el sector del sistema de justicia penal en el que se analizan los problemas potencialmente subyacentes a todas las situaciones penalmente relevantes que pueden surgir en el contexto de las actividades económicas, ya sean públicas o privadas.

## 2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS POSIBLES MODELOS DE REGULACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Sin embargo, la complejidad del Derecho penal económico va mucho más allá de su mera delimitación normativa y sistemática.

Como se ha observado correctamente, «un enfoque correcto del Derecho penal de la economía postula un trabajo preliminar destinado a conocer la dinámica so-

cial, económica y financiera de una sociedad determinada durante un período de tiempo significativo»<sup>12</sup>. La economía ha sido siempre un pilar central de la subsistencia de toda organización social, por lo que es en la dinámica global que subyace al ejercicio de toda actividad económica donde debe centrarse también la atención para comprender de forma efectiva y concreta los ámbitos de potencial relevancia y necesidad de recurrir al instrumento penal.

En el contexto de esta consideración se plantea una clara situación de conflicto potencial entre el ejercicio de un derecho humano fundamental reconocido en toda sociedad moderna y la necesidad paralela de proteger a la propia sociedad de los riesgos que puede generar el ejercicio de esta actividad. El artículo 41 de la Constitución italiana pone de manifiesto esta necesidad básica de forma muy eficaz: por un lado, de hecho, de forma similar a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución española, reconoce la plena libertad de toda iniciativa económica privada, pero, por otro lado, especifica inmediatamente que este ámbito de libertad individual «no puede realizarse en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad y la dignidad humana»<sup>13</sup>.

La correcta consideración normativa de esta situación de potencial conflicto debe partir, por tanto, de la conciencia de este posible conflicto: por un lado, está la licitud de una situación de riesgo, el riesgo de la libertad de empresa, que el Estado reconoce como legítima para todo individuo, y por otro, está la cuestión de entender y establecer hasta qué punto esta situación de riesgo individual en el ejercicio de una actividad económica puede considerarse también lícita cuando puede llegar a manifestar efectos de riesgo para otros sujetos y, en ciertos casos, para la propia sociedad.

Queriendo esbozar un esquema de estas posibles situaciones de conflicto, el panorama general puede dividirse en cuatro tipos diferentes de riesgo:

- a) en primer lugar, la actividad empresarial puede generar riesgos para los derechos económicos de otras personas (derechos de propiedad o derecho a realizar actividades económicas);

9 Para profundizar en esta cuestión, véase, en general, MARRA G., *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002.

10 Sobre este tema, véase en general MONGILLO V., *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, 325 ss.

11 La bibliografía sobre el tema es evidentemente muy amplia: entre los primeros estudios sobre la cuestión, véase BRICOLA F., *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, 951 ss.; para referencias generales sobre el debate posterior y más reciente, entre muchos, véase DE MAGLIE G., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

12 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, 4a ed., Bologna, 2016, 1.

13 Sobre la importancia de una atenta consideración de estos principios de la Constitución, véase especialmente BRICOLA F., *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1985, 721 ss.; y posteriormente ALESSANDRI A., in PEDRAZZI C. - ALESSANDRI A. - FOFFANI L. - SEMINARA S. - SPAGNUOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 17 ss.

- b) o puede generar riesgos para los derechos fundamentales de la persona (derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal);
- c) pero el ámbito de los posibles riesgos puede dirigirse también hacia la colectividad e incluso en este caso puede considerarse un primer ámbito de riesgos con referencia a los derechos de carácter económico y, por tanto, a la necesidad de proteger el mercado económico colectivo
- d) o puede proyectarse hacia intereses comunes y difusos, de mayor alcance, de la comunidad (como, por ejemplo, en el caso de posibles riesgos para el medio ambiente).

Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de volver a este primer desglose global, también para comprender exactamente la utilidad de diferenciar, de esta manera, los posibles márgenes de riesgo de la actividad económica privada, desde un punto de vista puramente normativo, surge la necesidad de considerar, en primer lugar, cuáles son los posibles modelos de disciplina que pueden ser adoptados a tal efecto por los distintos legisladores nacionales.

También a este respecto, en términos puramente clasificatorios, se han identificado tres modelos básicos diferentes: a) el modelo “liberalista”; b) el modelo “estatista”; c) el modelo de “libertad regulada”.

Como se ha observado<sup>14</sup>, aunque con toda la aproximación que puede condicionar esta rígida subdivisión, el análisis de estos tres modelos permite apreciar con mayor precisión los rasgos esenciales que pueden captarse en las diferentes opciones legislativas de regulación sustantiva de la economía, cada una de las cuales implica naturalmente opciones consecuentes y firmeza política capaces de garantizar su respeto.

Veamos las características esenciales.

### A) El modelo “liberalista”

El modelo “liberalista” se basa en el principio de la plena libertad económica del individuo y está motivado por la idea neoliberal del *laissez-faire*, partiendo de la base de que la desregulación de los mercados, aunque pueda generar efectos secundarios negativos, puede representar la mejor solución para garantizar un efecto de generalización global del bienestar material. La lógica subyacente es, por lo tanto, la que ve en el libre choque de iniciativas e intereses económicos individuales, que debe aplicarse en un mundo libre de toda restricción a la competencia en la circulación de personas, capitales, bienes y servicios, la posibilidad de fomentar una si-

tuación de equilibrio y bienestar tanto individual como colectivo.

La eficacia y la practicabilidad de este modelo están, sin embargo, condicionadas por la necesidad de poder adoptarlo en una dimensión expansiva de la economía mundial, «ya que sólo una condición expansiva permanente de la economía hace conceptualmente concebible el crecimiento generalizado del bienestar material a favor de la mayoría de las poblaciones del mundo. Y esto también con referencia a los miembros de las categorías no privilegiadas, que si bien quedan al margen de los procesos productivos y financieros dominantes, deberían sin embargo beneficiarse de los efectos positivos inducidos por la circulación más rápida de bienes y servicios»<sup>15</sup>. En estas situaciones de reducción de la autonomía y de la capacidad de iniciativa empresarial, es evidente que el Estado debe actuar a través de una política asistencial, gestionada por agencias públicas y aplicada con el producto de los ingresos fiscales.

En la experiencia histórica de los sistemas que se han inspirado en este modelo, su aplicación ha tropezado, sin embargo, con una pluralidad de obstáculos que, en el plano de la experimentación empírica, han puesto en duda su verdadera validez científica. Por un lado, es evidente que es imposible imaginar una situación de expansión económica ilimitada, así como, por otro lado, es difícilmente realizable un contexto globalizado en el que todos los recursos sean inmediata y directamente explotables por todas las personas. En estos contextos, se ha manifestado con frecuencia la presencia de actores económicos privados que, aprovechando las posiciones individuales de mayor capacidad patrimonial, han operado con miras a la maximización del beneficio, lo que ha conducido a resultados discriminatorios hacia una gran parte de la población. Como se ha observado, «los resultados discriminatorios han vuelto a plantear, evidentemente, a nivel mundial los antiguos problemas, típicos de las economías con escasez de fuentes, relativos a las exigencias de justicia jurídica y distributiva que deben regir las relaciones, respectivamente, de los ciudadanos hacia el Estado y del Estado hacia los ciudadanos. De modo que, en la propagación sistemática de comportamientos depredadores y de gestión anárquica de los servicios, se han ampliado las diferencias entre la enorme riqueza y la extrema pobreza, a pesar del inmenso aumento de los bienes disponibles en valores absolutos, que se han manifestado aquí y allá en las distintas zonas del planeta. A este fenómeno se suma el empobrecimiento de categorías o grupos sociales enteros, lo que ha provocado el retraimiento del desarrollo económico en muchos países. Así, han surgido con

14 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 3 ss. A este respecto, véase también GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 3 ss.

15 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 4.



fuerza los problemas éticos propios de la justicia distributiva y legal, tanto a nivel macroeconómico como en los ámbitos económicos individuales»<sup>16</sup>.

En total contraste con el objetivo de fondo de la idea neoliberal, la indiferencia ética del liberalismo absoluto ha conducido a efectos contrarios a los deseados. «La generalización indiscriminada de la concurrencia y la desregulación de los comportamientos, sin la previsión de normas moderadoras, se tradujo, por un lado, en el enriquecimiento desmesurado de unos pocos sujetos, en su mayoría empresas de nueva generación, y, por otro, en el empobrecimiento de las clases medias, que habían constituido en las décadas de la reconstrucción de posguerra el principal sustento político del liberalismo económico»<sup>17</sup>.

### B) El modelo “estatista”

El modelo “estatista” representa exactamente lo contrario del modelo “liberalista”. De hecho, el principio de fondo se basa en una posición de desconfianza sobre la factibilidad real de las líneas de desarrollo económico que dependen de la apertura total de los mercados. «Este enfoque sugiere, por lo tanto, el aumento de la presencia del Estado en la economía, en particular en el sector financiero, con una vuelta a una regulación más penetrante de la economía por parte del poder público»<sup>18</sup>.

Se trata, por lo tanto, de un modelo que presupone la idea de proceder a un «endurecimiento normativo dirigido a la regulación estricta de los comportamientos económicos, acompañado de un drástico refuerzo de los poderes punitivos gestionados por el poder judicial tradicional». La parte preeminente en el sistema de control de la economía y las finanzas debería así volver a manos tanto del poder ejecutivo, que se encargaría de la regulación *ex ante* de los comportamientos desviados, como del poder judicial, que se encargaría del despliegue total de la represión penal clásica»<sup>19</sup>.

Incluso este modelo presenta condiciones y reflexiones que han dificultado su plena y efectiva implementación. Desde el punto de vista de su realización práctica, parece difícil concebir una dimensión de regulación estatal completa de todos los ámbitos posibles de la acción económica. Todo ello supondría el recurso a una superestructura normativa confiada al gobierno burocrático del Estado, que, lejos de favorecer los efectos positivos para la economía, sólo correría el riesgo de

obstaculizar su capacidad de expresión más moderna. También en el plano político parece poco realista suponer un fenómeno de «reapropiación completa por parte de la política de los poderes y medios necesarios para el funcionamiento de la economía y las finanzas. También aquí la experiencia nos enseña que la libertad de los mercados va acompañada de la ampliación de las libertades individuales, y que las condiciones de vida autárquicas suelen ir acompañadas de involuciones autoritarias o totalitarias. No hay que olvidar los desastrosos resultados económicos del comunismo»<sup>20</sup>. La experiencia histórica de estos sistemas políticos ha generado efectos de «empobrecimiento económico del conjunto de la sociedad y la formación de rentas parasitarias anidadas en la corrupción en beneficio de una clase política y burocrática muy reducida»<sup>21</sup>; de modo que parece inverosímil pensar hoy en un endurecimiento de la economía y de las finanzas, en plena contratendencia con los efectos de la globalización y de la mayor libertad de movimientos, que tienden a caracterizar cada vez más el marco económico mundial.

### C) El modelo de “libertad regulada”

El modelo de la llamada “libertad regulada” representa una solución de carácter intermedio y se inspira en la doble idea de la imposibilidad de renunciar al modelo de desarrollo capitalista y, al mismo tiempo, de la necesidad imprescindible de contener sus efectos perversos. La opción es realista y está abierta a la innovación.

Como se ha observado, este modelo «expresa atención a las exigencias éticas que subyacen a los principios de honestidad en los negocios y a la igualdad y dignidad de todos los hombres y mujeres de la tierra» y, a diferencia del modelo “estatista”, reconoce que «el derecho no tiene un papel causal unívoco sobre la economía y las finanzas. Más bien, la causalidad actúa en sentido contrario, en el sentido de que la economía determina en gran medida el derecho. Esto no implica, sin embargo, que ésta, como expresión de la racionalidad humana, no pueda corregir las dinámicas económico-financieras, asumiendo una importante labor de regulación y control sobre las mismas»<sup>22</sup>.

La aplicación concreta de este tercer modelo de disciplina, sin embargo, presupone que el derecho tenga la capacidad de operar «no tanto en el plano de la regula-

16 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 4.

17 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 5.

18 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 5.

19 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 5.

20 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 6.

21 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 6.

22 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 6.

ción minuciosa *ex ante* de las conductas ilícitas como en el del control *in itinere* de las conductas desplegadas por los sujetos económicos y financieros y en el de la incapacitación legal de aquellos que no se muestren capaces de participar en la dinámica del mercado según criterios de equidad y transparencia. Lejos de renunciar al control legal de la economía y las finanzas, como es el caso del primer enfoque, esta tercera orientación postula el fortalecimiento de los sistemas de protección legal. Sin embargo, a diferencia del segundo enfoque, que opera predominantemente con el esquema clásico de preceptos taxativos y determinantes y la represión penal *ex post* contra los individuos que han violado las disposiciones individuales, este tercer enfoque busca nuevas vías de *enforcement legal*<sup>23</sup>.

Este es, sin duda, el modelo que se reconoce en la mayoría de los Estados nacionales hoy en día. Se trata, en particular, de un modelo que, en concreto, ha llevado a la adopción de un sistema multinivel. Un sistema, en particular, que, sin dejar de basarse en una intervención punitiva del Estado, en la situación actual se centra, sin embargo, tanto en la incriminación penal de las conductas prohibidas cometidas por las personas físicas como en la predeterminación de las condiciones para que las personas jurídicas sean también punibles. Al mismo tiempo, es un modelo que también se ha abierto cada vez más a las formas de confiscación y congelación de las ganancias ilícitas y de los activos instrumentales para la comisión de delitos, y que ha acompañado la represión penal clásica con instrumentos de garantía de tipo administrativo basados en el refuerzo de las autoridades independientes de supervisión del mercado, a las que se concede el ejercicio de poderes prohibitivos incisivos tanto sobre la evolución de los mercados de valores y de bonos como sobre la *governance* de los bancos y las compañías de seguros.

### D) El actual modelo “europeo” de Derecho penal económico

En la experiencia jurídica europea, la adopción y aplicación de este modelo presenta, además, características aún más específicas. De hecho, como es bien sabido, en casi todas las intervenciones recientes mencionadas, los legisladores nacionales se han visto en la necesidad de aplicar directivas, reglamentos y decisio-

nes jurisprudenciales de matriz comunitaria, que han conducido así a la delineación de un verdadero marco normativo euro-unitario. Como se ha señalado, en la actualidad es posible «comprobar que el ordenamiento penal ya no es únicamente estatal sino también europeo»<sup>24</sup> y ha dado lugar al «nacimiento de una “red normativa”, singularmente compleja, en la que converge tanto la legislación como la jurisprudencia nacional y la comunitaria, e incluso la internacional, que ha reemplazado ya a la tradicional “pirámide” de escalones del sistema jurídico»<sup>25</sup>. Es decir, se trata de un «entrelazado reticular de fuentes de producción normativa (que va más allá de las disposiciones abstractas de la ley) y a un pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes y de sus respectivos universos culturales»<sup>26</sup>.

En este contexto, la economía ha asumido claramente una importancia central y prioritaria. El proceso de “armonización europea” partió precisamente de la lógica de una *lex mercatoria* común y se extendió gradualmente a la protección de los derechos humanos, en respuesta potencial a la globalización, a los retos del capitalismo mundial. Con el tiempo, este proceso de predeterminación supranacional de las líneas comunes de la política económica europea ha surgido como un modelo “democrático” *sui generis*, que admite la necesidad de sustraer muchas opciones cualificadas a las decisiones locales (en realidad: nacionales), privando así a los Estados individuales de su soberanía ante los objetivos comunes a cada uno: es, en otras palabras, un proceso de normalización que está «en dialéctica con la soberanía de los Estados, pero que, a diferencia de la globalización, pone en práctica una renuncia voluntaria y controlada a partes de esa soberanía en función de una identidad que se percibe como importante de proteger: la elección, por tanto, parece democrática porque protege un bien económico y cultural sentido como común»<sup>27</sup>.

Al mismo tiempo, la combinación de las numerosas intervenciones, impuestas por la legislación europea, ha generado una serie de reflejos muy particulares. Por un lado, como se ha observado, ha dado lugar a un fenómeno de la llamada “*administrativización*” del Derecho penal, es decir, favoreciendo un mecanismo de producción normativa, a resultados del cual el precepto penal tiende a «llenarse de una antijuridicidad adminis-

23 AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 6.

24 QUINTERO OLIVARES G.-GONZALEZ CUSSAC J.L., *Sobre una política criminal común europea*, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, director Alvarez García F., Valencia, 2009, p. 37 ss.

25 Recientemente, sobre estos aspectos, véase en general GONZALEZ CUSSAC J.L., *Hacia la construcción de un derecho penal económico europeo*, en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid, 2021, 311 ss.

26 DONINI M., *Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI*, en *La política criminal en Europa*, coords. Mir Puig S. y Corcoy Bidasolo M., Barcelona, 2004, 43 ss.

27 DONINI M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, en *Cassazione Penale*, 2003, 1809 s.

trativa, que simplemente incorpora, con algunos rasgos adicionales o “selectivos”, una disciplina extrapenal, a la que luego se aplica la sanción penal»<sup>28</sup>. Desde esta perspectiva, se trata, por tanto, de un fenómeno que ha llevado a revisar esquemas propios de la pasada concepción puramente sancionadora del Derecho penal y en el que también se ha captado una vuelta a una especie de “*primacía de la antijuricidad sobre la tipicidad*”, en virtud de la cual la prohibición penal se sitúa en una dimensión de “dependencia genética” de las disciplinas extrapenales.

Por otro lado, esta predeterminación “europea” de las líneas de intervención sancionadora impuestas a los distintos Estados nacionales ha favorecido también, en muchas ocasiones, la creación de infracciones penales que, en ocasiones, se sobreponen directamente a infracciones paralelas de carácter puramente administrativo, lo que ha provocado la aparición de un nuevo problema, también muy característico de la evolución más reciente del Derecho penal económico: se trata, en particular, de la cuestión del reconocimiento del llamado principio de “*ne bis in idem sustantivo*”, en virtud del cual se reconoce ahora una prohibición de doble sanción que se refiere no sólo al ámbito del Derecho penal, sino que se extiende a la consideración del ámbito más amplio de la ilegalidad, tanto penal como administrativa<sup>29</sup>.

Es, por tanto, en la aplicación de este modelo europeo donde, hoy en día, es posible captar los aspectos más característicos del moderno Derecho penal económico.

### 3. CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS (INDIVIDUALES Y COLECTIVOS)

Como ya se ha dicho, el principio de libertad, que hoy en día reconoce la posibilidad de que todo individuo emprenda una actividad en el ámbito económico, debe considerarse también teniendo en cuenta los riesgos que puede conllevar esta iniciativa.

Desde la perspectiva del Derecho penal, el ámbito de riesgo que merece ser considerado no es, obviamente, el riesgo económico al que se expone cada empresario individual, sino que es sobre todo el riesgo para el exterior, para otras personas. Y este espacio de riesgo, que la propia Constitución italiana señala expresamente como una limitación intrínseca de dicha libertad, puede, como hemos visto, reflejarse en diversos tipos de derechos ajenos.

Desde este punto de vista, se aprecia ciertamente un primer y más directo ámbito de riesgo respecto a idénticos derechos económicos de otras personas (derechos patrimoniales o de ejercicio de actividades económicas). Esta es la situación potencialmente más frecuente y extendida, ya que la misma dimensión moderna de la economía, fundada en el reconocimiento del derecho de crédito, vincula casi automáticamente toda iniciativa empresarial a la necesidad de salvaguardar esta esfera más específica de los intereses patrimoniales y, por tanto, impone al mismo tiempo a cada uno de los legisladores nacionales la necesidad de proporcionar una protección eficaz, incluso penal, contra las conductas de *mala gestio*, que, si no se previenen adecuadamente, pueden afectar a la garantía patrimonial de accionistas y acreedores y, en consecuencia, al mismo funcionamiento del mercado.

A nivel histórico, el campo más tradicional del Derecho penal de la economía se origina precisamente en esta perspectiva. Ejemplos típicos de este ámbito son, en primer lugar, los delitos concursales, con especial referencia a la disciplina de “quiebra”, que sitúa precisamente la protección del patrimonio de los acreedores como limitación penal de la libertad de empresa<sup>30</sup>.

Sin embargo, dentro de este ámbito de protección, también son directamente relevantes todos los delitos societarios, con especial atención al delito de “Falsas comunicaciones societarias” (correspondiente en España al delito de “Falsificación de las cuentas anuales”), que, al menos en la evolución histórica del Derecho penal italiano, ha representado el eje principal de este conjunto de delitos<sup>31</sup>. Y es precisamente con referencia

28 Para esta interpretación del fenómeno en cuestión, véase de nuevo DONINI M., *Un nuovo medioevo penale?*, cit., 1809 s.

29 Como es sabido, la discrecionalidad del legislador nacional para castigar un mismo hecho con varias sanciones de distinta naturaleza, generalmente permitida en el Derecho de la UE, ha sido progresivamente rebajada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con una dirección interpretativa inaugurada en 2014, por el caso “Grande Stevens” (Tribunal de la UDE, sentencia de 4 de marzo de 2014, Grande Stevens contra Italia). El caso que dio lugar a la denegación de la acumulación de sanciones se refería a una conducta de “manipulación del mercado” que constituía tanto una infracción administrativa del artículo 187-ter, del Decreto Legislativo nº 58/1998, como un delito del artículo 185, del Decreto Legislativo nº 58/1998, castigado con pena de prisión y multa. Los jueces europeos hicieron uso de la prohibición establecida en el artículo 4 Prot. nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Recientemente, para una visión general de esta cuestión, véase MADIA N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Roma, 2020.

30 Para una visión general de la disciplina italiana, véase para todos ALESSANDRI A., *Diritto Penale Commerciale. I reati fallimentari*, Torino, 2019.

31 Para una visión general de la disciplina italiana, véase para todos SEMINARA S., *Diritto Penale Commerciale. I reati societari*, 2a ed., Torino, 2021.



al desarrollo normativo de este delito que es posible captar un primer ejemplo de las cuestiones más recientes y actuales del Derecho penal económico.

La génesis histórica de este delito proporciona claramente el sentido de la cuestión. Como es sabido, el impulso legislativo para crear un delito autónomo centrado en la mera falsificación de comunicaciones destinadas a proporcionar información al exterior sobre las condiciones económicas, patrimoniales y financieras de una sociedad mercantil surgió tras la constatación de la ineficacia de la protección que podían ofrecer las figuras delictivas más tradicionales, como en particular el delito de “estafa”. Esta situación de insuficiente protección se puso de manifiesto sobre todo en el plano práctico, y en particular en la problemática de la prueba procesal del nexo causal que debe unir necesariamente la situación de engaño generada por la conducta fraudulenta de otros con el acto de disposición patrimonial a raíz del cual se determina ese hecho dañoso para la víctima, que se requiere para la integración de este delito<sup>32</sup>.

El nacimiento decimonónico del delito de “Falsas comunicaciones societarias” está, pues, directamente relacionado con una opción político-criminal de anticipación de la punibilidad que, sin embargo, con el paso del tiempo ha puesto de manifiesto la aparición de otra serie de problemas. En primer lugar, en relación con el respeto al principio de “ofensividad”, pues es evidente que la anticipación de la intervención penal a la incriminación de conductas no ya lesivas, sino sólo peligrosas para los intereses económicos de terceros, representa una solución que se presta a ser extendida a la consideración de conductas incluso sólo presuntamente peligrosas. Y es precisamente en este contexto en el que el debate jurídico-penal sobre la posible identificación de otros bienes jurídicos de carácter meramente formal ha permitido apreciar con mayor claridad la aparición de posibles problemas de legitimidad de la intervención penal: porque si, por un lado, ha propiciado ciertamente la consolidación hacia necesidades de protección que, dentro de ciertos límites, pueden y deben ser consideradas en una dimensión moderna de

la regulación penal de la economía (en el caso del delito de “Falsas comunicaciones societarias” se hizo referencia a la protección de la mera “transparencia empresarial”), por otro lado, también ha abierto espacio a un proceso de “desmaterialización” tendencial del bien jurídico, que no puede actuar como pantalla para la violación de otros principios fundamentales del Derecho penal. La legitimación de una anticipación de la pena, que viene impuesta por la necesidad de proporcionar una protección efectiva de los derechos patrimoniales de los demás, no puede, en efecto, perder de vista el respeto al principio de necesidad y proporcionalidad de la respuesta sancionadora<sup>33</sup>.

Sin embargo, en la actual regulación de los delitos económicos que pueden perjudicar los intereses financieros de terceros, el problema de la prueba del nexo causal ha reaparecido con gran protagonismo e importancia. Así, en particular, en la normativa actualmente prevista en Italia para determinadas hipótesis de “quiebra”, el legislador ha reintroducido situaciones en las que ahora es necesario comprobar la existencia de un nexo causal entre la conducta de mera falsificación de documentos societarios y los hechos perjudiciales de importancia financiera<sup>34</sup>. Como puede comprenderse inmediatamente, se trata de situaciones muy diferentes de las que pueden apreciarse en el caso de los acontecimientos naturales, dado que, en el caso de la quiebra, la causalidad ciertamente no puede determinarse recurriendo a leyes científicas de cobertura, sino que queda confiada a pruebas contables que a menudo ocultan el riesgo de soluciones comprometedoras, de carácter meramente presuntivo, basadas en la lógica del “*post hoc, propter hoc*”<sup>35</sup>.

En todas estas situaciones, sin embargo, son apreciables reflejos críticos de importancia no marginal también con respecto a la esfera de la culpabilidad. Como regla general, de hecho, el conjunto de delitos dirigidos a proteger los derechos e intereses económicos de los demás se caracteriza por la relevancia necesariamente intencional de la conducta punible. De hecho, en el ordenamiento jurídico italiano, el número de delitos que castigan incluso una conducta mera-

32 Para estos perfiles históricos, véase para todos NAPOLEONI V., *I reati societari*, Vol. III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggravi societario*, Milano, 1996, 22 ss.; PERINI A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, 94 ss.

33 Sobre estos aspectos del debate, véase especialmente NAPOLEONI V., *I reati societari*, cit., 70 ss., así como FOFFANI L., in PEDRAZZI C. - ALESSANDRI A. - FOFFANI L. - SEMINARA S. - SPAGNUOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 230.

34 Es el caso, por ejemplo, de la hipótesis de “quiebra fraudulenta societaria impropia”, prevista en el artículo 223, apartado 2, n. 1, de la llamada “ley de quiebras” (Real Decreto nº 267 de 16 de marzo de 1942), que castiga a los administradores, directores generales, revisores de cuentas y liquidadores de sociedades declaradas en quiebra que «hayan provocado o contribuido a provocar la insolvencia de la sociedad mediante la comisión de alguno de los actos previstos en el articulado» del Código Civil en el que se regulan diversos delitos societarios, entre ellos el de las “falsas comunicaciones societarias”.

35 En la experiencia práctica, la prueba de esta relación de causalidad suele anclarse en la simple constatación de una situación de endeudamiento superior a la que podría haberse detectado en el momento de presentar la documentación falsa.

mente imprudente es muy limitado<sup>36</sup>. Sin embargo, en el contexto de estos delitos necesariamente dolosos, la experiencia jurisprudencial ha puesto de manifiesto la delicadeza y la complejidad de identificar correctamente los tipos de conducta que pueden considerarse punibles aunque se caractericen por esa forma menos intensa de dolo, que se define como “dolo eventual”. También en este frente, la regulación de algunas hipótesis de “quiebra” ha dado un amplio margen a los estudios, que han llevado a soluciones de aplicación no siempre exentas de incertidumbres y perplejidades<sup>37</sup>; pero tampoco faltan otros delitos (típicos, en este sentido, especialmente la hipótesis del llamado delito de “aggio” o de “manipulación del mercado”) respecto de los cuales el reconocimiento de esta forma específica de dolo se presenta a menudo como la antesala de la incriminación de una conducta meramente imprudente<sup>38</sup>.

Otro ejemplo típico de este problema viene dado por el ámbito de los delitos de “blanqueo de capitales”, que en el ordenamiento jurídico italiano se sancionan sólo en caso de “intención”, pero que a menudo se han aplicado también en situaciones de “dolo eventual” que a menudo no son fácilmente distinguibles de la hipótesis de una simple “imprudencia”<sup>39</sup>.

#### 4. CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Sin embargo, el ejercicio de la actividad empresarial también puede afectar a otros derechos personales fundamentales. En esta perspectiva, entran en juego todas las posibles repercusiones que la producción industrial puede tener en la protección de la vida, la salud y la integridad física de cada uno de nosotros.

El marco de posibles situaciones de riesgo es, en este caso, amplio y variado. Por un lado, y de forma casi

automática, cobra importancia la posición de los trabajadores que, operando dentro del ciclo productivo, son los primeros sujetos expuestos a posibles dinámicas de riesgo para su salud individual. En este ámbito, el Derecho penal económico ha experimentado un fenómeno de gran expansión normativa, que ha llevado a la consolidación de un subsector, el denominado “Derecho penal del trabajo y de la seguridad”, que suele estudiarse y tratarse de forma autónoma y separada. Se ha difundido así un conjunto articulado de disposiciones basadas en el necesario cumplimiento de obligaciones de carácter cautelar, en relación con las cuales se ha explotado el recurso al instrumento penal de forma innovadora y dúctil, dejando abierta la posibilidad de superar cualquier forma directa de responsabilidad mediante la simple regularización, aunque tardía, de tales garantías cautelares<sup>40</sup>.

Se trata de una solución que ha sido bien acogida por gran parte de la doctrina, ya que combina la mayor eficacia disuasoria de la sanción penal con el objetivo de incrementar la adopción de medidas preventivas, sin sobrecargar la máquina de la justicia penal y sin combinar el estigma de la sanción penal con situaciones de riesgo que, sin embargo, no se tradujeron en la efectiva violación de los derechos de los otros.

Mucho más complejas y problemáticas son, en cambio, aquellas situaciones en las que la dinámica productiva se juzga en un proceso penal con referencia a hechos perjudiciales para la vida, la salud o la integridad personal, ya sea de los trabajadores o de cualquier otra persona<sup>41</sup>. Y, desde este punto de vista, también son apreciables implicaciones sustancialmente similares en el caso de situaciones de riesgo que no conciernen directamente a la protección individual de las personas, pero que pueden proyectarse hacia intereses generalizados de la comunidad, como en el caso de posibles sucesos perjudiciales para el medio ambiente.

En todos estos casos, el Derecho penal de la economía se ha convertido en un ámbito de consideración

36 El ejemplo más relevante (pero quizá también el único) es el delito de “quiebra simple”, previsto en el artículo 217 de la llamada “ley de quiebras” (Real Decreto nº 267 de 16 de marzo de 1942), que sanciona al empresario declarado en quiebra que, con “imprudencia grave”, haya provocado una “agravación de la insolvencia”.

37 CAPUTO M., *Dalla teoria dei “segnali di allarme” alla realtà dell’imputazione dolosa nel concorso dell’amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, en *Rivista delle Società*, 2015, 905 ss.

38 Para un ejemplo de reconocimiento del delito de “manipulación del mercado” también en relación con una conducta meramente “omisiva y con dolo eventual”, véase Cassazione penale, sez. V, 4 de mayo de 2011, n. 28932.

39 Para un resumen esencial de la normativa italiana, nos remitimos a lo expuesto en MELCHIONDA A., *El blanqueo de dinero en Italia. Legislación y jurisprudencia*, in *VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. Abel Souto M., Lorenzo Salgado J.M., Sánchez Stewart N., 2021, Valencia, 2021, 549 ss. Sobre los últimos cambios introducidos en noviembre de 2021, en aplicación de la Directiva (UE) 2018/1673, nos remitimos también a lo expuesto en MELCHIONDA A., *Il nuovo assetto normativo per la “lotta al riciclaggio mediante il diritto penale”*, in *Archivio Penale*, 2022.

40 Para una visión general de esta legislación, véase para todos CASTRONUOVO D. - CURI F. - TORDINI CAGLI S. - TORRE V. - VALENTINI V., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019.

41 Para un análisis detallado de estas cuestiones, véase recientemente PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Milano, 2004.

posterior y más específica de una amplia gama de cuestiones de Derecho penal tradicional, como, sobre todo, la comprobación judicial de la causalidad<sup>42</sup>. Por otra parte, no deja de ser significativo que todos los casos problemáticos más conocidos y estudiados de la reconstrucción etiológica de los hechos hayan encontrado su lugar precisamente en el contexto de las actividades productivas de tipo industrial: desde el caso alemán del fármaco “talidomide”, pasando por el caso español del “aceite de colza”, hasta todos los juicios italianos más recientes por la exposición al amianto y la aparición de patologías de mesotelioma pleural<sup>43</sup>.

En estas situaciones, la peculiaridad de las cuestiones de relevancia más directa para el Derecho penal económico está, además, ligada sobre todo a una de las características, que hemos visto que son relevantes en cuanto a la delimitación general de la propia materia. En efecto, además del problema más estrictamente etiológico, la vinculación de los eventos perjudiciales a los fenómenos de tipo productivo conlleva siempre la necesidad ulterior de entrar en el aparato organizativo de la actividad industrial para llegar a la búsqueda de los que pueden ser correctamente identificados como los verdaderos responsables de tales eventos. De fundamental importancia, en todos estos contextos de producción, es por tanto la correcta identificación, no tanto y no sólo de quién ha actuado, sino también y sobre todo de quién puede estar incardinado en una posición de garantía tal que pueda ser considerado responsable del hecho en razón de su responsabilidad de comisión por omisión<sup>44</sup>.

También en este frente de posibles efectos perjudiciales para los individuos y la comunidad, el debate más reciente ha vuelto a proponer cuestiones similares a las ya conocidas para la protección de los propios intereses de la propiedad. Así, en particular, si por un lado han surgido modelos alternativos de constatación de la causalidad, basados no en la búsqueda de una explicación causal del resultado, sino en la consideración más simple de reconstrucciones puramente epidemio-

lógicas<sup>45</sup>, por otro lado, la idea de una posible anticipación de la esfera de protección ha sido instada por diversos autores y se ha propuesto una apreciación más amplia de los modelos de incriminación basados en la mera peligrosidad de los eventos lesivos<sup>46</sup>.

Se trata, por supuesto, de un debate todavía abierto, pero que sin duda pone de manifiesto un conjunto de soluciones normativas, que adquieren ahora una importancia central en el contexto de las posibles nuevas perspectivas de evolución del Derecho penal en el sector de la producción industrial.

### 5. CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS NUEVOS MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL “EUROPEA” EN LA DISCIPLINA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Como se ha señalado, en el marco de un modelo de “libertad regulada” que ahora se reconoce en la mayoría de los Estados nacionales de la UE, las soluciones adoptadas concretamente se han caracterizado cada vez más por la disposición de un sistema multinivel, que ha ampliado radicalmente los horizontes tradicionales del Derecho penal clásico. Y es principalmente en este ámbito en el que, como se ha mencionado, en el contexto europeo la normativa introducida en los últimos tiempos por los distintos legisladores nacionales ha representado a menudo la expresión de aquellas opciones y orientaciones de política penal que han llevado a hablar del nacimiento de un verdadero “Derecho penal económico europeo”<sup>47</sup>.

#### A) Relevancia y problemas de la responsabilidad de las personas jurídicas

Un primer elemento de novedad fundamental fue el abandono del antiguo principio “*societas delinquere non potest*” y la introducción en muchos ordenamientos jurídicos nacionales de una responsabilidad directa de las mismas personas jurídicas.

42 Entre muchos, para una visión general de estos temas, véase CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

43 Para una postura jurisprudencial reciente sobre estas cuestiones, véase Cassazione penale, sez. IV, 29 de octubre de 2020, n. 34341. Para más referencias, véase también ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

44 Con frecuencia, en todos estos casos, es también muy relevante y compleja la cuestión que surge de la posible sucesión de los distintos garantes en el tiempo. Para un caso reciente, véase Cassazione penale, sez. IV, 8 de enero de 2021, n. 32899.

45 En este sentido, véase, por ejemplo, el estudio monográfico de MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.

46 Para esta propuesta, véase VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 380 ss.

47 Para todos ver de nuevo GONZALEZ CUSSAC J.L., *Hacia la construcción*, cit., y también FOFFANI L., *Evolución histórica y perspectivas futuras del Derecho penal económico europeo*, en *Estudios de Derecho penal: Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Valencia, 2017, 81 ss.



Aplicando una directriz comunitaria, que había sido respaldada por numerosas tomas de posición<sup>48</sup>, el ordenamiento jurídico italiano tomó este camino en 2001 e introdujo una disciplina que, en sus primeros veinte años de vida, ha generado muchos efectos positivos, pero también ha levantado varios perfiles críticos<sup>49</sup>.

Sin duda es positivo el camino, no sólo cultural, sino también y sobre todo organizativo y funcional, que ha llevado hoy a la adquisición de una conciencia más concreta y convencida del papel fundamental que la propia organización interna de las entidades colectivas debe asumir necesariamente en el proceso de prevención de las conductas delictivas que puedan realizar personas que operen en interés o en beneficio de la misma entidad colectiva<sup>50</sup>.

Pero la experiencia global debe verse también a la luz de todos aquellos aspectos que, por el contrario, han abierto una reflexión encaminada a buscar posibles reformas y perfeccionamientos.

La misma naturaleza jurídica de este nuevo modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, por ejemplo, sigue siendo objeto de debate en la actualidad. La indicación explícita original del legislador italiano destacaba el carácter únicamente “administrativo” de esta disciplina. Con el paso del tiempo, sin embargo, ha madurado una conciencia distinta del valor sancionador real del conjunto de la disciplina y, aunque no parece del todo inexacto pensar en una nueva forma intermedia y mixta de responsabilidad (como se ha dicho, en una especie de “*tertium genus*”), en el fondo se reconoce sin embargo ampliamente que, sobre todo desde

el punto de vista de lo que ahora se identifica (también en el ámbito de la UE) con el concepto de “materia penal”<sup>51</sup>, no parece que pueda negarse el carácter “sustancialmente penal” del aparato sancionador que puede afectar a las personas jurídicas<sup>52</sup>.

Sobre esta base, se discuten varios aspectos de las normas actuales, que, en varios aspectos, difieren notablemente de las normas penales aplicables a las personas físicas. Así, en concreto, uno de los puntos más controvertidos es la norma actual según la cual se invierte la carga de la prueba y es la persona jurídica acusada la que debe probar que, con anterioridad a la comisión del delito, se adoptó un modelo organizativo adecuado e idóneo para evitarlo<sup>53</sup>.

Más allá de la conformidad real con el principio de culpabilidad de esta inversión probatoria, en la experiencia práctica esta averiguación concreta representa ciertamente el perfil más problemático. También como reconoce expresamente la jurisprudencia, el control judicial de la validez del modelo organizativo debe realizarse mediante una valoración *ex ante* y no debe basarse en argumentos *ex post*, motivados únicamente por la constatación de la comisión del delito<sup>54</sup>. Sin embargo, en la práctica, la selección de los criterios y las verificaciones según los cuales debe llevarse a cabo este proceso de validación sigue siendo extremadamente incierta y controvertida.

Recientes propuestas de reforma han sugerido la posibilidad de admitir la validez de un proceso previo de certificación externa de los modelos efectivamente adoptados<sup>55</sup>. Esta propuesta suele contar con la opo-

48 La Ley n.º 300, de 29 de septiembre de 2000, por la que el Parlamento italiano delegó en el Gobierno la introducción de las normas que posteriormente fueron aprobadas por el Decreto Legislativo n.º 231, de 8 de junio de 2001, se concretó en la “Ratificación y Ejecución de los siguientes Actos Internacionales elaborados sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea: Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995, su Primer Protocolo hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996, el Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de dicho Convenio, con la Declaración anexa, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1996 así como el Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, y el Convenio de la OCDE relativo a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, con un anexo, hecho en París el 17 de diciembre de 1997”.

49 Para una visión general de la disciplina italiana, véanse los numerosos escritos recogidos en LATTANZI G. - SEVERINO P. (coords), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020.

50 Sobre la importancia de estos efectos, véase para todos PULITANO D., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 2002, 954 ss.

51 Sobre esta dimensión “europea” más amplia del concepto de “materia penal”, véanse los numerosos escritos recogidos en La “*materia penale*” tra *Diritto Nazionale ed Europeo*, coords. Donini M., Foffani L., Torino, 2018.

52 Para una visión general de las diferentes opiniones, véase PELISSERO M., en LATTANZI G. - SEVERINO P., *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 161 ss.

53 Sobre esta cuestión, véanse en general las numerosas referencias aportadas por PEZZI E., *D. Lgs. n. 231/2001: la vexata quaestio dell' idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari*, en *La Legislazione Penale*, 2021, 3 ss.

54 A este respecto, es especialmente notoria la sentencia dictada en el caso “Impregilo”: Cassazione penale, sez. V, 30 de enero de 2014, n. 4677.

55 Sobre estas propuestas, véase DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, en *Diritto penale e processo*, 2010, 1137 ss.; FLICK G.M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, en *Cassazione Penale*, 2010, 4036 ss.; MANACORDA F., *L' idoneità preventiva dei modelli*

sición del poder judicial, que teme el riesgo, con esta solución, de que se eluda la posible responsabilidad de las personas jurídicas. El debate está obviamente abierto, pero en este aspecto está en juego un punto fundamental de la normativa actual: porque, a falta de una solución clara y aceptada, la responsabilidad de la persona jurídica corre el riesgo de convertirse en una nueva forma de responsabilidad objetiva<sup>56</sup>; y, sobre todo, en ausencia de normas inequívocas sobre cómo validar concretamente los modelos organizativos de forma previa, todo el sistema de referencia preventiva corre el riesgo de ver frustrado su espacio de operatividad y aceptabilidad efectivas.

### B) Relevancia y problemas de las nuevas formas de “decomiso”

Un segundo aspecto característico del sistema multinivel, que ha sido perfilado por las opciones de política criminal de la Unión Europea en el marco del Derecho penal de la economía, se refiere sin duda a la disciplina centrada en los instrumentos “de congelamiento y decomiso de los bienes instrumentales para la comisión de delitos y de los productos ilícitos” (Directiva 2014/42/UE).

A este respecto, el ordenamiento jurídico italiano ha puesto en marcha desde hace tiempo un amplio y articulado proceso de aplicación, que sitúa el decomiso en el centro de las estrategias de prevención de la delincuencia económica, gracias también a la posibilidad que tienen las autoridades judiciales de adoptar medidas preventivas de secuestro ya en la primera fase de las investigaciones preliminares y, en el caso de los sujetos calificados como “socialmente peligrosos”, incluso antes de la posible comisión de un nuevo delito y en ausencia de procedimientos penales pendientes<sup>57</sup>.

El carácter punitivo del decomiso se ha hecho especialmente evidente con la introducción en el ordenamiento jurídico de numerosos casos de “decomiso por equivalencia o valor”, a través de los cuales, aún en la imposibilidad de atacar directamente el precio, producto o beneficio del delito, se pueden golpear sumas de dinero, bienes u otras utilidades con un valor igual al del producto ilícito.

Pero es sobre todo con la introducción, ya en 1992, del llamado “decomiso ampliado” que se caracterizó este proceso de transformación del decomiso, que pasó de ser una medida de seguridad dependiente de la “peligrosidad” de la *res* a ser una verdadera pena contra un tipo específico de delinquentes. Es significativo, en este caso, el abandono del vínculo de pertinencia entre los bienes y el delito, con la apertura incondicional al secuestro y decomiso de los bienes adquiridos por el sujeto incluso en un momento anterior a la comisión del delito.

De este modo, la desproporción se ha convertido en un elemento indiciario del origen ilícito de todo el patrimonio, transformando efectivamente la medida de decomiso en una forma de ablación coactiva no sólo de los beneficios ilícitos, sino de todo el patrimonio del afectado<sup>58</sup>.

Ya completamente desvinculado de la figura original del artículo 240 del Código Penal, también en la variedades de las formas de su aparición en el cuerpo de diversas disposiciones penales, el decomiso ha adquirido así el carácter de una nueva sanción punitiva, que anticipa y acompaña la nueva fisonomía del Derecho penal, tanto sustantivo como procesal, en la que se pasa de la protección de los bienes jurídicos ofendidos por una conducta personal típica al llamado “Derecho penal del riesgo”, bien originado por conductas diferentes al estándar social reconocido como cumplidoras, bien por sujetos estigmatizados como “peligrosos” en virtud de su pertenencia o proximidad a grupos criminales organizados.

En línea con la experiencia de muchos otros Estados europeos, en el marco del ordenamiento jurídico vigente en Italia, la institución del decomiso ha adquirido ciertamente un valor y una importancia fundamentales en la lucha contra (también, pero no sólo) la delincuencia económica y en la perspectiva de la sustracción de ganancias ilícitas. Sin embargo, en el contexto de los efectos de aplicación de esta disciplina, también queda abierta la necesidad de no olvidar las repercusiones negativas concretas de este nuevo conjunto de normas. De hecho, muy a menudo se dan casos en los que el inmediato embargo preventivo de bienes potencialmente

*di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2017, 77 ss.; MUCCIARELLI F., *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, en *Le Società*, 2010, 1248 ss.

<sup>56</sup> Una reciente investigación llevada a cabo por el Departamento de Ciencias Jurídicas “Cesare Beccaria” de la Universidad Estatal de Milán, de acuerdo con el Tribunal de Milán (el tribunal con más experiencia en Italia en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas), ha puesto de manifiesto que, en un período de seis años de decisiones jurisprudenciales, sólo muy pocas empresas (menos de la mitad) han sido absueltas sobre la base del valor eximente del modelo organizativo previamente adoptado.

<sup>57</sup> Sobre el tema, véase en general MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

<sup>58</sup> Recientemente, sobre estos aspectos, véase para todos DI LELLO FINUOLI M., *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino, 2021; TRINCHERA T., *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

destinados a un posterior decomiso conduce casi automáticamente a la quiebra de las empresas afectadas por estas medidas cautelares y, en el caso de que el juicio concluya con una exclusión de todos los cargos iniciales, no existe ninguna solución capaz de restablecer el *status quo ante* y restaurar la capacidad económica anterior de la empresa.

### C) Relevancia y problemas en la incriminación del “blanqueo de dinero”

Las decisiones de la Unión Europea en el ámbito del Derecho penal económico también han influido mucho en otros ámbitos de la delincuencia económica y empresarial.

Las referencias pertinentes a este respecto son numerosas. De gran importancia han sido, sin duda, las intervenciones en el marco de la disciplina de los “delitos societarios”<sup>59</sup>; o las relativas al llamado “abuso de mercado”<sup>60</sup>; y así, también, para las relativas al fenómeno de la “corrupción entre particulares”<sup>61</sup>.

Entre tantos sectores relevantes, el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales ha sido sin duda objeto de una atención prioritaria, en la que el proceso de aplicación de los distintos Estados se ha visto salpicado de posturas apremiantes, que a menudo han desembocado incluso en la incoación de procedimientos formales de infracción en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión. Este es, por ejemplo, el caso del Estado italiano, que sólo recientemente, con el Decreto Legislativo n.º 195 de 8 de noviembre de 2021, introdujo una serie de innovaciones y medidas correctoras diseñadas precisamente con el fin de aplicar plenamente la Directiva (UE) 2018/1673 y poder así frenar el procedimiento de infracción, que entretanto había sido activado por la Comisión Europea<sup>62</sup>.

A pesar de estas medidas correctoras, el sistema normativo italiano sigue presentando muchos perfiles críticos; y ello, de hecho, no tanto por una insuficiente adaptación a las indicaciones de la directiva, sino por los numerosos aspectos de incoherencia sistémica interna que aún se encuentran en la legislación italiana.

En el caso de la última reforma, el temor a las repercusiones sancionadoras de los procedimientos de infracción incoados por la Comisión Europea impulsó sin duda la adopción de una intervención que aún no podía desprejiciarse, pero, quizás, precisamente por esta razón de urgencia, se introdujeron correcciones basadas en una técnica puramente novelesca, perdiéndose así, una vez más, la oportunidad de una remodelación más general de la disciplina global<sup>63</sup>.

En la dimensión actual de los distintos delitos, que son el punto de referencia de la legislación general sobre el blanqueo de capitales, subsisten defectos heredados de las innovaciones legislativas, algunas de ellas ya muy antiguas, que se han ido superponiendo a falta de una visión homogénea y actualizada. En particular, aparte de la clasificación retenida e incongruente de todos estos delitos en el ámbito de las infracciones penales para la protección del “patrimonio”, la misma configuración típica de las diversas hipótesis de delito sigue presentando múltiples perfiles de incoherencia sistemática y sancionadora.

Si el fenómeno del blanqueo de capitales debe ser abordado con especial atención y rigor como una forma de manifestación delictiva que, al igual que la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada, «daña la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero y constituye una amenaza para el mercado interior y la seguridad interior de la Unión»<sup>64</sup>, el enfoque del delito de blanqueo de capitales debe centrarse en los efectos de la conducta concreta del blanqueo, así como en el tipo de actividad en la que se comete dicha conducta, y no como sigue ocurriendo hoy en día, en la gravedad de los delitos que dan lugar a las ganancias ilícitas. Una articulación más correcta y funcional del aparato sancionador penal en materia de blanqueo de capitales debería, por tanto, liberarse de la relevancia dominante que siguen teniendo aquellos requisitos de obstaculización del origen ilícito en los que se centran hoy los principales delitos de referencia. En realidad, se trata de aspectos (que, no por casualidad, la misma jurisprudencia tiende a matizar) poco relevantes en la perspectiva de la protección del orden económico y que sólo parecen justificables en la perspectiva de la

59 Sobre este punto, véase en general FOFFANI L., *L'influenza del diritto europeo sul diritto penale delle società*, in *Il diritto societario europeo e internazionale*, coordinado por Benedettelli M.V. e Lamandini M., Milano, 2016, 777 ss.

60 Véase en general FOFFANI L. - NIETO MARTIN A., *Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo*, en *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, 317 ss.

61 A este respecto, me permito remitirme a lo expuesto en MELCHIONDA A., *La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana*, en *Revista Penal*, 2020, 127 ss.

62 Para más información sobre estos aspectos, me permito remitirme de nuevo a MELCHIONDA A., *Il nuovo assetto normativo per la “lotta al riciclaggio mediante il diritto penale”*, cit.

63 Con una evaluación crítica de la falta de reevaluación exhaustiva de este ámbito de la disciplina nacional, véase también BELLAGAMBA F., *La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea*, en *Diritto Penale e Processo*, 2022, 445.

64 Así se declara en el “primer considerando” de la Directiva (UE) 2018/1673.



protección de la administración de justicia, lo que, sin embargo, no permite por sí solo hacer verdaderamente autónoma la incriminación del blanqueo de capitales, liberándola de los espacios, por otra parte todavía persistentes, de una potencial violación del *ne bis in idem*.

Con vistas a una acción moderna y funcional de “lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”, el proceso de revisión normativa necesario para lograr una reorganización renovada y eficaz de la normativa actualmente en vigor parece, por tanto, aún incompleto. Y el camino correcto, en este sentido, no puede ser ciertamente el de las intervenciones novelescas individuales y fragmentadas, sino que debe perseguirse a través de una refundación global de todos los tipos penales relevantes, implementada con una conciencia previa y muy clara de los bienes jurídicos en los que el recurso al Derecho penal debe concentrar su ámbito exclusivo de intervención.

Sin embargo, en el trasfondo queda una cuestión de relevancia europea general. Los objetivos de la Unión se centran principalmente en la necesidad de una armonización global de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, que debía perseguirse tanto mediante la previsión de delitos suficientemente homogéneos como mediante la adopción de normas generales para evitar la aparición de obstáculos a la aplicación cuando, como ocurre muy a menudo, los elementos constitutivos de los delitos de blanqueo de capitales están relacionados con actos cometidos en varios Estados miembros.

Sin embargo, a este respecto, el proceso de armonización efectiva no parece haberse logrado aún plenamente. Incluso limitando la comparación entre los sistemas jurídicos italiano y español, destacan situaciones de claras diferencias. En España, el delito de blanqueo de capitales incluye también la simple posesión de bienes de origen ilícito, cuando el agente actúa «sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva» y «para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»; en Italia, la mera posesión no es punible y sólo la conducta de “sustitución” o “transferencia” de activos de origen ilícito, que sea objetivamente «capaz de dificultar su identificación», constituye el delito de “blanqueo de capitales”. De nuevo: en España, el blanqueo de capitales cometido con “imprudencia grave” también es punible; en Italia, se requiere necesariamente la

intención, aunque con las ya mencionadas aperturas a formas de “dolo eventual”.

Estos son, por supuesto, sólo algunos ejemplos. Pero en la perspectiva de una armonización efectiva de las soluciones adoptadas en el marco del actual modelo europeo de “lucha contra el blanqueo de capitales a través del Derecho penal”, se trata de aspectos sobre los que el proceso de corrección de las legislaciones nacionales individuales deberá necesariamente volver con una reflexión renovada.

## 6. OBSERVACIONES FINALES. IMPORTANCIA Y MODERNIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Como creo que queda claro en este rápido *excursus*, el Derecho penal económico se presenta hoy como un área de importancia fundamental para todo el ámbito del Derecho penal.

El estudio de los delitos económicos en sentido amplio conserva ciertamente una dimensión estructural propia de cada capítulo de la parte especial del Derecho penal. Pero, como hemos visto, las características propias de la actuación de quienes operan en el ámbito económico, y especialmente el relieve que todo ello asume en el ámbito operativo de la organización de la empresa, proyecta la relevancia del sector a la consideración de algunas de las cuestiones más importantes y delicadas de la teoría general del delito.

Al mismo tiempo, la centralidad que asume la actividad económica más general en el marco de las distintas opciones de regulación del ordenamiento jurídico, proyecta hoy la importancia de este sector a una dimensión supranacional y propone así la aparición de cuestiones y problemas de gran actualidad para el desarrollo y la verificación práctica de las más modernas opciones de política criminal.

El cuadro rápidamente esbozado más arriba evidencia la gran relevancia que todos estos nuevos temas del Derecho penal económico están adquiriendo en la actualidad.

En este contexto, sin embargo, la complejidad de la materia plantea también un nuevo reto a los estudiosos del Derecho penal: porque la modernidad de cualquier nueva solución para la regulación normativa de la economía no puede llevar nunca a ocultar o eludir el fundamento de aquellos principios de garantía y limitación del Derecho penal, que representan el baluarte indispensable de la propia legitimidad del recurso del Estado a las sanciones penales.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*





**[www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)