



¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?

Prof. Dr. Adán Nieto Martín

*Instituto de Derecho penal europeo
e internacional.
Universidad de Castilla La Mancha*

RESUMEN: Los juristas tendemos a explicar la homogenización del Derecho europeo como un proceso de «armonización» de los ordenamientos nacionales conforme al nuevo paradigma supranacional, proceso que a la vez crea y desarrolla esa misma identidad jurídica común. En este artículo, sin embargo, se argumentará que el fundamento de la armonización no es tanto la interacción y la libre «puesta en común» de los distintos sistemas jurídicos europeos, como la exposición de estos a la influencia no solo de las tendencias legislativas estadounidenses, sino también del discurso jurídico angloamericano y las implicaciones de política-criminal que éste conlleva, que con frecuencia son ajenas, cuando no contrarias, a las que se extraen de los principios de la dogmática penal europea. De este proceso de influencia, que sería simplista calificar como mero «imperialismo jurídico», el Derecho penal económico es un gran ejemplo. Se analizarán cuatro de las más importantes áreas del Derecho penal económico como ejemplos evidentes de recepción de una iconografía político-criminal tomada directamente de la legislación estadounidense: 1) las normas penales de protección del mercado 2) la legislación anticorrupción y contra el lavado de dinero 3) el gobierno corporativo 4) la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como conclusión, se resaltaré la evidente necesidad de una reflexión en torno al papel de la Ciencia penal europea como instrumento para hacer frente a la también evidente inexistencia en de un programa político-criminal propio.

PALABRAS CLAVE: «Derecho europeo» «Armonización» «Americanización» «Imperialismo jurídico» «Globalización» «Política criminal» «Derecho Penal Económico»

SUMMARY: Legal scholars tend to explain the homogenization of European law as a process of «harmonization» of the domestic legal systems in accordance to the new supranational paradigm, process that at the same time creates and develops a common legal identity. However, in this paper we will argue that the main foundation of harmonization is not the interaction and free «sharing» process between the different European legal systems, but rather their exposure to the influence of the United States legislative trends, as well as the Anglo-American legal discourse and its implications for criminal policy matters, that sometimes have not much to do with those traditionally inferred from European legal theory, when they are not directly contradictory. Economic criminal law is a good instance of this process of influence that we consider too complex to be just labelled as «legal imperialism». Four main areas of economic crime will be analysed as obvious examples of reception of a criminal-policy iconography directly taken from U.S. legislation: 1) criminal laws aimed at protecting the market 2) anticorruption and money laundering legislation 3) corporate governance 4) criminal liability of legal persons. As a conclusion, we will highlight the evident need to rethink the role of the European criminal law Science to face the also evident lack of a European criminal policy agenda.

KEY WORDS: «European law» «Harmonization» «Americanization» «Legal imperialism» «Globalization» «Criminal policy» «Economic criminal law»

SUMARIO: I. La americanización como fundamento de la armonización. II. Los sectores de la americanización. A) Las normas penales que protegen el mercado (derecho de la competencia, insider trading y abuso de mercado). B) Corrupción y blanqueo de capitales y corrupción. C) El gobierno corporativo. D) La responsabilidad penal de las personas jurídicas. III. Sobre los actores de la americanización, algunos de sus argumentos, el papel de la UE y de la Ciencia penal europea



I. La americanización como fundamento de la armonización

El que el derecho penal económico de los países desarrollados es cada día más homogéneo es algo fácil de comprobar. Sin embargo, por qué esto es así no es nada obvio, antes al contrario. Tradicionalmente la homogeneidad entre ordenamientos era tan notable en los delitos naturales (*mala per se*)¹, como lo era la disparidad entre los delitos artificiales (*mala quia prohibita*). Aun hoy esto es fácil de constatar. En partes del derecho penal económico que nadie se ha ocupado de armonizar, como el delito fiscal, la faz externa de los preceptos en Europa es muy distinta, mucho más que la de delitos naturales cercanos como la estafa².

Una primera explicación de la paulatina convergencia del derecho penal económico podría enunciarse mediante consideraciones simplemente formales, procedentes de la teoría de las normas. El argumento podría resumirse del siguiente modo: el derecho penal económico es un derecho accesorio, por eso su similitud constituye una consecuencia más del proceso de armonización del derecho de los negocios consecuencia de la globalización. Si las normas de comportamiento son similares y también lo son las normas de valoración subyacentes, necesariamente las normas de sanción deben tender a homologarse.

Frente a esta aproximación normativa al fenómeno de la armonización del derecho penal económico, en este lugar va a ensayarse otra posibilidad de argumentación más real y política. La tres hipótesis que mantiene este trabajo, y que va a tratar de validarse en los siguientes apartados (II), podría describirse del siguiente modo:

Primera: No estamos asistiendo a un proceso de convergencia consensuado entre distintos ordenamientos in-

dependientes, sino a un proceso creciente de americanización del derecho de los negocios y del derecho penal de los negocios. Si hacemos arqueología legislativa, y examinamos el origen de las normativas comunes, veremos que tras ellas se encuentran directrices de política jurídica que nacieron de los EEUU y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de «soluciones jurídicas» entre los distintos ordenamientos en que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante en los Estados Unidos.

Con la expresión americanización no se efectúa necesariamente ningún juicio de valor, simplemente se describe un proceso. Los contenidos de la americanización tienen en bastantes ocasiones aspectos positivos, contribuyendo al desarrollo del derecho penal económico y, de otro, la americanización no equivale necesariamente a imperialismo jurídico³. Aunque en determinadas fases han existido fuertes presiones por parte de los Estados Unidos para que el resto de la comunidad internacional adopte un determinado modelo normativo, en otros casos la americanización ha consistido en una recepción libre de normas jurídicas por considerarlas simplemente más apropiadas. En una economía globalizada el legislador considera que poseer una adecuada normativa supone una ventaja competitiva, que incrementa el atractivo del mercado. Tampoco debe despreciarse factores como los mayores contactos entre hombres de negocios, policías y jueces, o el hecho de que cada vez más juristas europeos realizan estudios de postgrado en universidades americanas, la existencia de despachos de abogados internacionales etc⁴. Finalmente, resulta relevante para entender el proceso la presión del

1. Esta armonización natural del derecho penal nuclear ha sido utilizada en el Espacio Judicial Europeo en la formulación de la lista positiva de infracciones sobre las que se asienta la normativa relativa al principio de reconocimiento mutuo –orden de detención europea, decisión marco relativa al embargo de pruebas– o el funcionamiento de instituciones como Europol. Vid. en este sentido Manacorda, *Il mandato di arresto europeo nella protectiva sostanzial penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico criminale*, RIDPP, 2004, Vol. 47, nº 3, p. 789 ss.

2. Vid. con ulteriores referencias Nieto Martín, El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE, en Arroyo/Nieto Martín, *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Colección Marino Barbero Santos. Cuenca, 2006, p. 231 ss.

3. En este sentido tan contundente, se expresa una parte de la Ciencia penal, por ejemplo Schünemann, *Das Strafrecht im Zeichen Globalisierung*, GA 2003, p. 306 en relación a la política criminal sobre corrupción y drogas; fuera del ámbito del derecho penal, Stürner, *Der Justizkonflikt zwischen USA und Europa*, en Habscheid (hrsg.), *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1986, p. 38 ss.

4. Vid. Wiegand, *Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts*, en Corporations, capital markets and business in the law, 2000, p. 603 ss; el mismo, *Europaisierung-Globalisierung-Amerikanisierung*, en Vernetzte Welt-Globales Recht, 1999, p. 14 ss, el mismo, *Die Rezeption amerikanischen Recht, Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Festgabe um schweizerischen Juristentag, 1988, especialmente p. 234 ss; 242 ss, quien apunta como factor de la americanización la formación de juristas europeos en universidades norteamericanas como fenómeno semejante al que se vivió en la Baja Edad media con las universidades del norte de Italia. Es sintomático por ejemplo que casi la mitad de los juristas que trabajan en grandes empresas de Zúrich hayan ampliado sus estudios en universidades norteamericanas. Asimismo no deja de señalar este autor la pujanza y calidad de la Ciencia jurídica norteamericana en muchos sectores e igualmente el indudable paralelismo que

derecho norteamericano sobre las empresas europeas, que necesitan acomodarse al mismo para participar en los mercados, especialmente, financieros.

La americanización representa un fenómeno generalizado, que afecta a la totalidad del ordenamiento jurídico⁵, y desde hace aproximadamente dos décadas a vastos sectores del derecho penal. La política criminal en materia de drogas⁶, de criminalidad organizada, donde muchos de los elementos de la RICO se han extendido por el mundo⁷, o terrorismo⁸, es decir, de los prototipos del derecho penal

globalizado, son en realidad ejemplos de americanización⁹. No obstante conviene advertir que crimen globalizado y americanización no siempre son fenómenos paralelos. La influencia de la legislación norteamericana se refleja en ámbitos más «locales» de la criminalidad como el tratamiento de la delincuencia sexual violenta mediante la proliferación de medidas de innocuización¹⁰, impensables hace solo unos años, o la confección de registros de delinquentes sexuales. La protección penal de derechos de autor, impulsada por la presión de grandes grupos interna-

existe entre el inglés y el latín como lenguas universales (*Amerikanisierung des Rechts*, p. 613). También de interés Drolshammer, "Amerika gibt es nicht" –Tendenzen einer Amerikanisierung der Rechtsordnung, Rechtsberufen und Rechtsausbildung in der Schweiz-eine Agenda für eigene Umgangsstrategie?, en *Rechts und Internalisierung*, 2000, p. 367 ss.

5. La adopción de soluciones legislativas procedentes de los EEUU es muy clara sin duda en el derecho del mercado financiero, en el derecho de sociedades, incluyendo sectores como la contabilidad o la auditoría de cuantías. La influencia se ha dejado sentir también en el derecho civil, mediante recepción de figuras contractuales tan importantes hoy como el *leasing*, *factoring* o las franquicias o de una forma incluso más general a través de la elevación y extensión de la responsabilidad por daños en materias como la responsabilidad por el producto, las imprudencias médicas y la paulatina aparición en alguno de estos ámbitos de la *strict liability*. Vid. al respecto de todas estas cuestiones Wiegand, *Amerikanisierung des Rechts*, op. cit., p. 601 ss; el mismo, *Europaisierung-Globalisierung-Amerikanisierung*, p. 14 ss, el mismo, *Die Rezeption amerikanischen Recht*, especialmente p. 242 ss; sobre la americanización en el derecho civil también Posch, "Amerikanisierung" oder "Verwilderung der Sitten"? : *Divergenzen im materiellen Schadenersatzrecht und im Internationalen Zivilverfahrensrecht als Ursachen für ein geändertes Anwaltverhalten*, en *Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Vergangenheit, Gegenwart und Perspektiven*, 2002, p. 209 ss. Sobre la responsabilidad por el producto vid. el trabajo de Salvador Coderch/Rubí Puig/Piñero Salguero, *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*, Indret (www.indret.com), nº 4, 2003

6. Con referencias Schünemann, *Das Strafrecht im Zeichen Globalisierung*, op. cit., p. 307 ss.

7. RICO son las siglas de "Racketeer influenced and corrupt organizations Act" aprobada en 1970 contiene instrumentos contra la criminalidad organizada como el comiso sustitutivo o ampliado (18 U.S.C § 1963 (m) que después se han extendido, al menos en la Unión Europea, merced a la Decisión marco 2005/212 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DOCE L 68 de 15 de marzo de 2005). En relación a la compatibilidad de la medida de decomiso ampliado con el ordenamiento constitucional español, vid. Gonzalez Coussac, *Decomiso y embargo de bienes*, en Arroyo/Crespo/Nieto, *La armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*. Boletín de Información. Ministerio de Justicia. Suplemento al núm. 2015. De 15 de junio de 2005, p. 13 ss; sobre el comiso, desde una perspectiva comparada, que muestra la influencia del derecho norteamericano, vid. Stessens, *Money Laundering: a new international law enforcement model*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 29 ss.

En la elaboración de la Acción común sobre criminalidad organizada de 21 de diciembre de 1998 se llegó en cambio a un consenso entre los dos modelos de incriminación existente, el de la conspiración procedente del derecho anglosajón, y el continental derivado de la asociación criminal que procede del Código penal napoleónico de 1810. Al respecto, vid. Ferré/García de Paz, *Criminalidad organizada*, en Arroyo/Crespo/Nieto, *La armonización del derecho penal español*, op. cit., p. 67 s. Vid. además Sheptycki, *Against Transnational Organized Crime*, en *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*, ed. Margaret E. Baerle, University of Toronto Press, 2003, p.120 ss, sobre la formación y la función del discurso sobre el crimen organizado.

8. En materia de terrorismo la presión norteamericana tras el 11 de Septiembre más que en la conformación de los tipos penales se ha dejado sentir en el desarrollo del blanqueo de capitales o en la cooperación internacional, vid. al respecto de esto último el ilustrativo trabajo Mitsilegas, *The new EU-USA cooperation on extradition, mutual legal assistance and the exchange of police data*, *European Foreign Affairs Review* 8. 2003. p. 515 ss. En relación a la orden de detención europea Vid. Alegre/Leaf, *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step too far too soon?. Case Study– the European Arrest Warrant*, *European Law Journal*, Vol. 10, nº 2, March 2004, p. 200 ss.

9. Las reflexiones sobre la globalización y el derecho penal son significativamente mayores que las relativas al tema de la americanización vid. sin ánimos de ser exhaustivos Prittwitz, *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung*, en Prittwitz (hrsg.), *Strafrechts probleme an der Jahrtausendewende*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 163 ss; Schünemann, *Das Strafrecht im Zeichen*, op. cit, passim; Vogel, *Derecho penal y Globalización* (trad. Cancio Melia), en *Globalización y Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (2005), p. 113 ss.; en la doctrina española, por ejemplo, Terradillos Basoco, *El derecho penal de la globalización: Luces y sombras*, en Capella Hernández (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho judicial, nº 16, 2000, p. 183 ss

10. Vid. Silva Sánchez, *El retorno de la innocuización*, en Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, Cuenca, 2001, p. 699 ss.

cionales como Microsoft, constituye otro buen ejemplo¹¹. Más allá del Código penal no cabe duda tampoco de que eslóganes tan utilizados en la actualidad como el de tolerancia cero o lucha, la proliferación de sistemas privados de seguridad, o de sistemas de vigilancia, como las cámaras de video, suponen una clara influencia del derecho norteamericano¹². En el ámbito del derecho penal económico basta con leer una obra tan importante en esta materia como la publicada por *Tiedemann* a finales de los años setenta¹³, para percatarse de la importancia del acercamiento entre dos mundos entonces muy distantes.

Segunda: La americanización del derecho penal económico no supone únicamente la existencia de enunciados legales similares a uno y otro lado del atlántico. Más allá de lo epidérmico, lo verdaderamente importante es la recepción de novedosas estrategias de política criminal como la autorregulación empresarial, la negociación y colaboración con las instancias encargadas del control a cambios de beneficios en la sanción, la aparición de autoridades administrativas con amplios poderes de sanción e investigación, o el papel policial que se le está asignando a diversas administraciones públicas, abogados, auditores de cuenta, contables o empleados de banca.

En un sentido aún más profundo, autores como *Robert Kagan* señalan que la americanización estaría afectando al *hardware* de la cultura jurídica europea. La importancia de ley y las administraciones públicas como herramientas esenciales en la resolución de conflictos sociales (*bureaucratic legalism*) estaría dando paso al denominado *adversarial legalism*. Un sistema en el que la resolución de conflictos se efectúa a través de la lucha de adversarios en el marco de un proceso, en el que además el juez –la burocracia estatal– tiene un papel menos relevante y activo¹⁴. Ciñéndonos al marco penal, resulta sin duda paradigmática la evolución del proceso penal, con la instauración del procedimiento acusatorio y las cada vez mayores posibilidades de que el proceso acabe a través de una negociación entre las partes¹⁵.

Tercera: Las causas de la americanización son tan complejas como diversos sus actores. Entre ellos cabría citar en primer término las organizaciones internacionales (OCDE, OMC, Banco Mundial, Cámara de Comercio Internacional, Unión Europea, Consejo de Europa, Naciones Unidas...) que a través de Convenios, acuerdos o recomendaciones universalizan los modelos legislativos norteamericanos¹⁶. Igualmente desempeñan un papel impor-

11. Vid. recientemente la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual presentada por la Comisión el 27 de abril de 2006. La europeización del derecho penal en este sector responde en realidad a la ejecución del Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, elaborado en el marco de la Organización mundial del Comercio (art. 61 establece). Sobre el proceso de armonización del derecho penal de la propiedad intelectual vid. Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaften*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997; a cerca de la presión de las grandes multinacionales vid. Aigrain, *Internet y derechos de autor*, edición española Le Monde diplomatique, Febrero 2006, p. 3.

12. Vid. Downes, *The Macho Penal Economy: Mass Incarceration in the United States – A European Perspective*, en Garland ed., *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*, London: Sage Publications, p. 60 ss; Kaagan, *American and European Ways of Law: Six Entrenched Differences*, Paper, First European Socio Legal Conference, Onati, Spain, July 6-8, 2005, p. 35 ss

13. *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1978.

14. Son fundamentales los trabajos de Robert Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2001; el mismo, *Adversarial Legalism: Tamed or Still Wild?*, *Legislation and Public Policy*, Vol.2, 1999, p. 217 ss; el mismo, *American and European Ways of Law*, op. cit, passim. La tesis de Kagan es que la americanización del derecho europeo, la adopción del denominado *adversarial legalism* se está produciendo debido a que en estos momentos imperan los mismos factores estructurales, económicos y políticos, que generaron el sistema norteamericano. De un lado, en el sector privado un aumento de la competitividad entre las empresas consecuencia de la globalización, y de otro una mayor descentralización y compartimentación del poder público como consecuencia del desarrollo de la UE.

15. Como puso hace ya algún tiempo de manifiesto Arzt, *Amerikanisierung der Gerechtigkeit: Die Rolle des Strafrechts*, en *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Schmoller (hrsg), Springer, Wien New York, 1996, p. 527 ss. Para Arzt la asunción del modelo norteamericano coincide además con el desarrollo y el auge de las teorías procesales de la justicia enunciadas por *Luhmann* o *Habermas*, en detrimento de las propuestas tradicionales basadas en la existencia de una justicia material y no sólo procedimental. Sobre la americanización del derecho procesal, en relación a Suiza, pero también con reflexiones acerca de tendencias generales del proceso penal, vid. también Vest, *Amerikanisierung des Schweizerischen Strafprozesses?*, en *Recht und Internalisierung*, op. cit, p. 29 ss. Esta influencia, por supuesto, no se reduce a Europa. En el marco procesal penal es mucho más fuerte si cabe en toda Latinoamérica, vid. Ambos, *Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos*. Revista de Derecho Procesal, nº 3 1997, págs. 545 ss.

16. Sobre el papel predominante de los Estados Unidos en las organizaciones internacionales la bibliografía es considerable, vid. por ejemplo con ulteriores referencias Kwakwa, *The international community, international law, and the United States: three in one, two against one, or one and the same?*, en Byers/Nolte, *United States Hegemony and the Foundations of International Law*. Cambridge University Press. 2003, p. 25 ss.

tante las grandes empresas multinacionales que asumen el papel de gestores morales atípicos¹⁷, impulsando muchas de estas reformas. El miedo ante un mercado global desorganizado, donde no existe una clara moral de los negocios, les lleva a pedir la intervención del derecho penal o, en cualquier caso, normas más estrictas de control.

En el marco del derecho penal económico los impulsos legislativos que ponen en marcha la armonización no provienen generalmente de acontecimientos específicos, sino de las alteraciones en la economía internacional fruto del proceso de globalización. No obstante, la convergencia entre algún aspecto concreto del derecho penal económico y las cruzadas contra las drogas, el crimen organizado o el terrorismo emprendidas desde los EEUU ha actuado también como factor de aceleración.

Enunciadas nuestras tres hipótesis, la pregunta esencial es cuál debe ser la función de la Ciencia penal y la política legislativa en la UE. En el ámbito penal más tradicional la cultura jurídica europea ha mitigado la adopción de las soluciones legislativas más severas, como la conocida *three strikes an you are out*.. Asimismo las medidas de inoquización contra delincuentes sexuales se han confeccionado generalmente de un modo más respetuoso con los derechos fundamentales. Prueba igualmente de la eficacia de este filtro es que las tasas de personas en prisión están aún muy lejos de las estadounidenses, aún en países como España, a la cabeza del ranking de población penitenciaria por número de habitantes en los países de la OCDE¹⁸. La pregunta es si en un sector mucho más novedoso, y en cierto modo en construcción, como el derecho penal económico cabe esperar un grado de resistencia o de adaptación semejante (vid. III).

II. Los sectores de la americanización

A) Las normas penales que protegen el mercado (derecho de la competencia, insider trading y abuso de mercado)

El primer conjunto normativo que experimentó la influencia del derecho norteamericano fue el derecho de la competencia. No creo que deba insistir demasiado en que básicamente lo que se ha impuesto en los países europeos es el modelo *Sherman Act*. La tutela de la competencia, a través de sanciones penales o administrativas, era una *rara avis* en nuestros ordenamientos jurídicos al término de la IIGM. La influencia del derecho norteamericano se dejó sentir en primer término en Alemania a través de las leyes de descartelización, con las que se puso fin a la estructura empresarial promovida por el nacionalsocialismo¹⁹. Pocos años más tarde, el derecho europeo de la competencia, que aparece por primera vez en el Tratado CECA, también con el fin de acabar con la cartelización existente en las empresas de la cuenca del Rin, se conforma a su vez bajo este influjo, que penetra tanto a través de las formas legales, como de los primeros estudios doctrinales sobre el derecho de la competencia²⁰. Garrigues, un conocido jurista español, expresó este proceso de una forma muy gráfica «el derecho de la competencia vino a Europa en las mochilas de los soldados americanos»²¹.

Una vez universalizado el modelo legislativo, y sobre todo a partir de la década de los noventa, la preocupación de los Estados Unidos radica en perseguir acuerdos competitivos realizados fuera de sus fronteras con efectos distorsionadores en su mercado. Para lograr la aplicación ex-

17. Vid Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*. 2ª Ed. BdeF, Motevideo, Buenos Aires, p. 64 ss.

18. La dificultad de una americanización total, como sería por ejemplo la introducción de la pena de muerte, se subraya por Kullen, *El Derecho penal del futuro*, en Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*., Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2003, p. 227; Kagan, *American and European Ways of Law*., op. cit, p 36 ss.

19. A decir de Dannecker, la severidad de estas disposiciones fueron mitigadas por la jurisprudencia alemana, vid. Dannecker, *Hanbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München, Beck, 2004, en Wabnitz/Janovsky, p. 993 marg. 12. En realidad la concentración, como política económica, tuvo bastante predicamento no solo en el fascismo alemán, sino también en el italiano, e incluso en Francia a partir de 1936 y después con el régimen de Vichy. No debe por ello extrañar que cuando a principios de los 60 el fascismo español pide su entrada en la CEE, una de las primeras medidas sea la aprobación de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia en 1963.

20. Sobre los orígenes del derecho de la competencia europeo vid. *Common Market and American Antitrust*, Rahl (Ed.), McGraw Hill, 1970, p.23; *Cartel policy and the Common Market*, Vol. XXVIII, n 464, 27 August 1962. La utilización de la doctrina norteamericana es muy importante en los trabajos doctrinales desarrollados a partir de la década de los 60, vid. por ejemplo Joliet, *Monopolization and abuse of dominant position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'université de Liège, 1970.

21. Garrigues, *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964

traterritorial han utilizado una doble estrategia. De un lado, han promovido acuerdos de cooperación con diversos países, y de forma global con la Unión Europea²². Y, de otro, han incitando la colaboración de las empresas en la investigación de los acuerdos restrictivos a través de los denominados *Leniency Programme*. Basados en la misma filosofía que el *Corporate Guidelines Sentencing (carrots and sticks)* ofrecen una considerable rebaja en las sanciones a aquellas empresas que colaboren voluntariamente con el DOJ²³. A decir de *Harding*²⁴ el éxito de la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia estadounidense radica más en su propia capacidad de *enforcement*, y por tanto en el desarrollo de estrategias, como los *Leniency Programme*, que en los acuerdos de colaboración. La estrategia de la colaboración-delación, uno de los epicentros del *law enforcement* en los Estados Unidos²⁵, ha cruzado también el Atlántico, instalándose también en el derecho de la competencia europeo, donde la colaboración es un criterio decisivo a la hora de calcular las sanciones²⁶, y en algunos derechos nacionales como el alemán, holandés, inglés o, en un futuro próximo, el español²⁷.

Si el modelo *Sherman Act* se empezó a implantar desde mediados de la década de los cincuenta, el modelo *Securities Law* tuvo que esperar a finales de la década de los noventa. El primer país en sentir su influjo fue Suiza con ocasión de la introducción del tipo penal sobre *insider tra-*

ding. Los avatares de la recepción evidencian con especial claridad la presión de los Estados Unidos para que se castigara esta conducta con el fin de mejorar la cooperación internacional, que a su juicio no había sido del todo satisfactoria en una serie de escándalos acaecidos en la década de los ochenta (*Áffare Marc Rich*). Parte de la doctrina suiza no dudo en tildar este caso de imperalismo jurídico²⁸. La aprobación por parte del Consejo de Europa del Convenio sobre abuso de información privilegiada de 20.4.89, en cuya elaboración participaron como observadores los Estados Unidos, debe situarse en este contexto, pues su objetivo prioritario es la mejora de la cooperación penal y el intercambio de informaciones entre las autoridades bursátiles, debe situarse dentro de este contexto²⁹. La influencia del Convenio del Consejo de Europa en la aprobación redacción de la directiva comunitaria de 1990 sobre *insider trading* es evidente. No obstante, al igual que en el caso del derecho de la competencia, también aquí la americanización del derecho penal económico es consecuencia tanto de presiones, como del convencimiento de que este tipo de normas son necesarias y útiles para el mercado³⁰. De este modo, en la aprobación de la primera Directiva sobre información privilegiada resultó determinante la necesidad de construir el mercado financiero común y el deseo de las grandes empresas europeas de tener normas similares a las de los mercados norteamericanos, con el

22. Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia [Diario Oficial L 173 de 18.6.1998].

23. Sobre los *Corporate Leniency program* del departamento de derecho de la competencia (Division Antitrust) del Department of Justice y que se vienen aplicando desde 1993, vid. Hammond, *When calculating the costs and benefits of applying for corporate amnesty, do you put a price tag on an individual's freedom*. Department of Justice. Notional Institute on White Collar Crimen. March 8, 2001; Wise, *The system of sanctions and enforcement co-operation in US Antitrust Law*, en Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer, 2003, p. 195 ss.

24. Harding, *The globalisation of anti-cartel law and enforcement*, en Nahamowitz/Voigt (Hrsg.) *Globalisierung des Rechts II: Internationale Organisationen und Regelungsbereiche*, Nomos, 2002, p.319 ss, especialmente p. 322 ss

25. La importancia de incentivar la colaboración de los imputados en el proceso penal supone un desarrollo más de la teoría de los juegos (*tic for tac*), sobre la relación entre la *cooperative regulation* y la *game theory*, vid. por ejemplo Sholz, *Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement*, Law & Pol Vol. 6, 1984, p. 385

26. Cfr. *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y a la reducción de su importe en caso de cartel*, DOCE C 45, de 19-02-02; al respecto Dannecker, *Hanbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, p. 1078, marg. 251 ss, señalando expresamente la influencia del derecho norteamericano. .

27. Vid. Dannecker, *Hanbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, op. cit, p. 1022 ss reconociendo también aquí la influencia de los *Leniency Programm*. En España los art. 65 y 66 del reciente Proyecto de Ley de defensa de la competencia contemplan la exención o reducción de multas para aquellas empresas que suministren elementos de prueba y colaboren en el proceso. Sobre la importancia de esta técnica en los derechos nacionales vid. las distintos análisis nacionales, en Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning*, op. cit,

28. Vid. Friedli, *Insider Gesächte: Praktische Erfahrungen in der Rechtshilfe*, en von Graffenried (hrsg), *Beitrage zum Schweizerischen Bankenrecht*, p. 245 ss. La importancia de la banca suiza explica que la presión de los USA se hiciera sentir primero en este país. Según algunas fuentes entre el 20-30% de los negocios sobre acciones provenientes del extranjero que se efectuaban en las bolsas norteamericanas se realizaban mediante bancos suizos, Vid. Schmid, *Schweizerisches Insider Strafrecht*, Verlag Stämpfli&Cie AG Bern. 1988, p. 41, con una lista de casos de *insider* en los que se encontraban implicados bancos suizos.

29. Vid. *Explanatory Report del Convenio* (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/130.htm>).

30. En este sentido, incluso en el caso suizo, Wiegand, *Die Rezeption*, op. cit, p. 248, el mismo también en *Amerikanisierung des Recht*, op. cit, p. 607 ss.

fin de poder cotizar en ellos sin que existan barreras jurídicas³¹.

Más clara es aún la intención de la UE en contar con una normativa semejante a la norteamericana en el caso de la Directiva sobre abuso de mercado de 2003³². La recepción de la normativa obedece a la necesidad de buscar un modelo legislativo eficiente, que propicie el crecimiento de los mercados financieros, en un momento en que en Europa se persigue un cambio en el modelo de financiación empresarial. De una financiación procedente de la banca, se desea pasar a una financiación, que había sido por otra parte la tradicional en EEUU, basada en la bolsa y el capital riesgo. A partir de esta necesidad, la fuerza motriz de la armonización ha sido *la lucha por el mejor derecho*. La calidad del derecho es sin duda un factor de primer orden a la hora de localizar una inversión o de operar en un determinado mercado. Ninguna plaza quiere quedarse atrás con un derecho anticuado y distinto al del resto, pues sabe que esta circunstancia hace huir a emisores y a grandes inversores institucionales. Este deseo no se oculta por el legislador, como muestra con toda claridad la exposición de motivos de la Ley española 44/2000 de reforma del sistema financiero, el propio Plan de acción de servicios financieros de la UE³³.

Más, en consonancia con lo mantenido en la hipótesis segunda, lo que interesa señalar es que la americanización en estos sectores no afecta únicamente al *software* del ordenamiento penal, al tenor literal de los preceptos, sino que implica la aparición de nuevas instituciones y nuevos

mecanismos de control social desconocidos hasta la fecha. Citaré los tres ejemplos más significativos:

En primer lugar, ha cobrado una fuerza inusitada la noción de *transparencia*, a través de los deberes de comunicación que pesan sobre las empresas que participan en el mercado y que deben comunicar cada vez un mayor número de datos tanto al propio mercado, como a la autoridad que está en su vértice. Con ello en definitiva se recibe, más de medio siglo después, el mecanismo de control social ideado por *Brandeis*, el ideólogo junto con *Adolf Baerle* de la *Securities Law*: «*sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most eficiente policeman*». Este nuevo bien jurídico ha afectado en todo el continente a los delitos relativos a la información societaria que se han expandido tanto en lo concerniente al tipo de información que debe publicarse, como en la inclusión en ellos de conductas omisivas, consistentes precisamente en la no publicación de informaciones que resultan obligatorias³⁴. Con ello en definitiva el modelo europeo de falsedad en la información social, elaborado como parte del derecho de sociedades, se ha americanizado aproximándose al modelo de *securities fraud*, orientándose, no tanto a la protección de los socios, sino al mercado y a la información de las autoridades de control³⁵.

Una segunda novedad, que en parte se anticipó ya con la expansión del modelo *Sherman Act*, es la creación de autoridades administrativas con amplios poderes normativos y de investigación³⁶. Lo peculiar de las autoridades

31. Sobre el proceso de gestación de la primera directiva sobre *insider trading*, vid. Assman, *Das künftige deutsche Insiderrecht*, AG 1994, 196 ss, especialmente p. 199, el mismo, en Assmann (hrsg), *Wertpapierhandelsgesetz*, O. Schmidt, Köln, 2006, Vor § 12, marg. 10 s ; Ziouvas, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht. Europäisierung und Legitimation*, Carl Heymanns, Berlin ua., 2005, p. 12 ss. En relación a los problemas de empresas europeas en el mercado norteamericano debido a la carencia de una adecuada normativa bursátil, vid. Roquette/Stanger, *Das Engagement ausländischer Gesellschaften im US amerikanischen Kapitalmarkt*, WM 1994, p. 137 ss explicando las dificultades experimentadas por Daimler Benz AG, primera empresa Alemana que cotizó en la bolsa norteamericana. Antes de ella fue rechazada la participación de empresas como Siemens, Volkswagen, Bayer o BASF.

32. Directiva 2003/124 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) DO-CE L 96/16, 12-4-2003. Como es sabido esta normativa tiene su origen en el *Plan de acción de servicios financieros* (FSAP) publicado en 1999. Una documentación completa y puesta al día en torno a su implementación puede verse en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/actionplan/index_en.htm. Esencial en la elaboración de esta normativa fue el informe realizado por el *Forum of European Securities Commissions (FESCO): A European Regime Against Market Abuse*, órgano consultivo compuesto de los presidentes de las órganos supervisores nacionales, e igualmente las conclusiones del Comité Lamfalussy, *Premier Rapport du Comité des Seges sur la regulation des marchés européens de valeurs mobilières*. Bruxeles, 9 noviembre 2000.

33. Con ulteriores referencias Nieto Martín, *El programa político criminal del corporate governance*, Revista de derecho y Proceso Penal, 2004, nº 11, 274 a.

34. Ejemplifica muy bien toda esta tendencia la formulación que Foffani/Quintero, realizan en el proyecto de Eurodelitos de la figura de la falsa información social, *Unrichtige Darstellung, Art 47*, en Tiedemann (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Freiburg Symposium. Carl Heymanns, Köln, p. 327 y 425 ss (existe una versión española Tiedemann (dir)/Nieto Martín (co-ord.), *Eurodelitos. Derecho penal económico europeo*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2004). . Vid. además con ulteriores referencias Nieto Martín, *El programa político criminal del corporate governance*, op. cit, p. 259 ss.

35. Vid. Cheng/Harrington/Ruiz, *Securities Fraud*, American Criminal Law Rev., Vol 41, 2004, p. 1079 ss.

36. Sobre las dificultades de encajar este modelo de administración en nuestro sistema administrativo tradicional con ulteriores referencias, Gómez Iniesta, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Mac Graw Hill, Barcelona, 1997, op. cit, p. 228 s.

europas, frente a las americanas³⁷, es que disponen conjuntamente de la capacidad de sancionar y de completar, mediante la capacidad normativa que tienen atribuida, las infracciones que ellas mismas aplican, lo que es absolutamente ajeno a la lógica del principio de legalidad y la separación de poderes³⁸. Que esta técnica legislativa es puramente norteamericana, lo demuestra el que también está presente en el derecho de la competencia a través de las denominadas exenciones por categorías³⁹.

Una característica ulterior de estas autoridades es la protección de sus poderes de investigación y supervisión a través de sanciones administrativas o penales, sancionando al propio investigado cuando obstaculiza estas labores o simplemente no colabora⁴⁰. Este tipo de normas penales forman parte de la estrategia de colaboración, que ya se ha visto en el derecho de la competencia. Se trata simplemente de la otra cara de la moneda: no colaborar no es un comportamiento neutro, sino que agrava la conducta o genera un ilícito autónomo. Pero lo que interesa destacar es que estas sanciones, administrativas o penales en el caso Español o el Italiano, resultan difícil de compaginar con el *nemo tenetur se ipsum accusare*, y extrañas dentro de una cultura jurídica que ha reservado el derecho penal para la tutela de los intereses más importantes y no para la protección de funciones administrativas de supervisión o policia⁴¹.

El tercer factor a reseñar es la recepción de otro de los grandes modelos de control social de la cultura norteamericana y que era desconocido entre nosotros: la *self compliance* o *autorregulación regulada*⁴². Esta forma de controlar el comportamiento empresarial desviado, que veremos repetida en todos los sectores de la americanización, consiste en incitar a las empresas, a través de sanciones positivas o negativas, a que establezcan sistemas de organización internos con el fin de prevenir o descubrir

determinadas infracciones. En la historia legislativa norteamericana esta estrategia supone una suerte de compromiso entre el intervencionismo, consistente en crear normas detalladas acerca de cómo debe organizarse una entidad, y la autorregulación, cuyo referente más conocido son los códigos éticos, y que consiste en confiar en el autocontrol empresarial, y en su capacidad de innovación, sin intervención del derecho. En el derecho penal económico europeo la regulación del mercado de valores supuso la punta de lanza de esta estrategia. Normas de organización como la obligación de crear murallas chinas con el fin de prevenir el abuso de información privilegiada, no hacían sino anunciar el desembarco de un conjunto muy amplio de deberes de autoorganización, que en algunos ordenamientos se describen ya como la obligación general de contar con controles internos eficaces con el fin de descubrir las infracciones existentes contra la normativa bursátil⁴³.

B) Corrupción y blanqueo de capitales y corrupción

Dentro de las normas penales que tutelan el mercado deben contarse también las relativas al blanqueo de capitales y la corrupción. La americanización del derecho penal anticorrupción está estrechamente ligada a la protección del mercado. Basta leer el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales, cuyo antepasado es la *Foreign Corrupt Practices Act*, para percatarse que su conformación no obedece a la protección de administración, sino únicamente a evitar comportamientos anticompetitivos. Las relaciones entre corrupción y protección de un determinado modelo de mercado se muestran igualmente cuando se comprueba que las recetas anticorrupción de los organismos internacionales consisten siempre en la implantación de recetas liberalizadoras de la

37. La autoridad administrativa tiene en el derecho norteamericano escasos poderes de sanción, si se dejan de lado las *civil penalty* que incluso requieren de una decisión del Tribunal, vid. al respecto Wise, *The System of sanctions*, op. cit, p. 196.

38. Vid. por ejemplo en España el art. 5 del RD 1333/2005 por el que se desarrolla la Ley del Mercado de Valores en materia de abuso de mercado y que autoriza a la Comisión del mercado de valores, con un criterio cercano a la adecuación social, a determinar que prácticas son usuales en el mercado y por tanto atípicas.

39. Aunque esta técnica esencial en el Reglamento 17/1962, ha sido sin embargo relegada por razones prácticas en el nuevo Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre la competencia previstas en los art. 81 y 82 del TCE DOCE L 1/1 de 4-1-2003, las autoridades nacionales de la competencia seguirán aplicando esta técnica legislativa.

40. Vid. Martínez Ruiz, *La tutela jurídico penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 229 ss.

41. Cfr. la crítica mejor fundamentada a esta tendencia Silva Sánchez, *Hacia el derecho penal del "estado de la prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal*, en Silva Sánchez (dir), *¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p.307 ss.

42. Vid. Darcunelleta i Gardella, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Barcelona, 2005,.

43. Vid. por ejemplo el § 33 (1). 3 de la WhpG. Un desarrollo de estos deberes de organización puede verse en Koller, en Assmann, *Wertpapierhandelsgesetz*, § 33, marg. 1 ss.

economía, al considerarse el intervencionismo y la regulación estatal una de las principales causas de la corrupción. Desde esta perspectiva la legitimación del tipo penal de corrupción entre privados, que se ha expandido por toda la UE tras la Decisión marco 2003/568 de 22 de julio de 2005, resulta sin duda mucho más sencilla.

En relación a la lucha contra la corrupción de funcionarios internacionales llama la atención la lentitud del proceso de americanización que ha tardado dos décadas en hacerse efectivo, es decir, desde 1977 año en que se aprueba la FCPA hasta 1997 en que se establece el Convenio OCDE. Una tesis plausible es la mantenida por *Woof y Cragg*: con la *Foreign Corrupt Practices Act*, uno de los principales estandartes regeneracionistas de la era *Carter* o post *Watergate*, un momento político muy especial en los USA, se opta por extender la normativa al resto del mundo. Este impulso de moralizar la economía internacional norteamericana muere con la llegada de *Reagan* al poder, quien inmediatamente pone en marcha operaciones de corrupción como el *Irangate*. Durante este periodo la FCPA apenas si se utiliza, su aplicación se relega por el DOJ y además se reforma con el fin de suavizar alguna de sus disposiciones. Con ello se da la razón en definitiva al poder económico americano que había criticado severamente este texto. La lucha contra la corrupción internacional sólo se reactiva con la llegada de *Bill Clinton*, que impulsa definitivamente la estrategia de la armonización con los resultados que todos conocemos⁴⁴.

Ahora bien, al igual que ocurría en los supuestos anteriores, la recepción de este tipo penal supone algo más que la incursión de un precepto en el Código penal. El buque de la lucha contra la corrupción ha transportado al derecho penal económico europeo estrategias de control características de la política criminal norteamericana.

En primer lugar, señalaría nuevamente la *self compliance*. Tanto del Convenio OCDE (art. 8), que contiene ex-

tensas obligaciones de control contable y documental, como sobre todo las Recomendaciones de 1997 del Consejo para combatir la corrupción, exigen de las empresas que adopten mecanismos de control interno destinados a prevenir y detectar comportamientos de corrupción⁴⁵. Los Códigos éticos, *hot lines* que permitan a los empleados (*Whistleblowers*) la denuncia de los hechos de corrupción, auditorías internas, implantación de sistemas disciplinarios son parte esencial en la cruzada contra la corrupción⁴⁶. La importancia de la autorregulación en el Convenio OCDE entronca con el origen y el espíritu de la FCPA, que en el ordenamiento norteamericano supuso un punto de inflexión en cuanto que uno de sus objetivos era ampliar los poderes de la SEC, imponiendo a las empresas mayores obligaciones de control. La FCPA es la antepasado más cercano de los programas de cumplimiento, del modelo de *compliance* que se instaura a través del sistema norteamericano de responsabilidad de las personas jurídicas, y que en definitiva engarza con los imperativos de organización que ya hemos visto en la protección del mercado financiero y veremos en la normativa sobre blanqueo o en el *corporate governance* y en la responsabilidad de las personas jurídicas⁴⁷.

La segunda estrategia político criminal que igualmente se está incentivando a través de la corrupción en las transacciones económicas internacionales es la *gatekeeper responsibility*⁴⁸. De nuevo se trata de favorecer el *law enforcement*. Si el objetivo de la *compliance* es que las empresas colaboren con el Estado en la prevención y detección de hechos delictivos, la responsabilidad de los vigilantes se orienta a que auditores, contables o incluso abogados que prestan sus servicios a una corporación se comprometan también en la prevención y denuncia de hechos delictivos. Las Recomendaciones de la OCDE de 1997 exigen que se tomen las medidas apropiadas para que los auditores denuncien los hechos de corrupción tan-

44. Cfr. *Craag/Woof, Legislating against corruption in international markets. The Story of The US Foreign Corrupt Practices Act*, en Jain, *The Political Economy of Corruption*, London, New York, 2001, p. 181 ss, Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional (o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo*, *Revista Penal*, Julio 2003, nº 12, p. 3 ss.

45. *Recomendación V*, donde se insta a los gobiernos a que establezcan la legislación necesaria para que además de los controles documentales a que se refiere el art. 8 del Convenio aseguren que las empresas son auditadas por auditores independientes y disponen de los controles internos oportunos, de cuya efectividad deben informar regularmente al mercado.

46. Vid. *Spain: Phase 2 Report on the Application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international bussines transsactiona and the 1997 recommendation on combating bribery in internaciona business transactions* (Marzo, 2004), especialmente p. 12 ss.

47. Vid. *Wolf/Craag, The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics, Law and Self Regulación in Global Markets*, en Cragg (ed.) *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization*, 2005, p. 122ss; Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit, p. 8 ss,...

48. Sobre esta estrategia Kraakmann, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, J. L. Econ & Org, 1986, p. 53 ss.

to internamente, a los órganos competentes de la corporación, como a las autoridades competentes⁴⁹ En el último informe de la OCDE sobre la legislación anticorrupción en España, aparte de reseñar ya el papel de los abogados en la lucha contra la corrupción, subraya el importante papel a desempeñar tanto por los contables como, sobre todo, por los auditores de cuentas⁵⁰. Esta tendencia no puede desconectarse de la reforma de las normas de auditoría en Europa, que experimentan también un importante proceso de americanización al conformarse de acuerdo con los *Stataments* marcados por el *American Institute of Certified Public Accountants*. Siguiendo de cerca los patrones establecidos por la ISA 240 y 250, se exige al auditor que, de un lado, dirija sus esfuerzos a las áreas de riesgo de declaraciones falsas en balances u otros documentos contables, como sería, en el caso de la corrupción, el pago de asesorías o de dictámenes inexistentes, tapaderas contables características de casos de corrupción. De otro lado, y complementariamente, se amplía la obligación del auditor de denunciar los delitos que haya descubierto, no solo a los órganos de la empresa, sino a las autoridades públicas. Con ello se pone fin a la situación actual donde las obligaciones de denuncia se circunscriben a los hechos delictivos que tengan una importancia significativa en la confección de las cuentas anuales, y donde en cualquier caso la obligación de denuncia se considera excepcional⁵¹.

En estrecha conexión con cuanto acaba de verse, la corrupción en las transacciones económicas internacionales muestra la recepción en el derecho europeo de otra peculiar estrategia del derecho norteamericano: la utilización del derecho y la administración tributaria como instrumento útil en la investigación criminal e incluso como alternativa a la pena de comiso⁵². Hace aproximadamente tres décadas *Tiedemann* señalaba como este rasgo era desconocido en el derecho europeo, donde la administración

tributaria se oponía generalmente a compartir sus datos, alegando que con ello podía romperse la relación de confianza necesaria con el ciudadano para que éste declarase lealmente⁵³. En el marco de la corrupción, la posibilidad de considerar los sobornos como un gasto deducible, que existía en bastantes de los países de la Unión Europea, sólo podía explicarse por la opacidad del sistema fiscal y de la información por él recabada ante la administración de justicia. Frente a esta situación, la imposibilidad de deducir los sobornos se establece en los Estados Unidos a mediados de los años setenta (1976)⁵⁴, y gracias nuevamente a la OCDE es una regla común en la mayoría de los ordenamientos tributarios⁵⁵.

La obligación por parte de la administración tributaria, no ya sólo de colaborar con la administración de justicia cuando exista un requerimiento expreso, sino de denunciar cualquier tipo de operación sospechosa y compartir incluso la información con autoridades de otros Estados, se ha extendido igualmente merced al Modelo de Impuestos del Convenio de la OCDE, que establece (Art. 26) la obligación de compartir la información fiscal con otros organismos y autoridades judiciales responsables del *law enforcement*, al menos en materias como blanqueo de dinero, corrupción o financiación del terrorismo, o de cualquier otra actividad delictiva⁵⁶. Se trata, como puede apreciarse de un principio de estructura similar al de *disponibilidad de la información*, que opera en el tercer pilar, tras el Consejo de la Haya y que también tiene claras raíces norteamericanas⁵⁷.

Esta obligación de colaborar por parte de otras administraciones públicas está presente en otros sectores del derecho penal económico americanizado como el blanqueo de capitales. En el documento fundacional de este delito⁵⁸ se indicaba ya que uno de los objetivos de esta normativa era la construcción de una red de control sobre el dinero delictivo basada en la utilización de los datos

49. 1997 *Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions*, V. B. iii y iv.

50. *Spain: Phase 2 Report*, op. cit, p. 13.

51. Con ulteriores referencias en nota 29, Nieto Martín, *El programa penal del corporate governance*, op. cit, p. 226.

52. Ampliamente Acquaroli, *La fiscalidad de los sobornos*, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, op. cit, p. 343 ss.

53. Tiedemann, *Wirtschaftskriminalität*, op. cit, pp. 29 s., 41 s.

54. La no deducibilidad de los sobornos nacionales se estableció ya desde los años 50 en el *Internal Revenue Code Sec. 162 (c)*, la extensión a los sobornos internacionales entro en vigor mediante la *Tax Reform Act of 1976*, vid. Greanias/Windsor, *The Foreign Corrupt Practices Act*, Lexingron Books, 1982, p. 49 ss, 176 s.

55. 1996 *OCDE Recommendation on the Tax Deducibility of Bribes to Foreign Public*.

56. Es sumamente ilustrativo del papel policial que ha asumir la administración tributaria en relación a la corrupción el *Manual de la OCDE para inspectores fiscales sobre la detección del cohecho*.

57. Vid. Vervaele, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: Emergency criminal law?*, *Utrecht Law Review*, Vol. 1. Issue 1, Sept. 2005, p. 1 ss.

58. Informe de la Comisión sobre *Crime and Money Laundering*, *Washingtong D.C. 1984*, p. 7 s; citado por Arzt/Weber, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Giesenking, Bielefeld, 2000, § 29 marg. 2.

que obraban en poder de la Hacienda Pública para perseguir el fraude fiscal. La recepción por los ordenamientos europeos de esta estrategia de lucha provoca problemas similares a las que ya se han comentado en relación a los deberes de colaboración con las autoridades de control. La asunción por parte del sistema fiscal del papel de instrumento general de investigación, prevaleciendo de la obligación que pesa sobre todo ciudadano de suministrar datos, bajo amenaza de sanción, genera importantes zonas de fricción con el principio *nemo tenetur se detegere*, que, por cierto, el TEDH está resolviendo en los últimos años de una forma más satisfactoria que el TS de los Estados Unidos, que nunca apreció en este caso una infracción del derecho a no autoinculparse⁵⁹.

El blanqueo de capitales es el ejemplo más conocido y evidente de americanización del derecho penal económico internacional⁶⁰. En la globalización de esta figura delictiva y su estrategia de control es patente la presión de la diplomacia norteamericana⁶¹, unida a los propios intereses de la banca⁶². Sin un interés jurídico claro, el blanqueo de capitales responde, ciertamente, a la protección del mercado, pero su objetivo prioritario es garantizar una mayor eficacia en la labor de las autoridades administrativas encargadas de detectar y confiscar el dinero procedente de operaciones ilegales, asegurando la colaboración de las entidades financieras y el cumplimiento de un conjunto de deberes de organización⁶³.

La intención de transportar a Europa esta normativa surge de inmediato. En un primer momento los Estados Unidos pretendieron universalizar el blanqueo de capitales exigiendo a las todas las entidades financieras que operaran en su mercado que comunicaran a las autoridades norteamericanas cualquier transacción superior a los 10.000 \$, con independencia de cual fuera su sede social y el lugar en que se hubiera realizado la transacción. Este proyecto se dejó de lado, precisamente, a cambio del compromiso de la CEE de reforzar la normativa relativa a la prevención del blanqueo de capitales. Algo similar ha sucedido con la segunda hornada de normas antiblanqueo cuya finalidad principal es extender el sistema de control al denominado blanqueo al revés, es decir, al dinero limpio que sirve para la financiación del terrorismo⁶⁴. Esta nueva orientación fue recogida de inmediato por las recomendaciones del GAFI del 2003, y ha generado en la UE la elaboración de un proyecto de directiva contra el blanqueo de capitales que adopta fielmente sus recomendaciones⁶⁵.

El tipo penal del blanqueo de capitales, en lo que concierne a los aspectos de técnica legislativa, pone de manifiesto la utilización de una forma de legislar típicamente norteamericana, y que no responde a las tradiciones jurídicas de la mayoría de los países europeos: la equiparación entre actos de conspiración, tentativa y consumación o la supresión de las diferencias entre autores y partícipes

59. Con ulteriores referencias, Acquaroli, *La fiscalidad de los sobornos*, op. cit., p. 346 ss.

60. Sobre la normativa internacional Martínez Buján Pérez, *La dimensión internacional del blanqueo de capitales*, en El fenómeno de internacionalización de la delincuencia económica, Estudios de Derecho Judicial, 61, 2005, p. 179 ss.

61. Cfr. Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, 2000, 113 s; Arzt, *Geldwäscherei— Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvertelung und Begünstigung*, NSTZ 1990. p. 1. Más detalles sobre las presiones ejercidas por la diplomacia norteamericana para la expansión de este modelo legislativo en Cano Monasterio, *La posición del banco de España ante el dinero de origen criminal*, en Prevención del blanqueo de origen criminal, Grupo Santander, Madrid, 1993.

62. En este sentido por ejemplo Pritwitz, *Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung-oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik*, StV 1993, p. 498 ss.

63. La primera formulación del tipo de blanqueo de capitales se produce en el Informe de la Comisión sobre *Crime and Money Laundering*, Washintong D.C. 1984 creada por el Presidente Reagan. En ese mismo año a través de la *Comprehensive Crime Control Act de 1984* se introduce parcialmente en la legislación norteamericana, y ya de una forma completa en 1983 en la *Anti Drug Abuse Act de 1986*. Como puede comprobarse el proceso de americanización ha sido meteórico. Sobre el proceso de gestación del delito de blanqueo en los Estados Unidos y las coincidencias entre la descripción del tipo en las Convención de Viena y por tanto la directiva europea y los tipos penales norteamericanos vid. respectivamente Stessens, *Money Laundering*, p. 96 ss. y p. 113 ss; igualmente sobre las circunstancias y escándalos — el caso del Bank of Boston — que llevaron a la gestación de esta normativa Villa, *A Critical Look at Bank Secrecy Enforcement and the Money Laundering Statutes*, Catholic University Law Review, Vol 37, 1988, p. 487 ss

64. Vid. Serafin, *Money Laundering*, American Criminal Law Review, Vol 41, 2004, 888 s. Las reformas han sido introducidas por el Título III (*International Money Laundering Abatement and Anti Terrorist Financing Act* (IMFALA) Patriot Act of 2001. El *reverse money Laundering* se había introducido ya en el RU a través de la *Terrorism Act del 2000*, que extendía el delito de blanqueo de capitales a la "terrorist property", y con ello a bienes que no necesariamente tenían un origen delictivo, vid. Alldrige, *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 216 ss

65. Vid. *Plan de Acción revisado de la UE sobre la lucha contra el terrorismo*, 24 de marzo de 2004 y *Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo*, Bruselas, 30.06.2004. COM(2004) 448 final.

son ajenas a la técnica legislativa del derecho europeo, y resultan un indicio irrefutable del *made in USA*⁶⁶. El tipo penal del blanqueo de capitales es un ejemplo más de esta forma de legislar que está presente en otros tipos penales americanizados del derecho penal económico. Baste pensar en la confusión entre tentativa y consumación presente en el derecho sancionador de la competencia – «tengan por objeto o efecto», art. 81 TUE – o, en el derecho penal del mercado financiero, en la unión en un solo precepto de actos preparatorios, conductas constitutivas de tentativa o la mezcla de tipos de peligro y lesión que se aprecia en el insider trading – «preparar, recomendar o realizar cualquier tipo de operaciones», art. 81 LMV – o en la manipulación de mercado – «que proporcionen o puedan proporcionar», art. 83 ter LMV –⁶⁷.

Como viene siendo habitual lo relevante de la americanización es nuevamente la recepción de mecanismos de lucha contra el delito que resultan extraños. Ya se ha indicado que el origen de esta normativa representa una vuelta de tuerca más en la colaboración entre empresas y la administración encargada del *law enforcement*. Por ello no es de extrañar que el eje básico de la normativa administrativa, cuya efectividad es en el interés más importante que garantiza el derecho penal, sean obligaciones de denuncia y cooperación y, con el fin de cumplirlas de un modo más eficiente, de organización empresarial. La obligación de conocer al cliente o al beneficiario de la transferencia de fondos, la denuncia de operaciones sospechosas o el nuevo deber de identificar al beneficiario efectivo de la transacción, solo pueden instaurarse si globalmente la empresa adopta medidas de organización. Aunque la normativa comunitaria concede bastante libertad al legislador nacional, las nuevas recomendaciones del GAFI (2003) exigen ya expresamente la adopción de medidas como disponer de sistemas de gestión de riesgos para determinar el grado de peligrosidad del cliente; establecer un sistema de autorizaciones con el fin de los directivos de la entidad se hagan responsables del establecimiento de relaciones comerciales con los clientes más expuestos; evaluación constante del sistema de control interno; precisar por escrito las responsabilidades de cada uno de los organismos de la institución; protección de los *Whistleblowers*

etc.,. Como era de esperar todos estos deberes de organización, de *due diligence*, han sido recogidos por la Propuesta de directiva contra el blanqueo de capitales⁶⁸. Medidas más avanzadas han sido ya adoptadas, por ejemplo, en el derecho alemán donde se exige que las entidades financieras nombren un responsable que bajo la supervisión directa de los directivos de la empresa que será quien se encargue de garantizar la efectividad de las medidas y controles internos⁶⁹. Estas medidas de organización recogen la esencia de los programas de cumplimiento, piedra angular del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos.

C) El gobierno corporativo

La americanización del derecho de sociedades europeo en la última década a raíz del denominado buen gobierno corporativo es un fenómeno conocido. La nueva *lex mercatoria* no se compone solo de las normas que regulan la actuación de los operadores en el mercado, también incluye las que se refieren al modo en que deben dirigirse y controlarse las sociedades comerciales. El *corporate governance* se está introduciendo velozmente por tres razones. La primera es la presión del derecho norteamericano: Si las grandes empresas europeas quieren participar en el mercado financiero de los Estados Unidos no tiene más remedio que adoptarlas. La segunda razón es la presión del mercado. Uno de los factores que hace atractivo un mercado financiero para los inversores es saber que las empresas que operan en él están correctamente gestionadas y controladas, y que no es fácil el abuso de poder por parte de sus directivos. Finalmente en la velocidad de la recepción ha influido sin duda los escándalos financieros que sacudieron la economía americana durante el cambio de siglo, en el sentido de que han sido un detonante tanto para la aparición de nuevas normas en los Estados Unidos, como para incrementar la presión sobre su recepción en Europa⁷⁰.

Este programa normativo penetra por dos caminos diversos. El primero es el *soft law* de los códigos éticos o de buen gobierno, que poseen ya la mayoría de las grandes empresas europeas. No hace falta insistir en que el origen

66. Cfr. Díez Ripollés, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento español*. Actualidad Penal, nº 32, 1994.

67. Un análisis crítico en Prieto del Pino, *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 346 ss.

68. Vid. los art. 30 ss de la propuesta, o el art. 11 que convierte a las instituciones financieras en vigilantes de la existencia y eficacia de los controles de otras institucionales.

69. Lanweg, § 14 marg. 17, 18 *Komentar zum Geldwäschegesetz*, 5., neu bearbeitete Auflage, RWS, Köln, 2005.

70. Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Modernización del derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE. Bruselas 21-5-2005 COM (2003) 284 final*; más detalles y ulteriores reflexiones vid. Nieto Martín, *El programa político criminal del corporate governance*, op. cit., passim.

de todo este movimiento se encuentra en los *Principles of the American Law Institute*, de los que han bebido la totalidad de los Códigos de buen gobierno. El segundo camino es la regulación del derecho de los mercados financieros a través de la última hornada de directivas comunitarias tendentes a la construcción del mercado financiero europeo⁷¹. Ambos caminos en realidad se superponen, pues en un nuevo ejemplo de *self compliance* las normas legales obligan a las empresas a que adopten códigos de buen gobierno y los publiciten al mercado, además de que dispongan de comités de auditoría, de retribuciones, de consejeros independientes. Aunque desde una perspectiva europea este tipo de normas en principio no guardan en apariencia relación alguna con el derecho penal, en la cultura jurídica norteamericana constituyen simplemente una forma más de controlar el comportamiento empresarial desviado, son instrumentos de política criminal en el sentido amplio que ésta debe tener siempre⁷². De hecho, como podrá comprobarse, la técnica de control utilizada similar a la que hemos encontrado en casi todos los sectores donde se ha producido la americanización.

Dada la permeabilidad de los ordenamientos europeos a los programas legislativos norteamericanos, puede sorprender que a estas alturas no se haya impuesto entre nosotros la *Sarbanes Oxley Act* y su draconiano aparato penal⁷³, provocando un incremento de los niveles punitivos dentro del derecho penal societario. En realidad para ello sólo faltan «escándalos» similares a los norteamericanos, y en cualquier caso las empresas europeas que participan en el mercado norteamericano están sometidas a este severo régimen penal⁷⁴.

No obstante, y dado que como sabemos la americanización es un movimiento de raíces profundas que afecta al

hardware del ordenamiento jurídico, lo importante es constatar que muchas de las innovaciones de la SOA o bien ya se han recibido o bien obedecen a lógicas que ya no nos son extrañas y que, por tanto, no es difícil que tarde o temprano se instalen entre nosotros. Empezando por esto último quizás una de las disposiciones penales más conocidas de la SOA es el incremento de la protección a los denunciantes cívicos (*Whistleblowers*), protección que obedece no solo a preservar los intereses personales de quien se decide a denunciar, sino también y no en último lugar a asegurar el *enforcement* de las normas penales. Pues bien aunque en el derecho penal económico europeo, con excepción del Reino Unido, no se conoce aún una tutela penal específica de esta figura⁷⁵, el *Whistleblower* se ha instalado ya entre nosotros a partir de las normativas europeas sobre el blanqueo de capitales o la corrupción. Su extensión a otros sectores del derecho penal económico es sólo cuestión de tiempo⁷⁶. Igual cabe decir en relación a otro de los ejes de la SOA, la obligación de los abogados de empresa o de los contables de denunciar los hechos delictivos que la empresa haya incurrido, bajo amenaza de sanción⁷⁷. En realidad se trata de un nuevo ejemplo de *gatekeeper responsibility*, estrategia de control que está ya suficientemente instalada a través de la normativa sobre blanqueo de capitales y corrupción. Al igual que ocurría con los delatores, no sería extraño una expansión de los deberes de denuncia con el fin de asegurar la efectividad del *enforcement* del derecho penal en otros ámbitos como por ejemplo la falsedad en los balances.

Finalmente, la influencia de la cultura de los negocios norteamericana se ha dejado sentir en alguno de los últimos grandes casos de derecho penal societario, como el asunto *Mannesmann* en Alemania o el caso *Banco del*

71. Vid. infra not. 32.

72. Vid. el fundamental trabajo de Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*, Harper, New York, 1975, donde se propone un conjunto de medidas de organización que paulatinamente se han ido introduciendo indistintamente a partir de normas de carácter penal, administrativo o de derecho de sociedades.

73. Para una descripción de sus contenidos Bucy, *Carrots and Sticks: Post Enron Regulatory Initiatives*, Buffalo Criminal Law Review, Vol 8 2004, p. 277 ..

74. Vid. Hefendel, *Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen criminal politischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernisse*, JZ 2004, p. 18 ss; Kersting, *Auswirkungen des Sarbanes Oxley Gesetzes in Deutschland: Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?*, ZIP 2003, p. 233 ss.

75. Vid. Rodríguez Yagüe, *La protección de los Whistleblowers en el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales*, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, *Fraude y Corrupción*, op. cit., p.447 ss; Ragués i Vallès, *¿Heroes o traidores?*, *La protección de los informantes internos (whistleblowers como estrategia político criminal)*, en InDret, www.indret.com, 364, Barcelona, Julio 2006.

76. Incluso autores muy críticos con el desarrollo del derecho penal económico, como Felix Herzog, son partidarios de la utilización de esta figura, vid. Herzog, *Sociedad de riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (Perspectivas más allá del derecho penal)*, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín/Neumann, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2003, p. 258.

77. Extensamente Henning, *Sarbanes Oxley Act § 307 and Corporate Counsel: Who Better to prevent Corporate Crime?*, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 8, 2004, p. 823 ss.

Santander en España⁷⁸. Basta leer las sentencias judiciales y el debate doctrinal suscitado entorno a los mismos para percatarse de la influencia que han tenido en las resoluciones finales conceptos propios del gobierno corporativo como *Stakeholders value*, la *bussines judgment rule* o los *golden parachutes*. De algún modo lo que se ha producido en ambos casos es la colisión entre dos culturas de gestión empresarial distintas, la tradicional europea y la norteamericana, concretada en la discusión relativa a otro aspecto clave del gobierno corporativo: el modo de retribución de los directivos. Resulta significativo en este sentido que en el debate alemán se haya discutido expresamente si una condena no aislaría el mercado de ejecutivos alemán, y hay quien ha mencionado incluso la relación del tipo de *Untreue* con la moral de los negocios prusiana, con el fin de utilizarlo como barricada ante el empuje lo americano. En cualquier caso, creo que puede aventurarse que no pueden convivir reglas de gestión comunes, como las propuestas por el gobierno corporativo, con sistemas de responsabilidad penal diferentes. Es dudoso que los ordenamientos europeos puedan poner freno a usos y prácticas normales en la gestión empresarial norteamericana, a través de su derecho penal⁷⁹.

D) La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Hasta hace no mucho tiempo una de las diferencias más importantes entre el derecho penal económico en las dos orillas del Atlántico era la relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸⁰. Frente a ello, en estos momentos puede ya decirse que prácticamente no existen ordenamientos dentro de la Unión que no establezcan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso son minoría los que como Alemania imponen solo sanciones administrativas. En países como España, y presumo también que en otros como Italia, donde buena parte de los operadores jurídicos continúan mirando con recelos la instauración de la responsabilidad colectiva, el detonante

que ha llevado a introducir – casi a regañadientes⁸¹ – este tipo de responsabilidad ha sido el conjunto de decisiones marcos de la Unión Europea, y Convenios como el de la OCDE en materia de corrupción.

El debate europeo en este punto ha estado, desgraciadamente, más centrado en cuestiones de alta teoría, que en asuntos más mundanos como, por ejemplo, averiguar por qué repentinamente la responsabilidad de las personas jurídicas constituye una de las características más sobresalientes de la política criminal internacional. Tras cuanto se lleva dicho, la respuesta es que la responsabilidad colectiva es el ejemplo más claro de americanización del derecho penal económico europeo. Es más, tal como se concibe la *corporate criminal liability* en los Estados Unidos puede decirse que en realidad su instauración supone el correlato lógico del desembarco a buena parte de las estrategias de control social examinadas en los apartados anteriores, como la negociación, la colaboración o la *self compliance*. La responsabilidad de las personas jurídicas en los Estados Unidos no responde a argumentos retributivos, sino a argumentos funcionales. Desde *Hudson River* de lo que se trataba era de asegurar el *law enforcement*, de garantizar la efectiva aplicación del derecho en el marco de un Estado federal y de una cultura jurídica que poseía pocos instrumentos, en comparación con lo que ocurría en Europa y empresas mucho más poderosas⁸². En este contexto la sanción a las personas jurídicas no es otra forma que buscar su compromiso en la prevención y detección de comportamientos delictivos, y en la colaboración con la Administración, haciéndoles ver, a través de la amenaza de sanción penal, que este comportamiento es mucho más inteligente y beneficioso para el desarrollo de sus propios intereses que ocultar hechos delictivos o organizarse de modo tal que se favorezca su comisión.

Esta es la filosofía que sustenta el *Corporate Guidelines Sentencing*, y un modelo de determinación de la sanción donde lo decisivo es el grado de colaboración de la empresa en la detección de la infracción, y el contar con *compliance programs*, con una organización interna eficaz en

78. Ampliamente Foffani/Nieto Martín, *Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo*, Revista Penal, nº 17, Enero 2006, especialmente p. 115 ss.

79. Vid. las reflexiones en este sentido de Foffani/Nieto Martín, *Corporate Governance y administración desleal*, op. cit., p. 129. Schönemann, *Organuntreue. Das Mannesman Verfahren als Exemple*, Berlin, 2004, p. 9.

80. Vid. solo Schönemann, *The Sarbanes Oxley Act of 2002: A German Perspective*, op. cit., p. 35 ss.

81. Al menos en el caso español, la prueba es el desconcertante art. 31.2 del Código penal introducido en el 2003. Este precepto que se incluye expresamente para cumplir con la normativa comunitaria parece responder al viejo lema de "obedézcase pero no se cumpla", pues a parte de ser un precepto de difícil aplicación práctica, para no admitir la responsabilidad penal se ha acudido a una naturaleza híbrida cercana a la responsabilidad civil subsidiaria. Vid. al respecto con ulteriores referencias Gómez Jara, *El nuevo art. 31.2 del Código penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda*, La Ley, 13 de septiembre de 2006, p. 1 ss.

82. Laufer, *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52 1999, p. 1243 ss.

aras a prevenir y descubrir los hechos delictivos⁸³. Los programas de cumplimiento aglutinan la totalidad de medidas de *self compliance* examinados: desde la protección de los *Whistleblowers*, o la instauración de *hot lines* a los Códigos éticos, el establecimiento de medidas de control, como singularmente el control documental o, en su caso, las murallas chinas, el nombramiento de *Ethics Officer* o responsables por la correcta ejecución del programa que sean además directivos etc.⁸⁴.

La americanización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la UE ha supuesto la importación no sólo del mero hecho de la responsabilidad, sino nueva-mente de la estructura profunda del sistema norteamerica-no. En efecto, a salvo de excepciones como Francia, se han implantando modelos de responsabilidad mixtos que combinan para establecer y graduar la responsabilidad la *vicarious liability* y el *management or organizacional failure* o, dicho de otro modo, la culpabilidad de empresa. La adopción de este modelo es especialmente claro en Italia, país donde la influencia americana es más directa, pero también en Austria, Dinamarca, Finlandia, Holanda o Suiza y, probablemente también en un futuro muy próximo, España⁸⁵. En todos estos supuestos la responsabilidad de la empresa se mitiga o incluso desaparece cuando se han adoptado medidas de organización destinadas a prevenir y descubrir hechos delictivos o, en otra variante, si pese a haberse cometido un hecho delictivo los directivos han cumplido correctamente con sus deberes de supervisión⁸⁶. En la expansión de este modelo de responsabilidad sin du-

da ha contribuido que haya sido éste el modelo adoptado por las Decisiones marcos de la UE⁸⁷, que de manera similar a los USA, utilizan la *vicarious liability* cuando el delito es cometido por un superior, y requieren encontrar un fallo en la supervisión cuando lo realiza un subordinado. Mas de nuevo lo importante del proceso, como se ha constatado, no es que se recepción el tenor literal, el *softward* de las formas jurídicas, sino el *hardware* que permite su correcto funcionamiento.

III. Sobre los actores de la americanización, algunos de sus argumentos, el papel de la UE y de la Ciencia penal europea

Tras esta exposición creo haber podido demostrar que:

(1)La denominada europeización del derecho penal económico europeo es en su mayor parte una americanización. La existencia de la UE, y el proceso de armonización ya sea a través de Decisiones marcos o directivas, a ayudado a que este proceso sea más rápido, sencillo y uniforme.

(2)El efecto más importante de la americanización es el que se refiere a la recepción de los discursos legitimadores – las «luchas» –, e igualmente de estrategias de política criminal extrañas dentro de nuestros sistemas públicos de control social. En este sentido, el elemento que me parece esencial es la orientación de la intervención penal no

83. Para más detalles sobre el sistema norteamericano vid. Gómez Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, y Maglie, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, 2002, pp. 12-144.

84. Vid. Maglie, *L'Etica e il mercato*, op. cit., p. 102 ss; para los modelli organizzativi en Italia, Moneáis (a cura di.), *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

85. Vid. el nuevo art. 31 bis y ss del Anteproyecto de reforma del CP español presentado por el Ministerio de Justicia en Julio de 2006.

86. Es ilustrativo el prolijo análisis que de la situación europea realizan Beale/Safwat, *What Developments in Western Europe Tell us about American Critiques of Corporate Criminal Developments in Western Europe*, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 8, 2004, p. 105 ss.

87. El sistema de imputación para las personas jurídicas diseñado por las normas de armonización se ha mantenido invariable desde la primera de ellas, el art. 3.1 y art. 4 del II Protocolo al Convenio para la protección de los intereses financieros de 19 de junio de 1997. Tras este Convenio la exigencia de responsabilidad está presente en las once decisiones marcos que exigen la responsabilidad de las personas jurídicas: Decisión marco de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de protección por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de monedas con miras a la introducción del euro, Decisión marco del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; Decisión marco de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, la circulación y a la estancia irregulares; Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo; Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Decisión marco de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; Decisión marco del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección penal del medio ambiente; Decisión marco de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; Decisión marco de 24 de febrero del 2005 relativa a los ataques contra sistemas de información; Decisión marco de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques.

directamente a la protección de un bien jurídico, sino a mejorar la eficacia, el *law enforcement*, de los organismos estatales o europeos encargados de tutelar un determinado sector del mercado o reprimir un tipo de criminalidad.

(3) Americanización no equivale a imperialismo jurídico. Aunque en los comienzos del derecho de la competencia, el blanqueo de capitales o el abuso de información privilegiada hayan existido presiones, éstas no han sido el único factor, ni tan siquiera probablemente el determinante. En ocasiones una conjunción de intereses entre las grandes empresas y el legislador ha acelerado la recepción de una normativa (por ejemplo, *insider trading*). En este sentido cabe destacar que alguna de las normativas plasmada posteriormente en Convenios había sido ya antes implantada por las propias empresas a través de la técnica de la autorregulación. Con independencia del carácter cosmético de muchos códigos éticos, lo cierto es que las grandes empresas se han anticipado en ocasiones al legislador con normas internas para evitar la corrupción o el blanqueo de capitales. En sectores aún no americanizados, ni tan siquiera europeizados, como la protección del trabajador, del consumidor o del medio ambiente o la prohibición del trabajo infantil más de mil empresas forma parte del *Global Compact*, instrumento puesto en marcha por Naciones Unidas. Se ha constatado igualmente el papel relevante de las organizaciones internacionales en la americanización.

(4) Situada la armonización del derecho penal económico europeo en este plano global, lo que se comprueba en realidad es que no existe una política criminal propia. Si se deja de lado la protección de los intereses financieros, no son demasiadas las directivas o decisiones marco en lo tocante al derecho penal económico que haya armonizado

un sector del derecho penal sin que exista previamente un convenio internacional, ya sea de Naciones Unidas o del Consejo de Europa.

Tras lo anterior, resta ahora por preguntarse cuál debe ser el papel de la ciencia penal europea, como parte de su cultura jurídica, y de la UE. Afortunadamente no se encuentran posiciones radicales que descalifiquen todo el proceso, las críticas se vierten hacia sectores concretos como por ejemplo el tráfico de drogas o la corrupción⁸⁸, y parece existir consenso en que lo más correcto es analizar cada propuesta en concreto⁸⁹. En este sentido, de todas las tendencias que se han constatado hay dos que merecen una especial atención. Tal como se ha comprobado uno de los rasgos más característicos de la americanización es la utilización del derecho penal con el fin de mejorar la eficacia en la aplicación del derecho. Al menos para los países de influencia alemana, como España, Italia o Portugal, que han situado el concepto de bien jurídico como *conditio sine qua non* para la legitimación de la intervención penal, esta utilización del derecho penal supone una clara degradación del instrumento punitivo⁹⁰. Desde el prisma de la eficacia y el principio de proporcionalidad, esto es, desde un punto de vista estrictamente constitucional, esta técnica de intervención no es *per se* en cambio ilegítima⁹¹.

A mi juicio, es precisamente desde este último punto de vista, y no necesariamente el del bien jurídico, desde el que la Ciencia penal europea debe examinar, y en su caso combatir, la americanización del derecho penal económico europeo. La única forma de evitar una suerte de *macdonalización* del derecho penal europeo radica en analizar empíricamente los costes y beneficios de una determinada opción⁹², y, claro está, su admisibilidad dentro de los derechos fundamentales de la UE y de los países miembros. Por otro lado, creo improbable que vaya a producirse un

88. Así por ejemplo Schünemann, *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung*, op. cit. passim.

89. Cfr. Vogel, *Dogmática penal y política criminal europea*, Revista Penal 2003, nº 11, p. 138 ss, para Wiegend las soluciones legislativas norteamericana se han impuesto simplemente porque eran la mejor solución para nuevos problemas, lo que demuestra que su Ciencia jurídica tiene una capacidad de adaptación mayor ante las nuevas exigencias, *Amerikanisierung des Rechts*, op. cit, p. 611.

90. Además del trabajo de Silva Sánchez, *Hacia el Derecho penal del Estado de intervención*, op. cit., p. 318 ss; vid. Moccia, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones*, (trad. Ragués), en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997

91. Recientemente se ha desatado una interesante polémica en torno a la validez y utilidad del concepto de bien jurídico. Así mientras que para algunos autores como Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1996, o Vogel, *Dogmática penal*, op. cit., p. 147 éste debe ser dejado de lado tanto en el marco interno, como en el Europeo, un sector de la doctrina alemana sigue manteniendo su vigencia y necesidad, vid. Hefendhel, *Die Rechtsgutstheorie : Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Nomos, Baden-Baden, 2003.

92. Es más que ilustrativo en este sentido, la sorpresa que manifiestan Beale/Safwat, *What Developments in Western Europe*, op. cit, p. 145 s: en relación a la recepción de la responsabilidad de las personas jurídicas: "...as far as we can tell, the Europea dialogue concerning the creation of corporate criminal liability shows little sign of the influence of law and economics considerations, such as the relative efficiency of diferente legal options, or concerns about perverse incentives or the potential for under- or overdeterrence".

incremento desmesurado de las penas, aunque ciertamente es difícil precisar si en el ámbito del derecho penal económico los niveles punitivos son efectivamente superiores en los Estados Unidos. Cabe esperar además que la sensibilidad jurídica europea sea más efectiva a la hora de evitar una escalada en las penas, que en detener la construcción de nuevas incriminaciones. La existencia de una moral de los negocios, común en lo substancial a todos los países de economía capitalista, puede conducir a que las normas de comportamiento sean semejantes, pero no las de sanción.

La dogmática jurídica resulta imprescindible en el marco de la recepción de tipos penales, y ello no sólo en el momento de la aplicación de ley, sino también en el de su creación, donde su misión principal debe ser la de reelaborar muchos de los conceptos, propuestas e ideas procedentes de la normativa norteamericana, adaptándolas –al menos en lo que concierne al derecho penal– a las formas de una teoría jurídica del delito⁹³. De este modo, por ejemplo, debería ponerse freno a la expansión en el Código penal de tipos penales que aúnan tentativa o consumación, formas de autoría y participación o que no cumplen con las exigencias del principio de determinación.

En todo este proceso falta, a mi juicio, por encontrar un papel para la UE que no puede limitarse a actuar como una oficina de promoción legislativa de las iniciativas norteamericanas o, lo que generalmente es lo mismo, supranacionales. La UE debería propiciar la armonización global, y no sólo la europeización, de la protección penal de las partes más débiles del mercado globalizado, trabajadores y consumidores, y del medio ambiente, donde además la universalización de la tutela de este bien jurídi-

co, cuenta con la oposición de los Estados Unidos debido a su rechazo al protocolo de Kyoto⁹⁴. En este cometido debería utilizar alguna de las técnicas de aplicación extraterritorial del derecho y de *law enforcement* que hemos aprendido en el proceso de americanización. Así, por ejemplo, podría obligarse a las empresas que cotizan en los mercados europeos a que revelen al mercado aspectos relativos a su cumplimiento de normativa medioambiental, laboral o relativa a los consumidores (*social disclosure*), sancionando la falsedad e incorrección en estos informes⁹⁵. Igualmente los importadores de productos –utilizando una técnica similar al blanqueo de capitales o incluso de la corrupción⁹⁶– deberían operar bajo el principio de «conocer a su proveedor», con el fin de asegurarse que en la fabricación de los productos que ponen en el mercado se ha respetado la normativa laboral básica o medioambiental.

En definitiva, tanto en el ámbito de la política legislativa como en el de la Ciencia del Derecho penal, de lo que se trata es de que la europeización del derecho penal económico, no equivalga automáticamente a americanización. Y que el proceso de regionalización del derecho, como el que acaece actualmente en la UE, sirva para preservar, de un lado, los aspectos de la cultura jurídica europea que se consideren mejores tras la pertinente evaluación, y, de otro, para reelaborar y adaptar, en su caso, las normas jurídicas procedentes de los USA. En lo político la actuación como bloque resulta necesaria tanto para orientar la política criminal internacional en la dirección que antes se apuntaba, como para impedir, en cualquier caso, que la americanización se produzca por la vía de la imposición o, simplemente, del imperialismo.

93. El problema es lógicamente que no existe entre los países de la UE una única teoría jurídica del delito. Aquí nuevamente se ha desatado una especie de polémica entre aquellos que apuestan por una apertura metodológica y una dogmática que se construya sobre la base del mejor argumento a partir de los distintos sistemas (nuevamente Vogel, *Dogmática penal*, *op. cit.*, p. 142, y los que, por el contrario, estiman que existe cierta superioridad por parte de la dogmática de cuño alemán, vid. en este sentido Silva Sánchez, *Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 151. Jahrgang, 12/ 2004, pp. 679-690.

94. Cfr. Schönemann, *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung*, *op. cit.*

95. Una construcción detallada de la *social transparency* en Williams, *The Securities and Exchange Comision and Corporate Social Transparency*, *Harvard Law Review*, Vol. 112, 1999, vid ya en este sentido Nieto Martín, *El programa político criminal del corporate governance*, *op. cit.*, p. 277.

96. La FCPA obliga también, de forma similar a lo que ahora ocurre con el blanqueo, a asegurarse de la profesionalidad de los intermediarios (consultoras, hombres de negocios) que se utilizan en las transacciones internacionales con el fin de que los fondos *La corrupción en el comercio internacional*, *po. cit.*, p. 21 s.