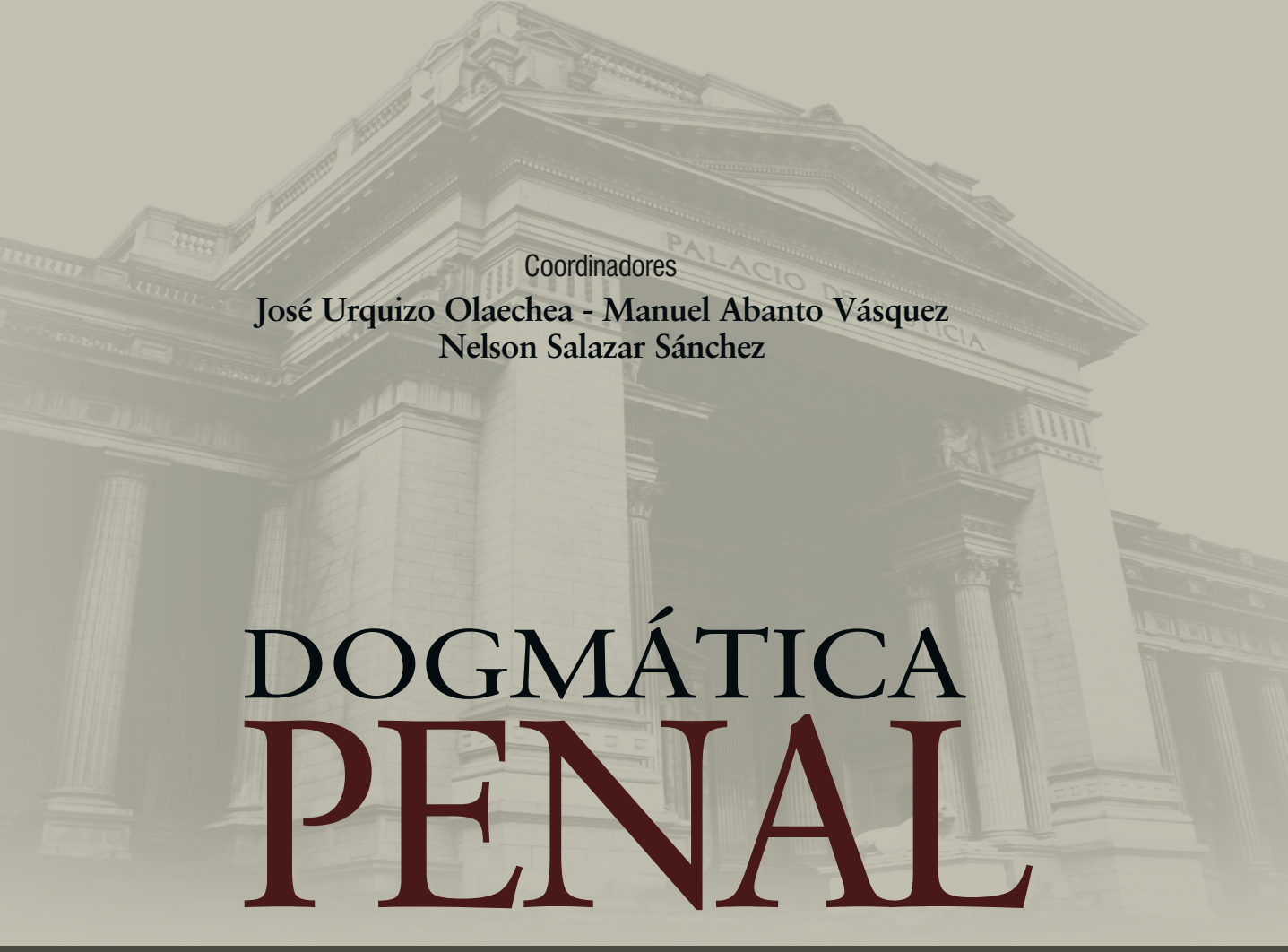

Coordinadores
José Urquizo Olaechea - Manuel Abanto Vásquez
Nelson Salazar Sánchez

DOGMÁTICA PENAL

de Derecho Penal Económico y Política Criminal

TOMO I

Homenaje a
Klaus Tiedemann

GACETA JURIDICA

DOGMÁTICA PENAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y POLÍTICA CRIMINAL

Coordinadores
José Urquizo Olaechea - Manuel Abanto Vásquez
Nelson Salazar Sánchez

DOGMÁTICA PENAL

de Derecho Penal Económico y Política Criminal

TOMO I

Homenaje a
Klaus Tiedemann

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
PENAL
& procesal penal

DOGMÁTICA PENAL
DE DERECHO PENAL ECONÓMICO
Y POLÍTICA CRIMINAL

TOMO I

SEGUNDA EDICIÓN
MARZO 2015
6,210 ejemplares

PRIMERA EDICIÓN
ENERO, 2011

© José Urquizo Olaechea
Manuel Abanto Vásquez
Nelson Salazar Sánchez

© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2015-04523

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-236-3
ISBN TOMO I: 978-612-311-235-6

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221500413

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES
LIMA 18-PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

Presentación

En el 2011 se publicó el Libro Homenaje al ilustre profesor alemán Klaus Tiedemann. La obra está dividida en dos tomos y lleva por título *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y política criminal,* y recoge una serie de trabajados académicos de distinguidos juristas, quienes de alguna u otra forma tuvieron vinculación con el pensamiento y la obra de Tiedemann.

Dada la calidad científica de cada uno de los trabajos incluidos en el Libro Homenaje, la publicación tuvo un rotundo éxito en la comunidad jurídica nacional y extranjera, ávida por encontrar y disfrutar de investigaciones serias y de destacado nivel académico, sobre todo tratándose de trabajos dogmáticos y político-criminales de Derecho Penal Económico, tema que en la actualidad despierta y aviva la atención de amplios sectores de la ciencia penal.

Precisamente el interés que generó la publicación del Libro Homenaje al profesor Tiedemann, nos ha motivado a publicar una nueva edición de esta magnífica obra, con la esperanza de que pueda seguir estando al alcance de la comunidad jurídica y, de esta forma, continuar resaltando el valor intelectual del homenajeado y su influencia en la dogmática penal latinoamericana.

Como valor agregado a esta edición debemos resaltar que se han incluido traducciones de algunos trabajos que no se encontraban en nuestra lengua, manteniendo las versiones originales, con la finalidad de acercar las investigaciones a un mayor campo de interesados.

Quiero agradecer el esfuerzo y empeño que ha puesto Gaceta Jurídica y su director general, el Dr. Walter Gutiérrez Camacho, para que la publicación de esta nueva edición del Libro Homenaje a Klaus Tiedemann sea posible, ya que sin su valioso aporte no podríamos ofrecer nuevamente al público este valioso trabajo. Asimismo, quiero dar las gracias al joven profesor de Derecho Penal, David Rosales Artica, por su colaboración en el proceso de composición de esta edición, por su esfuerzo y dedicación.

San Isidro - Lima, verano de 2015

Prof. Dr. José URQUIZO OLAECHEA

Profesor Dr. Klaus Tiedemann

Lugar y fecha de nacimiento: Unna (Westfalia), 1 de abril de 1938.

Padres: Walter Tiedemann y Sofie Tiedemann (de soltera: Burghardt).

1. TÍTULOS ACADÉMICOS

1957 - 1961	Estudios de Derecho en las Universidades de Gotinga, Friburgo y Münster.
Octubre 1961 Abril 1962	Estudios de Derecho Penal Comparado en la Universidad de París y preparación para el examen del doctorado.
Noviembre 1962	Doctorado Dr. Juris en la Universidad de Münster; Premio por la mejor tesis jurídica.

2. DOCTORADOS HONORIS CAUSA Y OTROS HONORES

1974	Premio de Ciencias Penales de la ciudad de Breme.
Noviembre 1983	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad de San Martín de Porres de Lima.
1989	Concesión del premio "Mutis-Humboldt" por el Ministerio español de Educación y Ciencia.
Noviembre 1989	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad Fribourg (Suiza).
Octubre 1992	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad Autónoma de Madrid.
Noviembre 1995	Premio Max-Planck de Investigación.

Febrero 1996	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad Jaume I de Castellón.
Mayo 1999	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo.
Abril 2004	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad Estatal del Estado de Río de Janeiro.
Diciembre 2004	Concesión del Doctorado "Honoris Causa" por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.
Diciembre 2004	Concesión del Título "Profesor Honorario" por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima.

3. CARRERA DOCENTE

Enero 1963	Ayudante de cátedra en la Universidad de Tubinga (hasta 1968).
Julio 1968	Habilitación como catedrático en la Universidad de Tubinga (en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, ejecución de la pena y Derecho Penal Comparado) y contratación para la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Giessen.
1972/73	Llamamientos a las cátedras de Derecho Penal de las Universidades de Maguncia, Kiel, Gotinga y Friburgo.
Octubre 1973	Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y criminología en la Universidad de Friburgo y director del Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico.
Profesor invitado	en la Universidad de Coimbra/Portugal (1973); en las Universidades Yale Law School y Stanford University/USA (1976); en la Universidad de París (1978); en la Universidad de Buenos Aires (1979, 1985); en la Universidad Autónoma de Ciudad de México (1983); en las Universidades de Lima (1984); en las Universidades de Tokio, Kyoto y Sapporo (1987); en la Universidad Estatal de Taipei (1987); en la Universidad Autónoma de Barcelona (1989); en las Universidades de Salamanca y Castilla-La Mancha (1991/2003).

4. CARGOS DESEMPEÑADOS, ASESORÍA Y OTROS

Desde 1980	Asesor de la Fundación "Alexander von Humboldt" (Bonn-Bad Godesberg).
Setiembre 1982	Organización del coloquio internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "Derecho Penal socioeconómico - noción y principios básicos" (Friburgo/Alemania).
Setiembre 1984	Presidente del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal sobre "Derecho Penal socioeconómico" (El Cairo).
Abril 1992	Relator general del coloquio internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "Reforma del Derecho Procesal Penal y Protección de los Derechos Humanos" (Toledo).
Julio/agosto 1994	Relator general del XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado sobre "Responsabilidad penal de personas jurídicas y otras agrupaciones" (Atenas).
Setiembre 1994	Relator general del XV Congreso Internacional de Derecho Penal sobre "Reforma del Derecho Procesal Penal y protección de los derechos humanos" (Río de Janeiro).
	Elección como Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal por este Congreso.
Desde 1996	Asesor de la Comisión Europea (Bruselas).
Octubre 1997	Relator general del Congreso Internacional de Derecho Comparado sobre "Fundamentos de la Parte General en el Derecho Penal" (Graz/Austria).
Asesor	De la Oficina Federal de Investigación Criminal (Bundeskriminalamt); de las Naciones Unidas/ Sección Prevención del crimen y de justicia criminal (hasta 1990); del Consejo de Europa; de la Comisión Europea (Dirección General XX).

Presentación a la primera edición

Constituye para mí un gran honor el haber recibido el encargo de hacer la presentación del Libro Homenaje a mi maestro académico, el ilustre profesor alemán KLAUS TIEDEMANN.

Para toda Hispanoamérica, el profesor Tiedemann es uno de los penalistas germanos más conocidos y queridos.

Se le conoce tanto por su obra científica como por haber visitado nuestras tierras en repetidas oportunidades. Si se quiere resumir su extensa obra en idioma alemán, habría que destacar sobre todo su trabajo de habilitación para la cátedra "Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht" (Tubinga, 1969) y su manual de *Derecho Penal Económico* en dos tomos: Rechtstexten" (Colonia, 1ra. ed. 2004; 2da. ed. 2007), "Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes-und Verordnungstexten" (Colonia, 1ra. ed. 2006, 2da. ed. 2008).

El primer trabajo constituyó, en su época, un esfuerzo titánico y pionero hacia la construcción del Derecho Penal Económico, al haber incluido en el análisis de la dogmática penal al llamado "Derecho Penal complementario"; es decir las innumerables normas penales contenidas fuera del Código Penal. Con dicha obra el homenajeado marcó el derrotero que seguiría su trabajo en las décadas posteriores: una profunda revisión de la dogmática penal destinada a verificar la idoneidad de sus resultados en delitos distintos de los tradicionales delitos violentos. En esta labor, el profesor Tiedemann, según el caso, no solamente se conformó con asumir o rechazar construcciones dogmáticas, sino también propuso interpretaciones peculiares de la norma penal o incluso reformas penales. Entre las más recordadas contribuciones específicas destacan p. ej., en lo referente a parte general, su advertencia sobre una "fisión normativa" y "fraude de ley", su solución referida al "error" en el sentido de la "teoría del dolo", o su contribución de considerar el "defecto

de organización" como criterio de reproche (culpa propia) para los entes colectivos. En la parte especial, de manera consecuente con sus interpretaciones de la parte general, han propuesto crear o mejorar tipos penales económicos, entre muchos otros, en cuanto al "fraude de subvenciones", los "cárteles de licitación" o la "corrupción privada". La segunda obra mencionada (en dos tomos) constituye la culminación de su labor investigadora que ha puesto a disposición de los estudiantes y colegas de manera compacta, pero impresionantemente profunda e ilustrativa a través de los ejemplos jurisprudenciales que incluye.

En idioma español, debido al interés que despertaron sus trabajos, estos fueron traducidos ya desde los años ochenta del pasado siglo. En gran parte se trata de recopilaciones de artículos o conferencias bajo un título apropiado. Así aparecieron "Poder económico y delito" (ed. Ariel, Barcelona, 1985), "Lecciones de Derecho Penal Económico" (ed. PPU, Barcelona, 1993), "Temas de Derecho Penal Económico y ambiental" (ed. Idemsa, Lima, 1999), "Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad" (1ra. ed., 2000; 2da. ed. Ed. Grijley, Lima, 2007). En otras oportunidades se han traducido y publicado obras de la misma manera como se hizo originalmente en Alemania, tales como "Constitución y Derecho Penal" (ed. Palestra, Lima, 2003) y su monumental manual de "Derecho Penal Económico". Esta última obra ha sido traducida por sus discípulos y publicada, por separado para el público latinoamericano(*), y en un solo tomo para el público europeo(**).

Gran parte de su carrera académica la ha dedicado también, sobre todo desde los años 90 del siglo XX, a contribuir en la elaboración de un Derecho penal y una dogmática penal supranacionales. Y ello no solamente desde la cátedra y sus trabajos académicos o como asesor de la Comisión Europea (desde 1996), sino también a través de proyectos privados. Fruto de todo esto han sido, primero, la elaboración por encargo del Parlamento Europeo en 1997, de un "Corpus Juris" de normas penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea que se publicó, en su versión definitiva, en el año 2000; así como, la presentación y publicación en el 2002 del proyecto de investigación realizado privadamente con otros catedráticos, y que constituyó una propuesta de Derecho penal económico para la Unión Europea ("eurodelitos")(***). Por cierto que la curiosidad y dedicación científica del ilustre homenajeado no se ha limitado al Derecho Penal material, ni

(*) "Derecho Penal Económico. Introducción y parte general". Ed. Grijley, Lima, 2009; la parte especial será próximamente publicada por la misma editorial.

(**) "Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

(***) En español se ha publicado una versión resumida titulada "Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea" (Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003). La versión completa fue publicada bajo el título Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union (ed. Carl Heymanns, Münich, 2002).

siquiera con sus implicancias supranacionales. También ha incursionado en otras disciplinas jurídicas como el Derecho Procesal Penal, el Derecho Comparado, el Derecho contravencional (Derecho administrativo sancionador) y el Derecho constitucional. El otro destacado aspecto del profesor Tiedemann, que explica el gran aprecio que se le tiene en nuestros países y que esperamos demostrar siquiera mínimamente con el presente Libro-Homenaje, es el de las relaciones humanas. A través del "Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico" que el dirigió entre 1973 y 2003, ha acogido a innumerables estudiantes, investigadores y profesores de todo el mundo. Los estudiantes y profesores que tuvimos la suerte (a veces en varias ocasiones) de tener estancias de investigación allí, no olvidaremos la hospitalidad del profesor Tiedemann y sus colaboradores. Para los visitantes latinoamericanos, tales estancias ofrecieron también la oportunidad de conocer y departir con conocidos profesores españoles o latinoamericanos, o con discípulos suyos que actualmente son destacados penalistas. Este especial aprecio de que goza el homenajeado se ha hecho patente recientemente con motivo de la ceremonia de presentación de libro y homenaje a Tiedemann realizada en Madrid el 28 de noviembre de 2010, donde participaron conocidos penalistas y procesalistas españoles de la talla de Gonzalo Rodríguez Mourullo, José Cerezo Mir, Hernán Hormazábal Malarée, Adela Asúa Batarrita, José Luis de la Cuesta, Juan Luis Gómez Colomer y el magnífico Luis Arroyo Zapatero, entre muchos otros.

Por todas estas razones académicas y personales, el profesor Tiedemann ha recibido muchos reconocimientos honoríficos. Su primer doctorado honoris causa se lo otorgó la Universidad de San Martín de Porres de Lima en 1983. Posteriormente, y solamente para referirme a países latinoamericanos y España, recibió los doctorados honoris causa de la Universidad Autónoma de Madrid (1992), la Universidad Jaume I de Castellón (España) en 1996, la Universidad Estatal del Estado de Río de Janeiro (2004) y la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo (Perú) en 2005. Además, con motivo de su visita a Perú el año 2004, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, lo nombró "profesor honorario".

Cabe resaltar que la idea de la publicación de este libro surgió de José Urquizo Olaechea, coordinador del mismo, cuando en el año 2007 los discípulos alemanes del homenajeado, hicieron un llamado a todos sus discípulos dispersos en distintos países para, siguiendo la tradición jurídica alemana, publicar un Libro-Homenaje con motivo del cumplimiento de sus 70 años de edad el 1 de abril de 2008(****). Pero mientras que el proyecto alemán siguió

(****) El libro fue publicado en Münich por la editorial Carl Heymanns a principios de 2008 bajo el título: "Strafrecht und Wissenschaft. Festschrift für Klaus Tiedemann" (Derecho Penal y ciencia. Libro-Homenaje a Klaus Tiedemann).

adelante y culminó con la ceremonia de entrega del libro y cena consiguiente realizada en Friburgo (Alemania) el 12 de abril del mismo año, el proyecto peruano quedó lamentablemente paralizado durante dos años.

No obstante, hemos conseguido reunir una numerosa cantidad de artículos, la mayoría de ellos inéditos, otros publicados anteriormente en Alemania pero traducidos para esta oportunidad. En este último sentido, merece un agradecimiento especial la editorial alemana Carl Heymanns que, a través de Bärbel Smakman, nos ha permitido incluir en este libro, algunos de los artículos publicados anteriormente en el arriba mencionado Libro Homenaje alemán. Y por último, merece una especial mención el joven jurista peruano Nelson Salazar Sánchez, sin cuya esforzada labor no hubiera sido posible la terminación de este proyecto que, por diversas razones, ha tardado más de lo debido.

Bad Krozingen, enero de 2011

Dr. Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ

Introducción

En la presente obra colectiva titulada *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y política criminal* escriben distinguidos juristas de diversas latitudes del mundo. En esta ocasión, convergen en este Libro Homenaje estudiosos de Alemania, Argentina, Chile, Colombia, España, Holanda, Inglaterra, Italia, Perú y Suiza. Todos ellos se han nutrido del pensamiento de Klaus Tiedemann, sea porque han trabajado directamente con él –v. gr., discípulos–, sea porque –aunque sin conocerlo personalmente– han tenido la posibilidad de acceder a la lectura de sus libros.

Como expresión de lo expuesto, el lector podrá verificar que en todos los trabajos aquí publicados, directa o indirectamente, se manifiesta la influencia del pensamiento de Klaus Tiedemann. En algunos artículos, tal influencia se expresa mediante la adopción de sus postulados; en otros trabajos, se evidencia la formulación de comentarios críticos; etc. Ello, a nuestro juicio, solo demuestra dos cosas: por un lado, la enorme influencia del pensamiento de Tiedemann en Alemania y a nivel internacional; y, por otro, el extraordinario aporte que ha realizado el homenajeado a la ciencia del Derecho Penal, en especial al Derecho Penal Económico.

Como nos sugiere el título de la presente obra, el contenido de la misma está compuesto por diversas investigaciones que versan sobre temas dogmáticos y político-criminales de Derecho Penal Económico. La obra comprende dos volumenes: en el Volumen I están ubicados los trabajos referidos a cuestiones dogmáticas de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho

Penal Económico. Por su parte, el Volumen II subsume a los temas de Política Criminal y Derecho Procesal Penal; la mayoría de ellos vinculados al Derecho Penal Económico.

Lima, marzo de 2015

José URQUIZO OLAECHEA
Manuel ABANTO VÁSQUEZ
Nelson SALAZAR SÁNCHEZ

PRIMERA PARTE

Derecho Penal Económico
(Parte general)

Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares

Dr. Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ
(Perú)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Planteamiento del problema. **1.** Fundamentos del *societas delinquere non potest*. **2.** Soluciones parciales y de transición a los vacíos de punibilidad. **3.** Características de las empresas y vacíos de punibilidad. **III.** Modelos existentes. **1.** Irresponsabilidad penal directa o indirecta. **2.** Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesorias. **3.** Responsabilidad penal de los entes colectivos. **3.1.** El modelo de la "imputación" al ente colectivo de conductas individuales. **3.2.** Responsabilidad penal propia ("responsabilidad originaria"). **IV.** Los "delitos" específicos de los entes colectivos. **V.** El problema de los destinatarios de la norma. **VI.** El problema específico de la responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales. **VII.** El problema específico de las sanciones y el procedimiento. **VIII.** Derecho comparado. **1** Experiencias vigentes. **2.** Proyectos de reforma. **3.** Derecho Comunitario. **IX.** Las soluciones extrapenales. **1.** El Derecho Administrativo sancionador. **2.** El Derecho contravencional alemán. **X.** Revisión crítica. **1.** Insuficiencia de la solución penal. **2.** Insuficiencia del Derecho contravencional o del Derecho Administrativo sancionador como soluciones. **3.** Una solución distinta: un nuevo Derecho (cuasi penal) sancionador de empresas. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo ha resurgido el interés por un tema que había quedado prácticamente archivado hasta mediados de los años 90 del siglo XX: la responsabilidad penal de los entes colectivos(1). Hasta entonces, este

(1) En la discusión dogmática penal y en el análisis del Derecho contravencional se utiliza el término **persona jurídica** (*Juristische Person*), **agrupaciones** (*Verbände*) o, de manera incluso más restrictiva para referirse a delitos económicos, a **empresas** (*Unternehmen*). En ambos casos se reconoce que el término "persona jurídica" sería equivalente al utilizado en el Derecho Civil y Comercial. En todo caso, en la doctrina se discute aún sobre el término más adecuado; al respecto ver Heine (quien siguiendo en esto la jurisprudencia comunitaria prefiere el término "empresa" en un sentido económico), c. más refs.,

problema era considerado como una exquisitez teórica que podía ser fácilmente refutado con aquella tajante afirmación ya tradional de nuestros sistemas jurídicos penales: *societas delinquere non potest*. De lege lata la situación era clara en los países de tradición penal europeo-continental pues sus sistemas penales estaban claramente basados en una responsabilidad penal individual (ver abajo en 2). Además se consideraba suficiente con la ya existente responsabilidad administrativa o contravencional de empresas o personas jurídicas (ver abajo en IX). A lo sumo se discutía una reforma de la ley penal vigente para incluir figuras de responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas como las "consecuencias accesorias" (ver en el cap. III punto 2).

Pero la situación comenzó a cambiar a medida que ha ido ganando reconocimiento legislativo en algunos países la responsabilidad penal de los entes colectivos, siguiendo distintos modelos, a la vez que diferentes instrumentos de Derecho internacional público han ido incrementado la presión a los legisladores nacionales con la recomendación expresa de introducir la figura para luchar mejor contra una serie de fenómenos delictivos modernos (ver el análisis de Derecho comparado en VIII)[(2)]. En aquellos países que todavía no han adoptado la figura, en la discusión dogmático-penal están ganando terreno paulatinamente los defensores de la responsabilidad penal de los entes colectivos, para lo cual sugieren modelos que van desde una responsabilidad tenue, accesoria (medidas accesorias) hasta una plena (responsabilidad auténticamente penal). Aquí surgen otras cuestiones como la de saber si tal responsabilidad debería estar vinculada a la de personas individuales (modelo de la imputación; ver en 3.1) o debe basarse en una imputación directa al ente colectivo (modelo de la responsabilidad autónoma; ver en 3.2), y si las normas pertinentes deberían preverse dentro de la ley penal o fuera de ella y bajo otra denominación (al respecto ver abajo en X). No debe dejarse de lado también la regulación de la responsabilidad de la matriz cuando se tratare de consorcios empresariales (ver en VI) así como la problemática referida a las sanciones y al procedimiento para los entes colectivos (ver en VII) y algunos otros problemas más, de los cuales por razones de espacio solamente se han escogido algunos para ser revisados brevemente: los delitos materia

p. 56 y ss. Por eso, aquí se prefiere emplear en adelante sobre todo el término "ente colectivo" para englobar a personas jurídicas y otras agrupaciones de personas que actuaren como un colectivo aunque no hayan sido reconocidas aún expresamente por la ley, aunque en muchos contextos (cuando se trate de delitos económicos) también se utilizarán indistintamente los términos "empresa" o, si la ley analizada se refieriese a estas, las "personas jurídicas".

(2) Esta tendencia es observada por los distintos autores, entre otros, p. ej. TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 232 y ss., n. marg. 242; CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., n. marg. 121 y ss., p. 522 y ss.; ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, n. marg. 61, p. 263; GROPP, n. marg. 20, p. 112 y ss.

de la responsabilidad penal analizada (ver IV) y los destinatarios de la regulación penal propugnada (ver V).

A continuación se verá con más destalle estos desarrollos para tratar resumir el estado actual de la discusión y llegar a conclusiones que podrían resultar de interés para el futuro legislativo de aquellos países (como el Perú) que aún no han previsto una regulación sancionadora (no solamente penal) de los entes colectivos. Se prosigue así, mediante esta actualización del estado de la discusión y reflexiones preliminares, el estudio de un tema al cual el ilustre homenajeado, Klaus Tiedemann, ha dedicado especial atención desde el inicio de su carrera académica. Él ha sido incluso el primero, en la doctrina alemana, en introducir la idea (ahora muy actual) de una responsabilidad propia del ente colectivo basada en una culpa organizativa (*Organisationsverschulden*)[3].

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Durante mucho tiempo la **Criminología** se concentró en analizar al "delincuente" para explicar la etiología del delito. Para ello buscó la explicación en ciertas características individuales propias de personas de las llamadas clases sociales bajas, que era la que tradicionalmente cometía los llamados delitos violentos. Con el cambio de interés ya no hacia la persona sino hacia el acto, la atención se volcó hacia aquellos delitos que más "daño social" causaban. Es así que las investigaciones criminológicas de las últimas décadas del siglo XX, impulsadas decisivamente por el norteamericano Donal Sutherland, han dedicado especial interés a los "delitos económicos". Con ello hace su aparición el **Derecho Penal Económico**, subdisciplina del Derecho Penal, dentro del cual se analiza un grupo de delitos estrechamente vinculado con el funcionamiento del sistema económico. Debido a la inevitable interrelación entre el Derecho Penal y el extrapenal (los distintos Derechos relacionados con temas económicos), resultó inevitable también que se comenzara a analizar a la "empresa", o sea al "ente colectivo". Por ello, la criminología que analiza el delito económico no puede prescindir de las empresas (personas jurídicas), las cuales tienen una actuación decisiva en la vida económica, más importante aún que la de las personas individuales. Y es así que en el campo del Derecho Penal Económico se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de delitos[4].

(3) Cfr. SIEBER. "Compliance-Programme...", p. 466; allí también las refs. sobre la obra de Tiedemann. Consúltese también la segunda edición del manual de TIEDEMANN. "Derecho penal económico. Parte General", p. 232 y ss., n. marg. 242 y ss.

(4) Cfr. TIEDEMANN. "Nuevas tendencias...", p. 92.

Dentro de un contexto más amplio aún, se ha observado que, la consecuencia lógica del liberalismo exacerbado de los últimos años ha sido la traslación de responsabilidades (y consecuencias jurídico-penales) a las empresas. De allí que, al mismo tiempo que, por influencia norteamericana se predica el "buen gobierno corporativo" y se alaban las bondades de un "código de buena conducta" empresarial, también se propone la sanción penal a las personas jurídicas. Esto formaría parte de un "nuevo pacto" tácito entre Estado y poder corporativo, mediante el cual el primero ofrece los beneficios de la responsabilidad limitada una creciente libertad económica a cambio de que las empresas se comprometan al cumplimiento de determinados fines públicos (autorregulándose para controlar riesgos)(5).

Ahora bien, mientras la discusión continuaba y continúa hasta ahora en el campo teórico, los problemas prácticos derivados de la intervención de entes colectivos en la comisión de delitos exigían una solución inmediata. La jurisprudencia ha tratado de superar algunos problemas mediante la interpretación (polémica) de las leyes existentes(6). Resultaba una evidente injusticia que, gracias a la interpretación tradicional de los conceptos penales de la teoría del delito, creados sobre la base de la acción y responsabilidad individual, se tuvieran tantos vacíos de punibilidad sobre todo cuando, en el marco de delitos económicos y de la actuación de personas jurídicas, se intentaba responsabilizar también, infructuosamente, al "superior jerárquico". Muchas veces el legislador, a posteriori, ha consagrado estas soluciones jurisprudenciales mediante normas penales específicas, tal como ha ocurrido con la regla del "actuar por otro", pero otras veces, la interpretación ha seguido siendo polémica y no ha habido ninguna aclaración legislativa al respecto, tal como ocurre aún con la "autoría mediata a través de aparatos organizados de poder" (ver más adelante en 3).

1. Fundamentos del *societas delinquere non potest*

La dogmática penal reconoce unánimemente que, si la legislación penal no la previere expresamente, no será posible de *lege lata* una responsabilidad

(5) Cfr. NIETO MARTÍN en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, p. 133. Tratando de llegar al fondo del asunto, Nieto Martín ha planteado que la creciente introducción de una "responsabilidad penal de personas jurídicas" formaría parte de una "americanización del Derecho Penal": los EE. UU., país que desde los inicios de su vida política conoce la responsabilidad penal de entes colectivos tendría en los últimos años un interés económico y político especial en exportar su sistema sancionador de empresas a todo el mundo; ver ibídem, p. 131 y ss.

(6) Ampliamente al respecto, y con especial referencia a la criminalidad de empresas, SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 621 y ss.

penal estricta de las personas jurídicas[7]. Las razones tradicionalmente argumentadas son[8]:

a) Inexistencia como "persona" del ente colectivo. Por ello no podría ser sujeto de imputación penal.

b) Falta de "capacidad de acción". Debido a que la acción típica solamente puede ser realizada por individuos, el ente colectivo de lege lata no tendría capacidad de acción. En efecto, el sistema penal europeo-continental está construibido bajo el presupuesto de que los tipos sean cometidos a través de "conductas humanas" vinculadas a determinada subjetividad de ellas mismas (dolo o imprudencia).

c) Incapacidad de culpabilidad. El tradicional "juicio de reproche" sobre el que descansa la culpabilidad (por exigibilidad de una conducta conforme a derecho) sería incompatible con la naturaleza de los entes colectivos.

d) Imposibilidad de ser sujeto de una "pena" (en especial: la privación de libertad). El catálogo de penas previstas para los individuos sería imposible de cumplir en las personas jurídicas: privación de libertad, interdicciones de todo tipo. Y los fines de la pena (prevención especial) no tendrían sentido en ellas, pues la resocialización está pensada para individuos. A estas críticas se aúna también la que observa que una "pena" a una persona jurídica (p. ej.

(7) Cfr. la exposición de esta discusión en SCHÜNEMANN, LK StGB, vor § 25, n. marg. 20 y ss., p. 1835 y ss.; EIDAM, n. marg. 902, 904, p. 263 y ss.; CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25, n. marg. 119; DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 107 y ss.; TIEDEMANN, "Responsabilidad penal...", p. 36 y ss., también en "Nuevas tendencias...", p. 101 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs., "Derecho penal económico", p. 155 y ss.

(8) Ver un resumen de las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de la empresa puede verse en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 156 y ss.; también en TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 10 del manuscrito (punto III). Estos argumentos son conocidos y citados por todos los que tratan el tema. Es más, aunque en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Federal Alemán (BGH St, tomo 5, p. 28 y ss., 31) admitió una responsabilidad penal de personas jurídicas, aclaró que solamente lo hacía en vinculación con la vigencia del Derecho de la ocupación (norteamericano) y enfatizó que ella era incompatible con el pensamiento jurídico alemán pues contradiría los conceptos ético-sociales de culpabilidad y de pena; ver al respecto y sobre la tendencia posterior de la doctrina de los años 50, que ha rechazado una y otra vez tal responsabilidad penal, SCHOLZ, c. más refs. p. 436, columna izquierda. Últimamente, aunque se reconozca a veces que es posible construir una "acción de la empresas" en el sentido penal, se sigue dudando de su "culpabilidad" con distintas argumentaciones; ver VON FREIER (destacando también la punición de terceros inocentes a través de la pena a la persona jurídica), p. 102 y ss., 114 y ss.; JAKOBS, la imputación de la "acción" a la persona natural "representante" tendría que excluir la de la persona jurídica representada, "Strafbarkeit...", p. 562 y ss., 575; MIR PUIG. "Una tercera vía...", p. 365 y ss. (argumentando que ello atentaría con una serie de principios penales en los que se basa la "culpabilidad": proporcionalidad, personalidad de la pena, etc.).

la clausura o cierre temporal de la empresa) afectaría a "terceros" inocentes: p. ej. los accionistas, los acreedores, los trabajadores.

c) Incapacidad procesal. Muchos actos procesales (p. ej. declaraciones, prisión preventiva) no podrían cumplirse con la persona jurídica.

d) Necesidad político-criminal. Debido a la existencia de medidas civiles y administrativas que sí pueden dirigirse contra las personas jurídicas, no habría necesidad de recurrir al Derecho Penal.

En consecuencia, en estas legislaciones, que todavía deben ser la mayoría, cuando se cometiere un hecho delictivo (p. ej. un delito ecológico, un fraude de inversiones de capital, un fraude tributario, una práctica restrictiva de la competencia, una práctica de competencia desleal, etc.), en interés de un ente colectivo o motivado por este a través de una cultura corporativa criminal, pese a que se pudieren causar graves perjuicios a intereses sociales importantes, en lo esencial solamente será punible el o los individuos que hubieren ejecutado los hechos, siempre que puedan ser identificados y se dieren los demás elementos del tipo (algo difícil en la práctica por problemas de irresponsabilidad organizada).

2. Soluciones parciales y de transición a los vacíos de punibilidad

Ante clamorosos vacíos de punibilidad y hasta que llegara la verdadera responsabilidad penal (o cuasipenal) mediante una reforma legal, los aparatos de administración de justicia tenían que dar solución a los problemas que se les planteaban cotidianamente en el quehacer judicial. Un problema práctico muy importante surgió en aquellos casos de **delitos especiales** en los cuales el tipo penal exige determinados elementos personales para la autoría, y estos elementos recaen en un tercero (persona natural o jurídica) que no ha sido precisamente quien ha ejecutado personalmente el hecho delictivo. Debido a que la doctrina y jurisprudencia siguen la teoría del "dominio del hecho" para afirmar la autoría, y en los "delitos especiales" tal dominio solamente podría tenerlo una persona determinada con la cualidad exigida por el tipo (el intráneus), pero en la práctica tal cualidad podría recaer en otro, en un ejecutor del delito que no reunía la cualidad (el extráneus), surgía aquí un problema de imputación de la autoría. Es por ello que en 1968 se introdujo la **cláusula del actuar por otro** (antes art. 50a, actualmente art. 14 StGB)[9], que ha sido tomada por modelo (con distinta redacción) en algunas legislaciones penales del mundo[10]. Mediante esta regla se pretende extender la

(9) Sobre los antecedentes históricos de esta disposición ver, c. más refs. SCHÜNEMANN, en LK StGB, § 14, p. 878 y ss. (Entstehungsgeschichte) y, con un análisis de la discusión de trasfondo que motivó la introducción de la disposición, n. marg. 1 a 3, p. 881 y ss.

(10) En Europa, sobre todo por España (art. 31) y Portugal (art. 12); al respecto y sobre otros países europeos (que no conocen la cláusula) ver los comentarios de SCHÜNEMANN en LK StGB, § 14, n. marg. 80 y ss.,

punibilidad para abarcar, dentro del tipo y como autor, a aquellos que realizaren los elementos del tipo cuando estos elementos (por tratarse de delitos especiales) recayeren en una persona distinta de la que lo hubiera ejecutado. Es lo que en la doctrina alemana se denomina "desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo" o "responsabilidad del representante", y su función consiste en ampliar la posibilidad de sancionar como autor a aquellos que realizaren los elementos de un tipo penal determinado aunque no reunieren los elementos personales que aquel exigiere quien, según la ley, es el destinatario de la norma(11).

En la doctrina no hay discusión en interpretar que la finalidad principal de la disposición ha sido la de tratar de evitar vacíos de punibilidad cuando se tratare de **delitos especiales** y el delito fuere ejecutado por personas (individuales) que tuvieren una relación de representación (legal, empresarial) con la representada (persona natural, persona jurídica, agrupación con capacidad jurídica)(12). Pero sí hay discusiones en cuanto a la intrepretación y aplicación de los elementos de la norma. Entonces, cuando los elementos típicos (cualidades personales, situaciones o circunstancias especiales) de un delito especial recayeren en una persona distinta de aquella que ejecutara el delito, el art. 14 permite abarcar también como autor del ejecutor-representante ("responsabilidad por representación"), pero solamente en los siguientes casos: cuando la representada fuera una "persona jurídica" y el actor fuera un "órgano facultado para representarla" o de un "miembro de dicho órgano" (primer párrafo, número 1), cuando la representada fuere una "sociedad de personas con capacidad jurídica" y el actor un "socio facultado para representarla" (primer párrafo, número 2), y cuando se tratare del "representante legal" de otro (primer párrafo, número 3).

Ahora bien, la cláusula del actuar por otro no esta destinada a solucionar expresamente el problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. En cuanto a estas, solamente llena un vacío posible cuando el hecho punible fuere realizado por un "representante" y la cualidad típica recayere en la persona jurídica (deudor tributario, empleador, etc.). Pero hay más problemas. Como los elementos de la cláusula del "actuar por otro" son

p. 934 y ss. Pero la influencia también se muestra en otros países no europeos como Perú (art. 27 Código Penal de 1991) o Colombia (art. 29, párrafo tercero del Código Penal de 2000). Últimamente también se prevé una cláusula equivalente ("representación") en el art. 27 del Anteproyecto de Parte general del CP boliviano; ver en www.cienciaspenales.net de julio de 2009.

(11) Cfr., entre otros, SCHÜNEMANN, para quien se trata aquí de la tipificación de un caso de "posición de garantía"), en LK StGB, § 14, n. marg. 1, 881, n. marg. 20 y ss., p. 895 y ss.; LENCKNER/PERRON en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 14, n. marg. 1 y ss., 8 y ss., p. 241 y ss., 244 y ss.; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", n. marg. 241a, p. 231.

(12) Cfr. TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", n. marg. 241b, p. 231 y ss.; SCHÜNEMANN, en LK StGB, § 14, n. marg. 3 y ss.

interpretados según el Derecho Civil (en el cual sí es posible la analogía); se producen una serie de **vacíos de punibilidad** cuando se trata de penar al representante y a los titulares de la empresa[13]: la responsabilidad del representante se restringe al ámbito empresarial, se exige una orden expresa, se exige que el sustituto tenga un ámbito de responsabilidad propio, y se descartan las acciones de "exceso" (la ley dice expresamente "actuar como órgano", "con motivo de un mandato"). Además, como ocurre en muchas empresas, las llamadas **decisiones colegiadas**, tomadas usualmente por mayoría simple, plantean muchos problemas de imputación de la responsabilidad penal individual de cada miembro del colegiado. Las decisiones colegiadas en el marco de una empresa (p. ej. el Directorio de una sociedad anónima) pueden llevar a una "acción" u "omisión" de la empresa con consecuencias lesivas para bienes jurídicos (p. ej. ordenar la ejecución de obras que contaminen el ambiente, omitir la retirada del mercado de un producto nocivo), pero penalmente la imputación solamente podrá hacerse de manera individual a cada uno de los miembros del órgano[14]. Aquí se discute vivamente sobre todo en cuanto a la responsabilidad penal culposa de aquellos que votaron en contra o se abstuvieron de votar (p. ej. por inasistencia), pero que no emprendieron nada para impedir la ejecución de la decisión colegiada[15].

En otros casos, podría ocurrir que un mandato o una omisión de un director o un superior jerárquico de un ente colectivo, pudiera llevar a que un subordinado cometiera un hecho con consecuencias penales, ante lo cual la ley parece prever solamente la responsabilidad, como autor, de este último ("dominio del hecho"). Los hechos son especialmente graves cuando se trata de delitos contra la vida y son cometidos en el marco de organizaciones gubernamentales ilegítimas, organizaciones criminales y estructuras mafiosas. Especialmente para estos casos la doctrina creó una figura que últimamente ha sido aplicada (extensivamente) por los tribunales alemanes a los delitos económicos. Así, en algunos casos recientes se ha aplicado la teoría de la **autoría mediata a través de aparatos organizados de poder** para sancionar penalmente como "autor mediato" a los directivos de una empresa que

(13) Cfr. SCHÜNEMANN en LK StGB, § 14, n. marg. 83 y ss., p. 939.

(14) A pesar de todo, parte de la doctrina ve desde la sentencia en el caso "Lederspray" (BGHSt, tomo 37, p. 106 y ss., 114) un reconocimiento jurisprudencial de la "capacidad de acción" de la persona jurídica (empresa), aunque esta sea empleada luego para imputar responsabilidad penal a personas individuales; al respecto, TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", n. marg. 243, p. 233 y ss.; con refs. y un análisis crítico de lege lata, ver SCHÜNEMANN en FG-BGH, p. 623 y ss.

(15) Hay dos posiciones actualmente definidas; unos consideran la punibilidad de estos sujetos por "coautoría culposa", otros deniegan esta posibilidad de lege lata por falta de plan común (que parece exigir el art. 25, segundo párrafo StGB) y señalan que de todos modos entraría a tallar una "autoría accesoria"; sobre estas posiciones ver resumidamente en FISCHER, quien toma partido por la segunda posición, c. más refs., n. marg. 26, p. 246; también, centrando la discusión en problemas de causalidad, c. más refs., SCHÜNEMANN en FG-BGH, p. 633 y ss.

hubieran dado instrucciones a sus subordinados (incluso si se tratare de instrucciones de carácter general) para realizar hechos que constituyeren delitos. Como es sabido, esta teoría fue propuesta por Claus Roxin a fin de abarcar, como autor mediato, a quienes hubieran dado órdenes a subordinados (el caso inicial fue el de los crímenes de guerra nazis) para realizar delitos. Para reconocer aquí una teoría mediata, se exigía y exige aún que la existencia de un "aparato de poder" que actúe de manera "desapegada del Derecho" a través de subordinados, los cuales serían piezas intercambiables; por eso, esta teoría, que amplía normativamente la autoría mediata, se restringe a casos de dictaduras estatales, grupos terroristas y mafias(16). Por eso se ha criticado aquella jurisprudencia alemana que ha extendido la autoría mediata a delitos cometidos en el marco de empresas(17); para estos casos se suele proponer más bien la solución a través de la "coautoría" o la "inducción"(18). De todos modos, tampoco puede hablarse aquí de una verdadera responsabilidad penal de los entes colectivos; la imputación penal sigue refiriéndose a personas naturales, aunque se tome para ello, como referencia, el funcionamiento de las organizaciones empresariales (dominio de la organización).

Finalmente, por lo menos con finalidad de evitar injusticias y tras agotar todo el instrumental técnico que ofrece la dogmática penal tradicional basada en la responsabilidad individual, se ha propuesto (y en parte ha sido admitido por la jurisprudencia) construir una **responsabilidad penal por omisión del empresario**(19). La "posición de garantía" del empresario (los directivos y gerentes) suele ser admitida sin problemas en tanto las personas encargadas de la producción y distribución de productos industriales sean conscientes de los riesgos que su actividad genera para los bienes jurídicos involucrados (p. ej. la salud, el medio ambiente) y, en el marco de la organización jerárquica de la empresa, tengan el dominio sobre las personas subordinadas que realizaren las actividades ejecutivas. Pero en la práctica es difícil de constatar la efectiva violación de un deber de actuar (la omisión),

(16) Cfr. ROXIN, exponiendo y criticando las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, "Strafrecht AT", tomo 2, n. marg. 105 y ss., p. 46 y ss.; también sobre la aplicación de esta teoría a las empresas ve ampliamente, c. más refs., SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 628 y ss.

(17) Al respecto, c. refs. sobre la discusión doctrinaria, TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", n. marg. 241, p. 229 y ss.; también SCHÜNEMANN en LK StGB, § 25, n. marg. 130 y ss.; FISCHER, c. jurisp., n. marg. 7 y ss., p. 235 y ss.; HEINE, c. más refs., "Modelos de responsabilidad...", p. 28 y ss. Se critica sobre todo que, en el caso de los delitos cometidos a través de empresas comerciales faltarían dos requisitos básicos del "dominio del aparato de poder": la fungibilidad del instrumento y el apartamiento del Derecho; el superior jerárquico solamente podría ser "inductor"; ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 2, n. marg. 129 y ss., p. 55 y ss.

(18) Ver las referencias doctrinarias que proponen soluciones distintas a la actual jurisprudencia en FISCHER, n. marg. 8, p. 236 y ss.

(19) Al respecto puede consultarse la reciente monografía, con más refs. y jurisp. de DEMETRIO CRESPO, "Responsabilidad penal por omisión del empresario"; allí esp. p. 159 y ss.

pues deberá probarse que el empresario no había adoptado las medidas necesarias e idóneas (medidas de seguridad complementarias y medidas de salvamento) para evitar el resultado lesivo. Además, la concreción práctica de los deberes empresariales es muy complicada, incluso si se quisiera establecer un núcleo basándose sobre todo en la legislación mercantil, motivo por el cual la doctrina penal ha tratado de dar pautas definidoras de esta posición de garantía empresarial(20). Por último, se debe reconocer que no sería posible la imputación penal al empresario allí donde el deber quede excluido por haber existido una "delegación" del deber; algo que es posible en las grandes empresas, sea que se realice de manera consciente (irresponsabilidad organizada) o inconsciente.

Una última posibilidad de solución "tradicional" está en tratar de subsumir la criminalidad empresarial en aquellos tipos penales referidos a la **criminalidad organizada**. El tipo básico correspondiente recibe distintas denominaciones. Así en Alemania se tiene el tipo penal de **formación de agrupaciones criminales** (art. 129 StGB) y los tipos específicos referidos a la **formación de agrupaciones terroristas** dentro del país (art. 129a StGB) y en el extranjero (art. 129b StGB). Los dos últimos casos constituyen tipos agravados del primero. En todos los casos se trata de "agrupaciones" (reunión permanente de un mínimo 3 personas, según la interpretación jurisprudencial basada en los criterios del Derecho Comunitario) creadas **con el objetivo** de cometer **delitos** (que deben tener una cierta gravedad en el sentido de un "considerable peligro para la seguridad pública")(21). Estos requisitos son similares en otras legislaciones y doctrinas, pero se discute su amplitud con la finalidad de dar una mayor aplicación al tipo, incurriendo sin embargo en problemas de constitucionalidad.

Así en el Perú, donde rige un tipo penal de "asociación para delinquir" en el art. 317 del CP (modificado últimamente por el D. Leg. 982 del 22/07/2007), recién en los últimos años se ha empleado el tipo penal para abarcar actos cometidos sobre todo por agrupaciones terroristas, organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y, por razones de coyuntura, delitos contra la administración pública(22).

Ahora bien, la doctrina alemana discute si también podrían incluirse dentro del concepto de "agrupaciones criminales" (asociaciones ilícitas) a las "empresas económicas" con fines de aplicar el tipo penal correspondiente

(20) Cfr. c. más refs. DEMETRIO CRESPO, p. 160 y ss.
(21) Al respecto ampliamente, c. más refs., LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 129, p. 1276 y ss., esp. n marg. 4, 6 y 7.
(22) Al respecto me remito al trabajo "Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes" presentado al Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, E.3.

cuando, pese a haber sido constituidas de manera lícita, tuvieran en el fondo una finalidad delictiva (p. ej. la formación de un "carrusel" con el fin de defraudar subvenciones, lavar dinero, formar "cajas negras" a favor de partidos políticos, etc.). Para algunos ello es posible, pero para otros no debido a la excepción legal del párrafo 2, número 2 del CP alemán (cuando la finalidad delictiva constituyera una de segundo orden)(23). Si no se tuviera este asidero legal, de todos modos puede buscarse algún criterio de distinción entre "criminalidad organizada" y "criminalidad económica empresarial", tal como la "finalidad lucrativa ilícita" o el "uso de la violencia"(24).

Sea como fuere, de todos modos en estos casos no responde el ente colectivo por sí mismo; la imputación penal de la conducta típica y la sanción penal siguen siendo individuales. Se pena a todos los sujetos que pertenecieran, apoyaran, etc. una organización criminal; es decir, todos ellos son considerados como autores, algo que, por sus resultados, equivale a una "autoría unitaria"(25).

3. Características de las empresas y vacíos de punibilidad

La doctrina y la jurisprudencia siguen criticando los **vacíos de punibilidad** derivados de la actuación de las empresas en la comisión de muchos delitos(26). Una de las críticas más frecuentes saca a relucir un fenómeno típico de las empresas modernas: el fracaso del Derecho Penal cuando, pese a conocerse la comisión de hechos delictivos a través de empresas, la persecución penal no pueda responsabilizar a nadie en concreto. Es así que, por un lado, los miembros de las empresas pueden escapar a la persecución penal escudados, de distinta manera, por la organización empresarial (irresponsabilidad individual organizada), pero también podría existir ya al interior de la empresa (especialmente cuando se trata de una de gran magnitud) toda una compleja estructura que difumine los ámbitos de responsabilidad (irresponsabilidad estructural organizada)(27).

(23) LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN está a favor; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 129, p. 1280, n. marg 7, al final. Allí también ver la doctrina contraria. De manera expresa han sido excluidos (art. 129, párrafo 2, números 1 a 3) los partidos políticos que el Tribunal Constitucional no hubiera declarado previamente como inconstitucionales, las agrupaciones en las cuales la comisión de delitos constituya un objetivo o actividad de menor orden, y las agrupaciones destinadas a cometer los llamados "delitos de organización" (arts. 84 a 87 StGB: poner en peligro el Estado democrático de derecho).

(24) Cfr. c. más referencias ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 483 y ss.

(25) Cfr. SCHÜNEMANN en LK StGB, vor § 25, n. marg. 15, p. 1828.

(26) Cfr. PIETH, p. 10.

(27) Sobre estos dos tipos de irresponsabilidad ver, c. más refs. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 26 y ss. En general, sobre la "irresponsabilidad organizada" constatada indistintamente por autores de distintas tendencias dogmáticas, ver, entre otros, RAMÓN RIBAS, en QUINTERO/MORALES PRATS, p. 683; GARCÍA CAVERO, "Derecho penal. Parte general", p. 692. Más refs. sobre esta problemática, observada hace ya algún tiempo por autores anglosajones, en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho Penal económico. Consideraciones...", p. 160.

A diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales que pueden fácilmente imputarse jurídica y penalmente a una o más personas individuales (como autoría o participación), una empresa (y más aún en el mundo moderno) actúa en el mundo exterior a través de sus miembros tras pasar por una serie de procesos internos típicos de las organizaciones empresariales en las cuales el legislador penal tradicional no ha pensado ni vertido en su instrumental de la parte general. Y es que en las empresas se ha dividido la actividad operativa, la tenencia de información y el poder de decisión, mientras que en los individuos los tres niveles suelen concentrarse en una sola persona(28). Al separarse la "toma de decisión" (difuminada a su vez por el hecho de que ocurre muchas veces en el seno de un órgano colegiado) y su "cumplimiento" (que puede ser a su vez intermedidado por distintos departamentos internos del ente colectivo), la "imputación penal" individual fracasa de distinta manera: imposibilidad fáctica de determinar responsabilidades individuales, imposibilidad de determinar una conducta "dolosa" (o incluso culposa), imposibilidad de constatar un "dominio del hecho" (para la autoría), etc. Es más, muchas veces el hecho final ilícito proviene de una toma de decisión difusa sobre un determinado proceso que luego va concretándose poco a poco hasta llegar a la ejecución del hecho que desemboca en un ilícito (penal); otras veces estos hechos finales pueden incluso desarrollarse casi automáticamente a partir de estructuras preestablecidas, sin necesitar siquiera de una instrucción general (p. ej. el cumplimiento de objetivos empresariales que presionan a los trabajadores y los pueden llevar a decidirse por cometer una infracción). Esto puede hacer difícil o imposible la determinación de una responsabilidad jurídica por un hecho que, externamente, puede haber atentado gravemente contra un bien jurídico de suma importancia, pero que, según el instrumental penal tradicional no solamente no puede imputarse a ninguna persona individual en concreto, sino ni siquiera puede afirmarse que habría sido cometido o inducido dolosamente (y a veces ni siquiera imprudentemente).

Un Derecho (Penal) anclado en una perspectiva individualista (como acciones u omisiones de un individuo, con un momento determinado de ejecución y con una causalidad dañosa para bienes jurídicos de fácil constatación) es impotente para cumplir con las finalidades político-criminales que le corresponden. especialmente las grandes empresas, debido a la estructura misma de estas, las cuales, a diferencia de los individuos, existe toda una organización y una serie de procesos internos por las cuales se tiene que pasar antes de una "toma de decisión" (que podría equivaler a una "resolución

(28) Esta problemática es destacada por prácticamente todos los autores; ver entre otros, HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 27; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 489 y ss.

criminal") y una ejecución de tal decisión (que puede desembocar en un grave atentado contra bienes jurídicos).

Estos vacíos de punibilidad que desembocan en **déficits de prevención general** son tanto más graves si se toma en cuenta que, ante un delito cometido a través de o con ayuda de empresas, no puede bastar con la mera responsabilidad penal individual pues esta, en realidad, no abarca la auténtica responsabilidad colectiva por el delito, la cual debería incluso ser mayor dadas las características de las empresas(29). Una mera responsabilidad individual, como se ha venido aplicando hasta ahora, lleva o bien a recargar excesivamente a los individuos (por una mayor responsabilidad de la empresa), a una descarga excesiva de la empresas que las alientan a una mala organización, o a la tentación de querer solucionar las cosas de manera arbitraria(30).

En un mundo moderno, en el cual muchos intereses colectivos ya no son protegidos directamente por el Estado sino son abandonados al mercado, donde las empresas como agentes económicos necesitan la libertad necesaria para desarrollar innovaciones, y donde algunas de estas innovaciones puede causar grandes peligros a la colectividad, existe un creciente ámbito de inseguridad en la ciudadanía. Se habla ahora de una **sociedad de riesgos**, tanto en lo que respecta por las posibilidades de la tecnología actual como por el acceso y poder que ostentan las grandes empresas. Estas han alcanzado tal magnitud y complejidad que no puede ya cerrarse los ojos más tiempo ante la importancia que tienen ellas mismas, independientemente de la actividad que pueda desplegar cada uno de sus miembros; los grandes escándalos financieros de los últimos años bastan para ejemplificar no solamente la dañosidad social que pueden ocasionar, sino también la forma cómo actúan y las escasas posibilidades de nuestro Derecho Penal(31).

Ahora bien, la dogmática penal ya ha reaccionado desde hace algún tiempo y tiene en cuenta la **naturaleza** de las conductas empresariales y las infracciones que derivan de ella para construir una "responsabilidad empresarial penal" de manera distinta aunque paralela a la responsabilidad penal individual (ver abajo en. 3). Pero también, en la discusión dogmático-penal, se ha argumentado que daría mejores respuestas a esta situación una metodología

(29) Por eso Heine constata un "excedente de responsabilidad colectiva" que no puede ser compensado por la mera responsabilidad individual; ver en "Modelos de responsabilidad...", p. 29.

(30) Cfr. c. más refs. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 29.

(31) Destacan esto, entre otros, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 465 y ss. Debido a la importancia alcanzada por los entes colectivos en el mundo moderno, últimamente se habla incluso de una "ciudadanía empresarial": la empresa gozaría ya de un estatus de "cuidadano" capaz de participar en la producción normativa y de cuestionar normas, y por ello, capaz de culpabilidad en el sentido penal; ver al respecto c. más refs., GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 103 y ss.

basada en teorías que describan adecuadamente la realidad empresarial para luego crear los instrumentos jurídicos (eventualmente penales) que comprendan y regulen la actuación de las empresas y la reacción legal ante actividades empresariales que resulten lesivas para los intereses que el Derecho quiere proteger. En especial, los normativistas radicales abogan por el empleo de la "teoría de sistemas", al igual que lo hacen en el resto del Derecho Penal. Pero también seguidores de la teoría de "bienes jurídicos" han comenzado a aplicar, en el ámbito del "Derecho Penal Económico", consciente o inconscientemente, conceptos de esta teoría (las empresas como sistemas autopoiéticos), combinándolos también con conocimientos provenientes del análisis económico del Derecho, para analizar la delincuencia empresarial o proponer respuestas legales adecuadas, aunque enmarcado todo esto dentro del sistema garantista del Derecho y del Derecho Penal[32].

III. MODELOS EXISTENTES

1. Irresponsabilidad penal directa o indirecta

En general se reconoce ahora que las "personas jurídicas" tienen "capacidad de acción" pues son "destinatarias" de normas jurídicas entre las cuales también se encuentran las penales; y así como en muchas legislaciones pueden cometer "contravenciones" o "infracciones administrativas" graves también podrían "cometer" delitos[33]. También se constata y admite la existencia de déficits de punibilidad en el caso de la participación de entes colectivos en actos delictivos.

Pero se discute todavía la **capacidad de culpabilidad** con lo cual, aun cuando se constate una necesidad de protección de bienes o normas, se sugiere mayormente no recurrir al Derecho Penal. La doctrina penal encuentra dificultades en los modelos de "responsabilidad penal" de la empresa, pues ellos constituirían una "imputación ficticia" dado que el Derecho Penal vigente exigiría que la imputación penal se refiriese a "acciones" cometidas

(32) Anteriormente he postulado este "aprovechamiento" selectivo de la teoría de sistemas para el Derecho penal económico, cfr. ABANTO VÁSQUEZ, "¿Funcionalismo radical o funcionalismo moderado?". En: *Revista Penal* (España), N° 16 (2005), pp. 3-35. esp. p. 34. GÓMEZ-JARA critica esta última posición pues afirma que no podría emplearse la teoría de sistemas parcialmente solo en lo referido a la actividad de las empresas sin reconocer su validez también para la actividad de los individuos; ver, criticando en especial a SCHÜNEMANN, c. más refs., "El modelo constructivista...", p. 99 y ss., 101 y ss., esp. nota al pie 17. El mismo autor analiza las posiciones de Heine, Lampe y Bottke, quienes emplean conceptos sociológicos para analizar a la empresa y su eventual responsabilidad penal; ver ibídem, p. 113 y ss.

(33) En Alemania esto ha quedado claro como muy tarde desde las sentencias del Tribunal Federal en el caso del "aerosol de cuero"; ver en TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 233 y ss., n. marg. 243. Más refs. sobre la "capacidad de acción" de las personas jurídicas, en GROPP, n. marg. 21 y ss., p. 113.

por el propio responsable, y ello no sería posible en los entes colectivos; entre otras cosas sobre todo los conceptos de injusto y culpabilidad de los sistemas penales como el alemán no serían actualmente compatibles con estos modelos(34).

Pero esta posición todavía mayoritaria no solamente sostiene la imposibilidad o inconveniencia de recurrir de lege lata al Derecho Penal frente a los entes colectivos, sino también lo hacen *de lege ferenda* debido al problema, difícil de superar dogmáticamente de la "capacidad de culpabilidad" (35). Como solución, algunos sugieren mejorar el sistema de "medidas de seguridad", otros proponen reforzar la responsabilidad contravencional ya existente, propuestas que a veces van de la mano con sugerencias de cambios en normas extrapenales(36). Para reforzar más aún esta postura, se suele argumentar también que supondría una "injusticia" castigar a "otro" (el ente colectivo) por el delito cometido por individuos, además de que penar al ente colectivo supondría "meter en un mismo saco a justos y pecadores", es decir hacer que, a través de la pena a la persona jurídica, sufran tanto los responsables

(34) Refiriéndose al Derecho Penal alemán, ROXIN, quien expone también los diferentes modelos propuestos en la doctrina, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63, allí también más refs. sobre doctrina alemana en este sentido. Recientemente ver también VON FREIER, p. 98 y ss., 116. Desde la perspectiva normativista radical últimamente Jakobs se ha manifestado en contra de una auténtica "punibilidad" de las personas jurídicas (en su Manual la admitía, ver "Strafrecht AT", n. marg. 43 y ss., p. 148 y ss.), básicamente debido a que el concepto de "pena" está íntimamente ligado a la "persona individual", el principio de culpabilidad presupondría siempre una "identidad de la persona a través de su consciencia"; ver, p. "Strafbarkeit...", p. 559 y ss., 570 y ss., 575. También los que abogan de lege ferenda por una "responsabilidad penal" de los entes colectivos, consideran que de lege lata esto es correcto; ver, entre otros, EIDAM, n. marg. 892 y ss., p. 257 y ss., n. marg. 902, p. 263; c. más refs. sobre la doctrina y jurisprudencia alemanas en este sentido, GROPP, "Strafrecht AT", p. 112, notas al pie 19 y 20; GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 98 y ss.

(35) Cfr. ROXIN, "Strafrech AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63; SCHÜNEMANN, en LK, § 14, n. marg. 78. JAKOBS critica que se quiera denominar "penal" a la responsabilidad de la persona jurídica debido a la vinculación de la "culpabilidad penal" con una serie de principios que no encajarían con la naturaleza de dicha persona. Desde su perspectiva, la "persona jurídica", aunque pueda ser objeto de expectativas, no puede ser capaz, por sí misma, de "desautorizar a la norma"; ver "Punibilidad de las personas jurídicas?", p. 86 y ss., 95 y ss. Ver también la exposición y explicación de esta nueva posición de Jakobs (quien antes sí habría admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas), en GÓMEZ-JARA, "Grundlagen...", p. 296 y ss. Debido a la imposibilidad de esta "capacidad de culpabilidad", Silva Sánchez, siguiendo a Lampe, solamente cree posible verificar en la persona jurídica, con base en la "deficiente estructura de organización", un "estado de injusto" que solamente podría legitimar "consecuencias jurídico-penales" más no la imposición de penas; "La responsabilidad penal...", p. 182 y ss.

(36) Cfr. las refs. en CRAMER/HEINE, quienes sistematizan a los detractores separándolos entre aquellos que están a favor de una "punibilidad plena" dentro del Código penal, los que se contentan con introducir (más) "medidas de seguridad" específicas para los entes colectivos dentro del Código penal y los que prefieren solucionar el problema dentro del "Derecho contravencional" (aparte un últimor grupo que propone regulaciones aisladas como las que se analizan más abajo en 3.3.2), en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 y ss., p. 523 y ss., n. marg. 126.

directos del hecho delictivo como otros que no lo son (otros empleados de la empresa, socios, trabajadores, la sociedad en su conjunto, etc.)[37].

En contra de esta actitud se sostiene, sin embargo, que un sistema de meras sanciones administrativas para las personas jurídicas carecería del reproche ético-social inmanente a las penas (con las consecuentes deficiencias preventivas), la ausencia de las garantías que rodean al Derecho Penal (y que harían más arbitraria la imposición de sanciones o medidas), así como las dificultades de coordinación de la responsabilidad administrativa de la empresa con la penal de los individuos (suspensión de procesos, alegación del "ne bis in idem) y otros problemas en la investigación y persecución frente organizaciones complejas y, a veces, violentas[38]. Y para construir la "capacidad de acción" y la "capacidad de culpabilidad" se puede recurrir a distintos modelos[39], tal como se analiza en 3.3.

2. Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesorias

En la discusión teórica de hace algunos años solamente se veía como necesidad político-criminal el hacer responsable "subsidiariamente" a la persona jurídica en caso de comisión de delitos por parte de personas naturales que se valían de ellas. Este modelo se introdujo, tras algunas modificaciones en proyectos previos (como el de 1980), en el Código Penal español de 1995 bajo la denominación de **consecuencias accesorias** (art. 129) para evitar la discusión que implicaba el empleo del término "medida accesoria" o "pena"[40]. Se trataba de una solución intermedia destinada a controlar los peligros provenientes aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos[41]. El juez puede, así, imponer determinadas medidas previstas en la ley: cierre temporal o definitivo de un local, disolución de la empresa, suspensión de actividades, prohibición de, intervención de la empresa, etc.); medidas que también pueden estar previstas específicamente en la parte especial (p. ej. la prohibición de contratar con el Estado en un tiempo determinado para empresas participantes en cárteles de licitación). El legislador penal peruano ha importado este modelo y lo ha introducido en el art. 105 del CP de 1991, aunque de una forma incluso más incompleta que en la

(37) Esta crítica también la efectúan los que están en contra de una "responsabilidad penal autónoma" estricta (basada en la culpabilidad) aunque defienden una responsabilidad penal amplia (en el sentido de "medidas accesorias"). Así argumenta SCHÜNEMANN, "La punibilidad de las personas jurídicas...", p. 587; siguiéndolo, MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 365 y ss.

(38) El resumen de las críticas proviene de SILVA SÁNCHEZ. "La responsabilidad penal...", p. 155 y ss.

(39) P. ej. TIEDEMANN, de manera pragmática, propone introducir una responsabilidad autónoma (y paralela a la individual) de terminología diferente a la penal; ver "Nuevas tendencias...", p. 16 y ss. (en IV).

(40) Cfr. ARROYO ZAPATERO, p. 20; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 357 y ss.

(41) Expresa y críticamente sobre la fundamentación de este modelo, c. más refs., RAMÓN RIBAS, en: Quintero Olivares/Morales Prats, p. 681 y ss.

ley española[42]. Hasta donde se alcanza a ver este modelo no existe, en esta forma, en otras legislaciones penales.

De manera general se justifica la existencia por una necesidad "preventiva" ante la constatación de una "peligrosidad objetiva" proveniente del ente colectivo; se trata de contrarrestar los efectos de un delito ya cometido a través de la empresa o impedir la comisión de nuevos delitos[43]. Sus características básicas (y requisitos para su imposición) son, en cuanto a lo material, su "conexión" necesaria con la comisión efectiva de un hecho delictivo de individuos (peligrosidad postdelictual), que se trate de un hecho delictivo que el legislador haya vinculado expresamente con la "medida accesoria" (sistema númerus clausus), que tal hecho demuestre una "peligrosidad objetiva" del ente colectivo (vinculación del delito con la actividad de la empresa y que la beneficie o se realice en su interés), la accesoriedad delictiva con el hecho principal (básicamente que exista un hecho "típico y antijurídico"), "necesidad" de aplicar la medida, y "proporcionalidad"; y, en cuanto a lo procesal, la imposición por parte de un juez, la concesión de audiencia a la parte afectada y, obviamente, la motivación de la resolución[44].

Ahora bien, esta previsión legal ha generado en España primeramente una serie de discusiones en cuanto a su naturaleza (¿penal, cuasi penal, administrativa, sui géneris?), su capacidad de rendimiento (dejaría vacíos en caso de faltar una responsabilidad individual) y su aplicación práctica[45]. Lo

(42) Ver un análisis crítico en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 158 y ss., 206 y en "Diez años ....", p. 29 y ss. A diferencia del modelo español, donde se dice expresamente que la medida estará destinada a prevenir la comisión de nuevos delitos o contrarrestar sus efectos (art. 129 último párrafo), el legislador peruano no ha previsto una pauta que diga al juez cuándo aplicar la medida.

(43) Cfr. RAMÓN RIBAS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, "Comentarios...", p. 676; GRACIA MARTIN, "Las llamadas...", p. 234 y ss.

(44) Cfr. al respecto, c. más refs. y refiriéndose al caso español, GRACIA MARTÍN, "Las llamadas...", p. 236 y ss.; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 358 y ss.; RAMÓN RIBAS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, p. 676, 678 y ss. La mayoría de estos requisitos no han sido previstos expresamente en la ley; la doctrina española suele deducirlos intrepretativamente tomando, además, por referencia el modelo contravencional alemán (art. 30 OWiG); y por lo demás, tampoco hay consenso en cuanto a los alcances de cada uno de ellos. Gracia Martín, p. ej., toma el concepto "defecto de organización" de la persona jurídica (que la doctrina alemana utiliza para fundamentar la culpabilidad de aquella) en cada caso concreto para demostrar la "peligrosidad objetiva" (en cambio, para él el "defecto de la organización" no podría demostrar la culpabilidad de los entes colectivos); ver Ibídem, p. 242 y ss. También se discute sobre el carácter "facultativo" de la medida; para unos, ello implica que el juez podría decidir no imponer las medidas incluso cuando se presentaran todos los requisitos, para otros, en tal caso, el juez "deberá" imponerlas; sobre la discusión, siguiendo la última interpretación, GRACIA MARTÍN, Ob. cit., p. 243.

(45) Al respecto, c. más refs. SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", 183 y ss. quien las considera "medidas de seguridad" (ibídem, p. 191 y ss.); críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho Penal económico. Consideraciones...", p. 158 y ss., 206. Ampliamente sobre la discusión, exponiendo las distintas interpretaciones de la doctrina española, GRACIA MARTÍN, p. 196 y ss. Este autor sostiene que las "medidas accesorias" (junto con el comiso) tendría el carácter de "medidas preventivas de

cierto es que, por un lado, las medidas, están previstas en el Código Penal, dependen de la verificación de responsabilidad individual y, además son facultativas, pero, por otro lado, también constituyen recortes de libertades tan graves como las verdaderas penas(46). Todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de "medidas sui géneris" que, aunque no constituyan penas en sentido estricto sí tienen efectos penales y estarían situadas entre las "penas" y las "medidas de seguridad"; solo en este sentido se podría decir que ellas constituirían "sanciones penales" pertenecientes al Derecho Penal en sentido amplio(47).

Pero el modelo de las "consecuencias accesorias" se ha visto expuesto a serias críticas en cuanto a sus posibilidades preventivas así como a su practicabilidad(48). Las causas estarían, básicamente, en la inseguridad jurídica del modelo(49). Y es que, aunque la ley señale cuáles son las medidas (clausura temporal o definitiva, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, prohibición de actividades comerciales, intervención de la empresa), ellas solamente se aplicarían para aquellos casos concretos de la parte especial en los cuales los tipos remitan expresamente al art. 129. Estos casos ni son muchos ni parecen obedecer a una concepción particular sobre la delicuencia empresarial, pues hay remisiones generales al art. 129 o también específicas a alguna de las medidas allí previstas y los delitos en los que se puede aplicar las medidas son muy dispares: terrorismo, asociación ilícita, algunos delitos económicos, tráfico de drogas, corrupción internacional, etc(50). Es incomprensible que la medida quede excluida, en cambio, para una serie de delitos económicos donde la intervención de la empresa es determinante: delitos contra los derechos de los trabajadores, contra los

carácter asegurativo de la comunidad social" equivalentes a "medidas de policía" (p. 212 y ss., 234 y ss.). Pero también hay un sector importante de la doctrina española que considera que las "consecuencias accesorias" serían auténticas "penas" contra las personas jurídicas pues, aparte de estar previstas en el Código penal, implican limitaciones de derechos; ver, entre otros y c. más refs. ZUGALDÍA ESPINAR, en el Libro-Homenaje a Valle Muñiz, 2001, p. 896 y ss.; también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 221 y ss., 608. Pero con ello se olvida que la "limitación de derechos" por sí sola (presente en muchas otras medidas) no basta para definir a las "penas" propias del Derecho penal.

(46) Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 158 y ss., 206; cfr. para el modelo español, ARROYO ZAPATERO, p. 21.

(47) En ese sentido ARROYO ZAPATERO, p. 21; de manera similar MIR PUIG las identifica como un "tercera vía", c. más refs. sobre la discusión, "Una tercera vía...", p. 361y s., 373. También GRACIA MARTÍN, "Las llamadas...", cfr. p. 235.

(48) Entre otros, ver ARROYO ZAPATERO, c. más refs., p. 20; MIR PUIG, c. más refs., "Una tercera vía...", p. 359 y ss..

(49) Al respecto ampliamente, RAMÓN RIBAS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, "Comentarios...", p. 677 y ss. En especial se critica que la propia ley no especifique, entre otras cosas, los requisitos para la aplicación de la medida, los criterios que harían preferible una medida frente a otra, la posibilidad de la acumulación de medidas, los plazos de prescripción, el tiempo de duración de medidas temporales.

(50) Cfr. ARROYO ZAPATERO, p. 21 y ss.

consumidores, delitos fiscales, administración desleal, etc., donde solamente queda la vía de escape, para aplicar medidas de seguridad, de vincular el delito a la "asociación ilícita" (donde expresamente sí es posible)(51). Y más difícil de entender aún es que el texto legal vincule la aplicación de la medida a la "identificación" de un sujeto individual determinado cuando precisamente el vacío más grave del sistema penal individual está en aquel caso en el que se sabe que el delito proviene de una empresa pero no se puede idientificar a nadie en concreto(52).

En el caso peruano la inseguridad es aún mayor porque, para su aplicación facultativa por el juez ("podrá") no se da más pauta que la de que el hecho punible se hubiere cometido "en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo" (art. 105, primer párrafo). Y aunque la ley no limita la aplicación de las medidas a determinados delitos, al no dar pauta alguna al juez, resulta demasiado abierta e imprecisa (teóricamente, también podría aplicarse la medida en el caso de un homicidio) y por ello tampoco ha tenido mayores efectos prácticos. Un "aporte" del modelo peruano ha sido dado recientemente a través de las modificaciones al Código Penal dadas por el D. Leg. 982 de 22-07-2007. Entre otras modificaciones, en el art. 105 se ha introducido ahora la obligatoriedad de la aplicación de las medidas ("deberá") y se ha acogido la teoría civil-comercial del "disregard": "El cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación" de las medidas (al respecto ver en VII). La reforma penal peruana(53) pretende mantener el modelo de las consecuencias accesorias y, si bien prevé mejoras sustanciales (p. ej. en el nuevo art. 110 se especifican los criterios para la aplicación de la medida), también contiene serios vacíos e imprecisiones(54).

(51) Cfr. ARROYO ZAPATERO, c. jurisp. p. 21 y ss.

(52) Mir Puig critica este inconveniente del actual modelo español pero sostiene que podría solucionarse "interpretativamente" el problema: puede entenderse que bastaría con una accesoriedad limitada (verificar un hecho típico y antijurídico) para aplicar la medida a la persona jurídica, sin necesidad de una condena a un individuo determinado y ni siquiera de su "identificación"; ver "Una tercera vía...", p. 360 y ss.

(53) Ver el "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código penal. Título preliminal (principios generales) y Libro Primero (parte general)", publicado por el Congreso de la República, Lima, 2009.

(54) Se introduce todo un título (el VIII) con dos artículos que regulan las "medidas aplicables a las personas jurídicas", con el defecto de haber olvidado allí prever de manera específica el "comiso de ganancias" para las personas jurídicas, el cual sí está previsto en el título anterior, referido al "decomiso" en los supuestos generales de las personas individuales (art. 104). No se ha previsto la "publicidad de la sentencias" ni la "prohibición de contratar con el Estado" dentro del listado de medidas del futuro art. 109. Y si bien se regula expresamente el "levantamiento del velo corporativo" en el último párrafo del art. 109 para los casos de "transformación" de la persona jurídica, hubiera sido útil también reconocer el criterio de la "unidad económica" para los casos de "consorcios" con la ubicación espacial distinta de sociedad matriz y filial.

En el año 2003 se incluyó en el art. 31 del CP español (actuar por otro) un segundo párrafo en el cual se considera como obligada a pagar la multa, de manera directa y solidaria, a la "persona jurídica (...) en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó" el individuo-representante. Tampoco esta norma ha sido aplicada, probablemente debido a su dudosa constitucionalidad, ya que establece –como critica la doctrina hispana– un caso de responsabilidad objetiva sin prever por lo demás el procedimiento para efectivizar la medida(55).

Al considerar fracasado el modelo de las "consecuencias accesorias", fracaso agravado incluso con la "responsabilidad solidaria por la multa", y ante la presión del Derecho Comunitario, la doctrina española dominante reclama la introducción de una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal(56). Pero aquí hay variadas propuestas de reforma. Entre otras es destacable la de Luis Arroyo Zapatero Adán Nieto(57), pues prevé un modelo de "responsabilidad propia" por defecto de organización (basado en la no previsión o insuficiencia de un "código de prevención" interno) (art. 1, primer párrafo, art. 3), amplía la aplicación de las medidas a muchos delitos) (art. 1, segundo párrafo), prevé un amplio catálogo de sanciones (art. 4 y ss.), así como una serie de procedimiento y soluciones (la reparación en el art. 12, las alteraciones de la personalidad jurídica en el art. 13 y la prescripción específica de la responsabilidad de la persona jurídica en el art. 14). No prevé en cambio la responsabilidad de la persona jurídica si se tratare de un "consorcio". Pero, con mucho acierto, se aclara que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ir acompañada de otros cambios legislativos (derogación de normas que se opongan, reglamentación de las medidas), así como de una reforma del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Procesal Penal(58). Por otro lado, también entre los que abogan por la introducción de una "responsabilidad penal" (autónoma) de personas jurídicas, se sugiere mantener la figura

(55) Cfr. , c. más refs. ARROYO ZAPATERO, p. 22. También, críticamente RAMÓN RIBAS en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, p. 338 y ss. Entre otras cosas, la ubicación de esta "responsabilidad civil solidaria" (en el artículo referido al "actuar por otro") haría que resulte aplicable solamente a "delitos especiales", y entre ellos, solamente a aquellos en los que es posible tal representación con actuación de personas jurídicas; cfr. RAMÓN RIBAS, ibídem.

(56) Ver ARROYO ZAPATERO, p. 23; RAMÓN RIBAS, criticando fuertemente el modelo de las "medidas accesorias", en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, p. 682 y ss.; criticando el modelo de "imputación" que se propone introducir y favoreciendo uno de "autorresponsabilidad", GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 95 y ss. En cambio, está a favor de un sistema amplio de "medidas preventivas" penales, como "tercera vía", desprovistas de reproche personal propio de la pena, o sea una versión mejorada del sistema actual de "medidas accesorias", MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 368 y ss.

(57) Propuesta publicada en ARROYO ZAPATERO, p. 24 y ss. NIETO MARTÍN ha presentado posteriormente una propuesta personal similar; ver en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, p. 146 y ss. y en "La responsabilidad penal... Un modelo legislativo", p.199 y ss., 317 y ss.

(58) Cfr. ARROYO ZAPATERO, p. 23.

de las "medidas accesorias" para que sean aplicadas como "medidas de seguridad reales", o sea desvinculada de la penalidad individual o colectiva, con el objeto de evitar una "instrumentalización delictiva" de la persona jurídica por parte de personas físicas(59).

3. Responsabilidad penal de los entes colectivos

Un modelo de "responsabilidad autónoma" de los entes colectivos resulta indispensable si se considera que realmente existen "vacíos de punibilidad" que no pueden ser llenados por la responsabilidad individual, que se trata de una cuestión de "justicia" el hacer responsables, en una sociedad moderna de riesgos, a las propias empresas por riesgos creados o no evitados por ellas, y que, es posible hacer que los entes colectivos (sea que se les considere "sistemas autopoiéticos" o simplemente sujetos de derecho capaces de "retroalimentarse") sean motivados para cambiar de política empresarial hacia una que no atente contra intereses vitales de la sociedad (o sea que se organicen de tal manera que controlen los riesgos y ganen conciencia de su responsabilidad)(60).

Por ello, un modelo que se quedare solamente en el control de la "peligrosidad objetiva" de estas, aun cuando lo haga dentro del Derecho Penal (medidas de seguridad) y aplicando conocimientos de la teoría de sistemas (empresas como sistemas autopoiéticos) y del análisis económico del Derecho (análisis de coste/beneficio desde la perspectiva empresarial) para fijar las medidas aplicables (incluyendo las multas)(61), no es suficiente para afrontar las necesidades político-criminales que presenta toda esta problemática. En la actualidad, cada vez se reclama más la creación de un **Derecho Penal empresarial** que tenga en cuenta las características propias de las empresas y, cree para ellas, un modelo de imputación penal específico, aunque paralelo al modelo de imputación para las personas individuales. La argumentación tradicional del "societas delinquere non potest" ha cometido el error de querer trasladar al ámbito de los entes colectivos, los criterios de imputación creados para las personas físicas(62). La "acción" de la "persona jurídica"

(59) Cfr. RAMÓN RIBAS, en QUINTERO/MORALES PRATS, p. 686 y ss.

(60) Cfr. entre otros HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 46 y ss.; SIEBER, "Compliance-Programme...", p. 460, 473 y ss.; EIDAM, p. 258, nota 1326.

(61) En este sentido, SCHÜNEMANN, quien aboga por una concepción amplia de "pena" que incluya tanto a la pena individual con "culpabilidad" como a las "medidas accesorias" (sin culpabilidad) para las personas jurídicas; "La punibilidad de las personas jurídicas...", p. 579 y ss.; siguiéndolo en el análisis más no en la consecuencia (las penas deben ser estrictamente separadas de las consecuencias accesorias, para no atentar contra el significado "simbólico", "comunicativo" de los conceptos), MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 369 y ss.

(62) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 29 y ss., 32, 46 y ss. Ver también al respecto ya arriba en 2.4. Sobre esta imposibilidad de identificación dogmática, MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 363.

sería normativamente real[63] en el sentido de que ella, como sujeto de Derecho, además de poder actuar y contraer obligaciones civiles, también puede ser sujeto pasivo de delitos y por lo tanto también sujeto activo de ellos: la persona jurídica puede ser destinataria de normas penales cuando el legislador, recogiendo lo vigente desde hace mucho en la realidad social, introduzca la regulación correspondiente (esta realidad social también es válida para el reproche social de la culpabilidad por delitos "cometidos" por personas jurídicas)[64]. También la doctrina civil y comercial alemanas, cuando analizan las posibilidades penales, afirman la posibilidad, de lege ferenda, de que pueda adoptarse una responsabilidad penal de personas jurídicas, pues el que ellas puedan actuar o no y puedan ser imputables penalmente depende, en última instancia, de la palabra del legislador; las posibilidades dogmáticas de interpretar la actuación e imputación penal autónoma y directa a las personas jurídicas existen a través de diversas teorías como, entre otras, la teoría de la "realidad"[65].

En contra de aquella crítica dirigida al reconocimiento de la responsabilidad penal del ente colectivo que ve en esto un desplazamiento injusto de la responsabilidad individual, se argumenta ahora que esta afirmación es inexacta pues, independientemente de lo que suceda en la práctica jurisprudencial norteamericana (de cuya observación proviene la crítica), la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas no quiere reemplazar la responsabilidad individual sino incrementar la eficacia del Derecho Penal[66]: no va a excluir la responsabilidad de las personas físicas, sino reforzar la responsabilidad de estas al obligar a que las personas jurídicas actúen preventivamente para controlar a sus agentes[67]. Como ya se dijo arriba, la doctrina concuerda en que se debe tratar de una "responsabilidad acumulativa": deberían responder "penalmente" tanto los individuos como también los entes colectivos, cada uno de ellos por su propio injusto; y ello también se ha plasmado ya en distintas modificaciones legales y proyectos

(63) Como dice OTT, desde la perspectiva civil pero refiriéndose a la posibilidad de punibilidad de las personas jurídicas: "(...) también un realidad normativa es una realidad"; p. 12.

(64) Cfr. TIEDEMANN, "Responsabilidad penal...", p. 36 y ss., "Derecho penal económico. Parte general", n. marg., 244a, p. 235; en el mismo sentido, DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 107 y ss.

(65) Así Ott, quien propone además una teoría propia llamada de la "persona jurídica como hecho institucional", tanto porque tiene una existencia real en la consciencia humana como también porque su existencia está vinculada a instituciones sociales como el mercado, los registros comerciales, los tribunales, los órganos legislativos, etc.; ver p. 3 y ss., 11 y ss. 12. También Scholz, desde la perspectiva administrativa, está a favor de la responsabilidad penal de personas jurídicas, ver p. 435 y ss., 439 y ss.

(66) Mir Puig, p. ej., advierte que la existencia de una punibilidad empresarial junto con la punibilidad individual puede hacer que los jueces tiendan a contentarse con castigar a las personas jurídicas y evadir la tortuosa vía de comprobar una responsabilidad individual; cfr. en "Una tercera vía...", p. 373 y ss.

(67) Cfr. NIETO MARTIN, en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, p. 134; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 509.

de reforma[68]. Por otro lado, el argumento del castigo injusto por un "hecho ajeno" (el de los individuos que se toma como punto de contacto) y el del castigo adicional a otras personas no responsables pero que tienen intereses en la persona jurídica (socios, trabajadores, accionistas, la sociedad etc.)[69], tampoco es aceptable pues, por un lado, como se verá más abajo, se puede imputar al ente colectivo un "hecho propio" (p. ej. el "defecto de la organización") y por otro lado, tampoco el Derecho Penal tradicional puede evitar que terceros inocentes (familia, amigos, empleador, entorno social) no se vean afectados indirectamente por la pena impuesta al delincuente. El hecho de que en Alemania desde hace ya varias décadas exista un Derecho contravencional que faculta imponer sanciones muy elevadas a las "empresas", de manera muy similar a como lo haría el Derecho Penal, desvitúa definitivamente esta crítica.

En suma, no se trata ahora de discutir si de lege ferenda resulta posible sancionar penalmente a los entes colectivos (ya no hay objeciones dogmáticas al respecto) ni de que esto sea deseable o no (se ha verificado la necesidad político-criminal), sino cuál sería en concreto la configuración de esta responsabilidad penal o cuasi penal propia de los entes colectivos.

Veamos ahora los modelos alternativos de esta responsabilidad propia de los entes colectivos.

3.1. El modelo de la "imputación" al ente colectivo de conductas individuales

Entre los partidarios de una "responsabilidad penal" de los entes colectivos, algunos postulan la imputación a estos de los actos cometidos por sus "representantes". Este modelo equivale a la solución ya vigente en Alemania según el art. 30 OWiG. De manera similar a lo que ocurre con la regla del "actuar por otro" (imputación de hechos punibles al ejecutor, aunque en él no recaigan cualidades exigidas por el tipo para el autor), se imputa al "ente colectivo" el hecho punible realizado por determinados "órganos" y personas vinculadas con el ente colectivo (representantes, mandatarios, incluso, el "titular"). Como se ve, no se "castiga" al ente colectivo por un hecho propio, sino por el que han cometido otras personas (individuales), en el curso de las actividades de aquel y en su interés.

(68) El Anteproyecto español de 2008 (y los anteriores proyectos y anteproyectos) prevén esta "doble incriminación", si bien bajo un modelo de "responsabilidad vicaria" de las personas jurídicas; ver CGPJ, "Informe ...", p. 6 y ss.

(69) Así, entre otros, MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 365 y ss.

Los modelos de imputación, sobre los que actualmente se tienen ya varias experiencias legislativas mundiales(70), tienen serios problemas prácticos. En su aplicación o bien tienen a limitar o a extender demasiado la responsabilidad(71). Limitan demasiado la aplicación del Derecho Penal debido a que se necesita identificar a una persona física cuyo hecho va a ser imputado al ente colectivo y quien además debe reunir el elemento subjetivo (de difícil prueba); y resulta demasiado amplia porque, una vez realizada tal identificación, prácticamente no se necesita más para una responsabilidad de la empresa.

Además, una mera "imputación" de hechos ajenos no puede responder a la crítica que se le hace acusándola de admitir una "responsabilidad objetiva" en contra de principios penales elementales. Si se ha de "penar" al ente colectivo, tendría que vincular el reproche a una conducta propia y no a una ajena(72). Es por eso que se ha tratado luego de construir una "responsabilidad propia" de la persona jurídica basada en hechos ajenos (los de sus miembros), tal como se verá a continuación.

3.2. Responsabilidad penal propia ("responsabilidad originaria")

Un grupo cada vez mayor de autores postula la **responsabilidad del ente colectivo por un hecho propio**. El problema inicial consiste en elaborar una o más disposiciones que determinen, en la ley penal, dicha responsablidad colectiva, sin caer en contradicciones sistemáticas y sin dejar vacíos de punibilidad. Veamos las alternativas.

a) Un primer intento consiste en considerar a la empresa como **garante de protección** de determinados bienes jurídicos. Esto ocurriría cuando se tratare de delitos ambientales o de la responsabilidad por el producto. Pero se ha criticado que se vería limitado por la escasa cantidad de situaciones prácticas en las que sería posible afirmar tal posición de garantía del ente colectivo pues ella exigiría un "monopolio" sobre los objetos de protección, algo que solamente podría darse en organismos de la Administración Pública

(70) Criticando los modelos de Francia y de Inglaterra, cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 33 y ss.; igualmente constata la popularidad de este modelo de "heterorresponsabilidad" en las últimas reformas penales (incluyendo la española), GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 96, 146.

(71) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 33, 44 y ss.; Críticamente contra el modelo de "atribución" a la persona jurídica de los hechos cometidos por sus órganos, Silva Sánchez, siguiendo a Köhler, "La responsabilidad penal...", p. 169

(72) Desde la perspectiva normativista radical también se critica a aquellos modelos de imputación que incluso emplean la terminología sistémica y caen con ello en la contradicción de negar al mismo tiempo la condición de sistema autopoiético de los entes colectivos; ver c. más refs. GÓMEZ-JARA. "El modelo constructivista...", p. 102, nota al pie 18.

y, en contados casos, con las empresas en relación con su propio patrimonio ("administración desleal") o su seguridad (delitos laborales)[73].

b) Como modelo puede tomarse, también, la ya existente **imputación de responsabilidad propia del ente colectivo** (persona jurídica) a través de los hechos ilícitos cometidos por determinadas personas que actuaren por ella; o sea, el ente colectivo será responsable (y se le podría imponer una pena) porque el delito (o contravención) cometido por un individuo (p. ej. un directivo de la empresa) es considerado como hecho punible de aquel. La empresa responderá por no haber controlado, supervisado, de manera suficiente, a sus empleados para evitar las conductas individuales lesivas, y por lo tanto se le imputa el hecho de constituir una **empresa deficitaria**[74]. Este modelo existe desde hace algún tiempo en el Derecho contravencional alemán que es considerado por la doctrina alemana como equivalente a un Derecho Penal amplio. A diferencia del modelo de mera "imputación" ya visto arriba, aquí se busca explicar un "hecho propio" del ente colectivo a través de conductas individuales. Así, para Tiedemann, aquí el Derecho contravencional alemán habría previsto (inconscientemente) ya de lege lata una "responsabilidad propia" del ente colectivo[75]: el art. 30 OWiG (en concordancia con el art. 130 OWiG) presupondría siempre una "culpa organizativa" consistente en una inobservancia de las previsiones necesarias para que, al interior de la empresa, se desarrollen conductas conformes a Derecho (la "culpa previa"); por tanto, los hechos individuales de los representantes o trabajadores solamente constituirían "hechos de contacto". El caso es que este modelo sigue exigiendo (como el modelo de la imputación de conducta ajena), para admitir una "responsabilidad propia" del ente colectivo, una vinculación de la culpa organizativa con la conducta de determinadas personas individuales (que demuestra su existencia): la comisión de un delito o una contravención que violen deberes propios del ente colectivo o que a través de tales hechos se enriquezca o vaya a enriquecerse. Es decir, las posilibidades de una verdadera imposición de sanciones (contravencionales de lege lata; penales, si el modelo fuera adoptado en la ley penal) al ente colectivo, todavía son limitadas.

(73) Cfr., c. más refs., HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 36 y ss.
(74) HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 37 y ss.
(75) Cfr. TIEDEMANN, remitiéndose a la práctica francesa, portuguesa y estadounidense, "Derecho penal económico. Parte general", n. marg. 244, 244a, p. 234 y ss.; refiriéndose a este también SIEBER, c. más refs., "Compliance-Programme...", p. 466 y allí nota 60.

c) Para superar este problema se tiene que hacer el reproche penal (o cuasipenal) directamente al ente colectivo o empresa **por una conducta propia independiente**. Y aquí, a diferencia de la solución de la "posición de garante" vista en a), resulta más realista ver en el ente colectivo solamente un "garante del control" o "garante de la supervisión" para evitar peligros provenientes de él, y hacerle responder por un "defecto", "fallo" o "déficit" de tal control. Aquí existe primero la posiblidad de reprochar el hecho de constituir "empresas defectuosas" por promover, al interior de la empresa, una determinada "cultura defectuosa", "cultura criminal", etc. Este reproche tiene un paralelo (y por eso resulta en cierta forma criticable) en el ya superado reproche individual por la "conducción de vida". El modelo australiano, en cuyo art. 12.2 del CP de 1995 se sanciona penalmente a la **empresa deficitaria** por la existencia de una defectuosa "cultura empresarial" fomentadora de hechos delictivos o por la inexistencia de una cultura empresarial que los evite pese a haberla podido instaurar(76). Un similar modelo se tiene en los Países Bajos, cuya jurisprudencia suprema ha reconocido una autoría funcional de la empresa, cuando ella tenía el "poder de organización" sobre el comportamiento punible y había "aceptado" cuidarlo(77). El TJCE también ha desarrollado un modelo similar en el ámbito del Derecho de cárteles con su reproche de "culpa organizativa" a las empresas: omisión de medidas previsoras que eran necearias para garantizar un desarrollo ordenado no delictivo de los negocios, con lo cual no se necesita determinar quién ha actuado en concreto ni si en esta persona recae un reproche personal de culpabilidad(78).

d) Otra posibilidad consiste ya no en reprochar a la empresa una determinada "conducta" propia sino su **organización defectuosa**. El problema está en precisar en qué consiste esta organización defectuosa: o bien puede verse como una "responsabilidad por vigilancia" (se debe precisar el objeto de la vigilancia y los fines perseguidos) o una "responsabilidad por no respetar deberes especiales" previstos en la ley. Sobre estas construcciones hay mucha discusión y ya existen propuestas de lege ferenda. La tercera propuesta resulta muy limitada. Es cierto que existen "deberes empresariales" claros en el campo del Derecho de la libre competencia, la responsabilidad por el producto y el medio ambiente, donde existen deberes específicos

(76) Cfr., c. refs. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 37.
(77) Ibídem, p. 38.
(78) Cfr. TIEDEMANN, c. más refs. "Derecho penal económico. Parte general", p. 254 y ss., n. marg. 270; también HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 38.

que deben ser cumplidos por la empresa misma (tomada en su conjunto), motivo por el cual el cumplimiento y la infracción están desvinculados de los individuos, así como la imputación penal puede desvincularse de estos[79]. La ventaja estaría en que las propias leyes (especiales penales o extrapenales) fijarían de antemano los "límites de la responsabilidad"; pero por otro lado, y esto es decisivo, estos límites resultan muy estrechos (no abarcan nuevos riesgos) aparte de no incentivar a las empresas a activar su autorresponsabilidad[80].

Estos problemas no los tiene la **responsabilidad por vigilancia** pero tiene la dificultad de tener que construir un "deber de vigilancia" propio más allá de los previstos específicamente en las leyes. En primer lugar parece poco práctico precisar que se trata de un "deber de dominio sobre personas" pues esto tiende a una excesiva amplitud de la responsabidad: debido a que cualquier carencia de organización puede llevar a la producción de delitos, el modelo tendría que ser corregido posteriormente mediante cláusulas de excepción (razonabilidad) u otros criterios (tamaño de la empresa, situación económica, etc.)[81]. Lo mejor y más objetivo consiste en exigir un "management de riesgos" adecuados a las situaciones concretas, cuya deficiencia podría derivar, bajo determinados supuestos, la responsabilidad (penal) del ente colectivo[82]. Y aquí, es preferible que sea la propia ley la que establezca los requisitos de esta responsabilidad, así como los ámbitos delictivos en los cuales ella entraría a tallar, antes de que se deje en manos de la jurisprudencia, como en el modelo francés, la construcción dogmática de la responsabilidad empresarial por delitos previstos expresamente en la parte especial[83]. En adelante el problema se plantea a la hora de concretar más y construir categorías dogmáticas sobre las que se base la imputación (penal).

En la doctrina alemana, ha sido Heine, quien de manera especialmente precisa y convincente ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de las empresas, a partir de la observación de la naturaleza de los entes colectivos y haciendo un paralelo con las categorías penales de la responsabilidad individual ("transposición analógico-funcional")[84]. Así la "culpabilidad" no

(79) Cfr. RANSIEK, "Unternehmensstrafrecht" 1996, p. 339 y ss., 347; ver también resumidamente en HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 39 y ss.
(80) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 40.
(81) Ibídem, p. 39.
(82) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 39, CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y ss.
(83) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 45.
(84) Así procede HEINE. "Modelos de responsabilidad...", p. 46 y ss. Su propuesta se centra, sin embargo, en delitos empresariales relacionados con el medio ambiente, la vida y la integridad corporal (responsabilidad por el producto), pero podría afinarse, como él mismo indica, para aplicarse, en general, a "procesos empresariales basados en la tecnología" (p. ej. delitos graves económicos y tributarios); ibídem, p. 63.

constituiría en un reproche por una determinada decisión, o por un hecho concreto en un momento dado, sino por un "desarrollo empresarial defectuoso" que puede haber llevado muchos años en producirse ("culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial")[85]. La acción reprochable consistiría entonces en un "management defectuoso" (la empresa como garante supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. La realización concreta de este "peligro empresarial", o sea la perturbación social como producto del managment defectuoso del riesgo, o no sería más que una "condición objetiva de punibilidad". Como se ve, de este modo se prescinde por completo de toda vinculación con la culpabilidad y la acción de aquel individuo (miembro o no de la empresa) que hubiera actuado en interés de la empresa[86]. En el aspecto subjetivo, se trata (al igual que en los individuos) de "imputar" (al ente colectivo o empresa) el conocimiento (y la voluntad) sobre los riesgos y los desarrollos empresariales defectuosos que tenían sus departamentos competentes, o sea, una imputación del "dolo" o, eventualmente, de "imprudencia"[87]. La autoría del ente colectivo (empresa) se construiría sobre la base de un "dominio de la organización" (y no del dominio del hecho), que existiría cuando las empresas hubieran desperdiciado la oportunidad de adoptar medidas oportunas e idóneas, sea a nivel horizontal (organización

Su propuesta de lege ferenda, consiste en reconocer "responsabilidad penal de la empresa" cuando ella descuidara los "riesgos típicos de la actividad empresarial" infringiendo uno de sus tres deberes empresariales: "deber de asegurar a largo plazo fuentes empresariales de peligro", "deber de mantener el nivel de seguridad" en caso de delegación de competencias empresariales y "Deber de supervisar y controlar riesgos empresariales". Como condición objetiva de punibilidad se concretaría la sanción con una pena a la empresa recién al producirse un "incidente empresarial relevante que consistiría en: muertes o lesiones corporales graves de una parte de la población, peligros para la comunidad (incendios explosiones, considerables daños a las cosas), daños medioambientales graves, es decir aquellos que solo puedan eliminarse con graves dificultades o luego de un largo periodo de tiempo. Ver Ibídem, p. 65. Ver también CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., p. 524 y ss., n. marg. 129; GROPP, "Strafrecht AT", p. 114, n. marg. 22b. Siguiendo un método similar de "equivalencias funcionales" de conceptos también GÓMEZ-JARA, c. más refs., 123 y ss.,"El método constructivista..."; Remitiéndose a este último, GARCÍA CAVERO, "Derecho Penal. Parte general", p. 679 y ss.

(85) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 47 y ss., 50 y ss, 54 y ss.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y ss. Desde la perspectiva funcionalista radical también hay aquí distintas posturas. Así, a diferencia de Jakobs, para quien el ente colectivo no puede "ser capaz de desautorizar la norma" y por ende, tampoco puede ser hecho "culpable" en sentido penal (ver arriba en las notas 48 y 49), otros como García Cavero, obvian este aspecto y se centran más bien en la "defraudación de expectativas normativas" para admitir una "culpabilidad" penal de las personas jurídicas y su status de "ciudadano"; ver "Derecho penal económico. Parte general", p. 652 y ss., 679 y ss.

(86) HEINE critica por eso la sentencia del Tribunal Constitucional que exige erradamente que la culpabilidad penal de la persona jurídica se construya a través de la culpabilidad de los individuos (BVerfGE, tomo 20, p. 336); "Modelos de responsabilidad...", p. 48 y ss.; también CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

(87) Cfr. HEINE, c. refs. de la doctrina y jursprudencia alemanas, así como de la jurisprudencia del TJCE, en "Modelos de responsabilidad...", p. 54.

de la empresa frente a riesgos) o a nivel vertical (delegación o asignación de competencias)[88]. En contra de lo que se cree, esto no significa exigir demasiado a las empresas, si se toma como parámetro la "costumbre" del medio correspondiente a la empresa, así como sus posibilidades en el caso concreto[89]. También se pueden incluir otras limitaciones legales de la responsabilidad empresarial a través del "criterio de la aceptación" (la empresa solía aceptar el riesgo de la realización de un delito) y el de la "evitabilidad" (las medidas organizativas necesitarias hubieran podido evitar, con cierta seguridad, la realización del riesgo)[90].

Y en el medio hispanoparlante, recientemente Nieto Martín ha desarrollado un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídas en el sentido de una "tercera vía" (al lado de las penas y las medidas de seguridad para individuos) dentro del Código Penal[91]. Basándose en los modelos estadounidense e italiano propone él una "autorregulación regulada", es decir una responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas (no solo empresas) en caso de comisión de cualquier delito o falta de sus integrantes, con la posibilidad de excluir la responsabilidad penal en caso de contar con un "código de prevención eficaz", y, en caso de haber responsablidad penal, dejando al juez la posibilidad de imponer distintas penas y medidas en función de las características de la empresa (magnitud, actividades, finalidades) y de los fines perseguidos (reparación, prevención general, rehabilitación, inocuización).

En suma, aunque todavía se discute sobre modelo concreto, ha quedado claro que una posible **responsabilidad autónoma** (penal) de la persona jurídica. Ella, además, no atentaría contra el *ne bis in idem*, debido a que se distingue claramente (p. ej. como responsablidad por conducción defectuosa de la actividad empresarial) de la responsabilidad (penal) de las personas individuales que actúan al interior de su seno[92]. Por ello también es posición dominante en este ámbito el que una futura responsabilidad penal del ente colectivo debe consistir en una **responsabilidad acumulativa**, es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos[93].

(88) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 51 y ss. Este "dominio de la organización" constituye también una limitación de la responsabilidad de la empresa; ver ibídem, p. 64, refiéndose al modelo holandés.
(89) Ibídem, p. 52 y ss.
(90) Ibídem, p. 64.
(91) Cfr. NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal... Un modelo legislativo", p. 81 y ss., 199 y ss., 322 y ss.
(92) TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 236, n. marg. 245; HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 54 y ss.
(93) Cfr. la discusión en SCHÜNEMANN, quien defiende la posición dominante de prever sanciones para ambos; ver en LK StGB, § 14, n. marg. 86, p. 940; igualmente DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 124; TIEDEMANN, refiriéndose a una "responsabilidad paralela" a la individual, "Nuevas tendencias...", p. 16 y ss., 110; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 153 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ,

En la situación actual, en una tras otra las legislaciones penales van reconociendo la "responsabilidad penal" de los entes colectivos, todo parece indicar que sería solo cuestión de tiempo para que también esta sea reconocida en otras legislaciones penales importantes como la alemana, la española o las de Sudamérica. En buena cuenta se manifiesta así la certera observación de Tiedemann en el sentido de que "(...) la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa (...) sea más bien una cuestión de decisión de valoración política antes que de lógica constructiva"(94). Incluso se admite que podría coexistir con estas dos responsabilidades penales autónomas, la responsabilidad contravencional referido a algunas tareas y deberes de las empresas(95).

IV. LOS "DELITOS" ESPECÍFICOS DE LOS ENTES COLECTIVOS

El "defecto de organización" como criterio imputador de la responsabilidad autónoma no dice nada aún sobre el delito en concreto que daría pie a la punición del ente colectivo. Aquí hay dos posibilidades: o bien se considera una relación específica de delitos, que puede coincidir en mayor o menor medida con los "delitos económicos" (abuso de poder económico, delitos contra el ambiente, delitos laborales, administración desleal, fraudes de todo tipo, etc.), incluir también a los de la "criminalidad organizada" (terrorismo, tráfico de drogas, lavado de dinero, trata de blancas, etc.). O también se puede extender la punibilidad, y hacer un reproche por la comisión de un delito cualquiera (p. ej. "homicidio", "lesiones", "injurias", etc.). Avalando lo resuelto en algunas legislaciones como la francesa, parte de la doctrina se inclina últimamente por esta posición amplia(96), pero también hay doctrina importante que quiere limitar la "punibilidad" de la empresa a delitos económicos (incluyendo los tributarios) graves(97). Este tema todavía no ha sido resuelto. Pero si se admite que los entes colectivos tienen una naturaleza distinta de las personas individuales, nada parece impedir que puedan ser hechos responsables de cualquier conducta ilícita equivalente a cualquier delito del Código Penal.

V. EL PROBLEMA DE LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA

En la doctrina discute si la punibilidad debería extenderse también a organismos públicos como las personas jurídicas de Derecho Público, los partidos políticos, sindicatos, o incluso el mismo Estado, aparte de otras organizaciones

p. 505 y ss. En el Anteproyecto español del 2008 también se reconoce esta "responsabilidad acumulativa"; ver CGPJ, "Informe...", p. 6.

(94) TIEDEMANN, "Grunderfordernisse...", p. 17.

(95) HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 55.

(96) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 485.

(97) Así, HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 63.

que con encajen en el concepto civil de "persona jurídica". El Código Penal francés ha hecho cargo de este problema y, expresamente, (art. 121) ha exceptuado al Estado y a otras organizaciones de importancia pública como los partidos políticos y los sindicatos pero incluido a las personas jurídicas de Derecho público (empresas privadas de servicios públicos). Y también el Anteproyecto español del 2008, que solamente se refiere a "asociaciones, fundaciones y sociedades" en el art. 31 bis, número 5 excluiría al "Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos", mas no a las personas jurídicas de Derecho Público(98). Esta línea es seguida por algunos autores.(99). Y también parece ser la más razonable, pues para los "organismos públicos" existen otras vías ya previstas en el Derecho disciplinario, administrativo, además de tipos penales dirigidos a funcionarios públicos(100).

La mejor solución, tal como se propone más adelante, debería consistir en un Derecho autónomo para la sanción de los entes colectivos o, de manera más específica, de las "empresas" que ya terminológicamente excluye a los organismos públicos e incluye a las empresas públicas. Allí puede considerarse también un concepto específico de los destinatarios de las normas (p. ej. "ente colectivo"), concepto que puede incluir tanto a las personas jurídicas como a otras agrupaciones que no tengan tal reconocimiento jurídico, y a las personas jurídicas de Derecho público.

VI. EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE LA RESPONSABILIDAD (PENAL) DE LA MATRIZ O DE TRANSNACIONALES

En el Derecho contravencional alemán se ha discutido y reconocido la **responsabilidad contravencional de la matriz** por los actos de su filial en la cual hubiera influido. Se considera que ello es posible a través de la aplicación de la cláusula de extensión del destinatario de la norma introducida por la reforma de 2002: el número 5 del párrafo 1 del art. 30 OWiG reconoce como "punto de contacto" para imponer multas a personas jurídicas o agrupaciones de personas a aquellas acciones (constitutivas de delito o contravención y realizadas violando deberes del ente colectivo o para favorecerlo) de cualquier otra persona que respondiere por la dirección de la empresa. Pero es más discutible la responsabilidad contravencional de la matriz tomando como base una falta de la "violación del deber de vigilancia" de su filial, tal como exige el art. 130 OWiG, pues jurídicamente la filial constituye una persona jurídica independiente y, por lo tanto, responsable de sus propios actos. Algunos

(98) Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 14 y ss.
(99) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 485 y ss.
(100) Cfr. exponiendo el caso de Holanda, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, p. 486 y ss.

admiten la posibilidad de aplicar aquí también el art. 130 OWiG (cuidando, eso sí de no violar el principio *ne bis in idem* para no sancionar doblemente a las filiales y a las matrices)[101], pero otros la rechazan tajantemente debido a la "base insegura" que ofrecería esta solución, si bien destacan las posibilidades que ofrecen los art. 30 (responsabilidad de personas jurídicas y agrupaciones por las acciones de representantes subordinados), art. 9 (actuar por otro) y el art. 8 (comisión por omisión) OWiG en estos casos[102].

Y también la jurisprudencia del TJCE considera la **unidad económica** como criterio para imponer sanciones a la empresa matriz por las infracciones (de cárteles) que cometiera la filial, siempre que existiera una vinculación de capitales (de más del 50 %) y se pruebe la influencia de la matriz en la política económica de la filial (instrucciones, identidad del personal directivo, etc.)[103]. Para el Derecho Penal alemán y el resto del Derecho contravencional alemán, por razones de taxatividad, solamente se debería admitir la "unidad económica" cuando la matriz poseyera en un 100 % a la filial[104]. Aparte de esto podrían resultar punibles los directores de la matriz solamente bajo el aspecto de la posición de garante como "gerentes fácticos" de la filial en casos de "administración desleal de consorcios" (art. 266 StGB) o de otros perjuicios contra la filial aplicando el supuesto de "actuación por otro" previsto en el párrafo 3 del art. 14 StGB (también es "representante" en sentido penal aquel cuya legitimidad como tal fuera jurídicamente nula)[105].

En el Derecho Penal alemán estricto, que como ya se dijo no reconoce la punibilidad de los entes colectivos, por lo menos existen alusiones al funcionamiento de los "consorcios" y la influencia de las empresas matrices (en este caso, de los directivos de estas) en las empresas filiales. Así, en el marco del reconocimiento de una "autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", la reciente jurisprudencia alemana (BGHSt, tomo 49, p. 147 y ss.), además de aplicar de manera polémica la teoría a empresas comerciales, ha tomado en cuenta la estructura de los consorcios para fundamentar la

(101) Cfr. ROGALL en KK OWiG, § 30, n. marg. 70a, p. 507; § 130, n. marg. 25 y ss., p. 1681 y ss.

(102) KÖNIG, c. más refs., en GÖHLER, § 130, n. marg. 5a, p. 1243 y ss.

(103) Al respecto cfr. TIEDEMANN, "Derecho Penal Económico. Parte general", p. 229 y ss., n. marg. 241, y p. 255 y ss., n. marg. 271 y ss.

(104) El concepto "consorcio" no está regulado legalmente; no se interpreta como "empresa" en el sentido del Derecho de sociedades anónimas, pero debido a que existe un "dominio fáctico" de la matriz sobre la filial y ambos actúan como una sola empresa, la doctrina afirma la posibilidad de que exista un "deber de control" (art. 130 OWiG) de la matriz con la consiguiente responsabilidad contravencional de los directivos de la sociedad matriz y de esta misma. Pero se discute hasta dónde alcanza tal responsabilidad de la matriz; al respecto ver el planteamiento y las refs. en ROGALL, KK OWiG, § 130, n. marg. 25, p. 1682; exponiendo brevemente el origen del concepto y la jurisprudencia civil y penal al respecto, SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 641 y ss., 643 y ss.

(105) TIEDEMANN, "Derecho Penal Económico. Parte general", p. 257, n. marg. 274; SCHÜNEMANN, FG-BGH, p. 643 y ss.

responsabilidad individual de los directivos de la empresa matriz. Y ha considerado posible que el "autor mediato" (un individuo situado en la mayor jerarquía de un consorcio), aprovechándose de la estructura y la forma de funcionamiento de la organización (pese a la separación espacial temporal y jerárquica), hubiera desatado acontecimientos dentro de toda la empresa (el consorcio y la filial) para, conforme con su plan, cometer una "administración desleal" de la filial(106).

De *lege ferenda* habría que plantearse una regulación adecuada para la responsabilidad de la matriz por "delitos" cometidos por sus filiales. Aquí, si se adoptara una responsabilidad penal por "defecto de la organización" deben preverse también determinados presupuestos penales de responsabilidad. Aunque existieran reglas de responsabilidad civil en el Derecho comercial (como ocurre en el Derecho alemán), estas reglas no pueden bastar para la responsabilidad penal pues tienen una finalidad distinta a la penal y aquí se trata de una "responsabilidad penal originaria"(107). Entonces, siguiendo el modelo de responsabilidad penal originaria de los entes colectivos arriba expuesto, debe exigirse para la responsabilidad de la matriz que esta hubiera tenido suficientes posibilidades de influencia fáctico-económicas: cuando la matriz, aunque empresa jurídica independiente, era la que tenía la posibilidad de introducir remedios organizativos suficientes en la filial(108). Y aquí la responsabilidad penal puede ser tanto escalonada como compartida en aplicación analógica de las reglas de la "autoría mediata" de los individuos(109). Y aquí también deben preverse reglas específicas de "medición de la pena" para la imposición de multas que sean proporcionadas al injusto de cada una de las empresas al mismo tiempo que cumplan finalidades preventivas(110).

El problema de la "responsabilidad penal de la matriz" depende de la punibilidad, en general de los entes colectivos. Pero la situación se convierte más polémica e incluso tiene alcances políticos, cuando se diferencia según los países huéspedes en los cuales actúa el consorción. En este caso se habla de **empresas transnacionales**, las cuales, especialmente en los países en vías de desarrollo (o, anteriormente, de manera menos eufemística: "subdesarrollados") han sido frecuentemente acusadas de fomentar la corrupción y mantener el subdesarrollo (eliminando industrias locales, creando dependencia, evadiendo impuestos, etc.). La cuestión que se plantea aquí es si, en el caso de las empresas transnacionales tendría que existir alguna regulación penal

(106) C. más refs. FISCHER, n. marg. 7a, p. 236.
(107) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad ...", p. 57 y ss.
(108) Ibídem, p. 58.
(109) Ídem.
(110) Ibídem, p. 59.

específica o bastaría con la regulación penal sobre "entes colectivos" en general que ya prevén algunos países o que otros introducirán alguna vez. En los estudios que se han realizado al respecto, se ha llegado a la conclusión de que debido a su tamaño y posibilidades de transferir indiscriminadamente ganancias y pérdidas de una filial a otra, de un país al otro, el problema no radica tanto en la peligrosidad delictiva (en ello no se diferenciarían de las empresas locales), sino en la posibilidad de prueba de los ilícitos que las transnacionales hubieran cometido(111). En los países más débiles (frecuentemente los subdesarrollados económicamente), las transnacionales se aprovechan además de los vacíos legales e insuficiencias institucionales (justicia, policía, etc.). El vacío legal más evidente y decisivo ha sido la falta de una protección legal de la **libre competencia**, lo cual permitía a las transnacionales obtener posiciones monopólicas u oligopólicas en los países huéspedes y de mantener tal posición a través de abusos de poder económico(112). Esta situación ha cambiado en gran medida desde que se han ido introduciendo reglas de protección de la competencia o perfeccionando las existentes a partir de la década de los 90, a la par que las empresas locales han ido ganando mayor competitividad. Sin embargo, tras un impulso inicial se observa en los últimos años un cierto desinterés por una protección efectiva de la competencia; además, en contra de las experiencias europeas y norteamericana, hasta ahora los legisladores de países subdesarrollados no intentan establecer un auténtico "control de fusiones" que limitaría el incremento de poder de empresas nacionales o transnacionales con la consecuente tendencia a la monopolización(113). También se ha acusado a las transnacionales, en el marco de la lucha competitiva, de **fomentar la corrupción**, tanto la de funcionarios públicos de los países huéspedes, así como la de empleados de las empresas competidoras. Nuevamente aquí se ha concluido que estas conductas no serían exclusividad de empresas transnacionales; estas se aprovecharían de un ambiente de corrupción ya existente y del cual participarían también empresas locales y empresas nacionales de otros países(114). Las soluciones que se han propuesto reclaman tanto un mayor control nacional de la corrupción en general como también un control de los países desarrollados que, directa o indirectamente

(111) Ver la exposición de esto con refs. en ABANTO VÁSQUEZ. "Criminalidad económica y transnacionales", p. 115 y ss.; "Derecho penal económico", p. 163 y ss.

(112) Ver con refs. en ABANTO VÁSQUEZ, exponiendo el caso de Latinoamérica, "Criminalidad económica y transnacionales", p. 116 y ss.

(113) Este peligro existió desde el inicio de la legislación antimonopólica en Latinoamérica y ha persistido hasta ahora; ver ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. en "Derecho de la libre competencia", p. 182 y ss., esp. 194 y ss. 410 y ss. En la actualidad la situación no ha cambiado mucho, pese a haber cambiado las leyes; en lo referente a la protección de la libre competencia (y el control del poder económico) la tendencia se orienta en la despenalización de los ilícitos; al respecto ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Delitos contra el mercado..." (todavía no publicado) en el punto 5.

(114) Ver, c. refs. en ABANTO VÁSQUEZ. "Criminalidad económica y transnacionales", p. 120 y ss.

(p. ej. mediante la posibilidad de la deducción tributaria de sobornos que existía en Alemania hasta hace unos años) contribuían a mantener . En gran medida, se están materializando estas propuestas; así, desde hace algunos años se ha introducido poco a poco en muchos países industrializados el tipo penal de "corrupción privada" (en Alemania, el art. 299 StGB). Y en los países subdesarrollados (ahora, en gran medida, "emergentes" por su rápido avance económico) se han afinado los tipos de "corrupción de funcionarios", tanto mejorando la tipificación (todavía insuficiente) con la introducción del "cohecho internacional" o la "corrupción privada" como las posibilidades de la persecución penal(115). Finalmente, otro campo en el que se ataca de manera especial a las transnacionales es el de la **defraudación tributaria**. Aquí también se manifiesta el "abuso de poder" de las transnacionales que les permite, de distinta forma, ya sea conseguir directamente exoneraciones tributarias a través de los países huéspedes o transferir pérdidas y ganancias de la manera más favorable posible para evitar pagar impuestos o reducir considerablemente la materia imponible(116). Esta difícil problemática no tiene una solución meramente penal, pues involucra una serie de medidas extrapenales para controlar la evasión tributaria. En el campo penal, la dificultad mayor se tiene a la hora de determinar la "ley penal en el espacio", pues las reglas penales existentes al respecto han sido construidas pensando en conductas punibles de individuos, y, por lo tanto, toman por referencia el "lugar de comisión del delito" o el "lugar en que surten efectos" estas acciones para reconocer los principios aplicables: de territorialidad, real o de protección de intereses, de personalidad (activa y pasiva), universal. En el caso de los entes colectivos, este planteamiento está destinado al fracaso. Por eso, teniendo en cuenta la peculiaridad de la responsabilidad penal de los entes colectivos, lo que interesa debe ser, independientemente de dónde se hubiere realizado el hecho, de si la empresa procesada en el territorio nacional sería corresponsable en el territorio nacional (dominio de la organización defectuosa)(117).

VII. EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE LAS SANCIONES Y EL PROCEDIMIENTO

En la doctrina se ha reconocido hace ya algún tiempo la necesidad de establecer un **catálogo de sanciones** específicos para los entes colectivos (empresas)(118). Muchas de estas propuestas han sido recogidas en los distin-

(115) Una evaluación al respecto de la legislación penal peruana que contiene algunos avances pero también mantiene defectos, puede verse en ABANTO VÁSQUEZ. "Vacíos ..." p. 131 y ss.
(116) Ampliamente al respecto TIEDEMANN, "Empresas multinacionales...", p. 253 y ss.
(117) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...". p. 62 y ss.
(118) Cfr. entre otros, HEINE. "Modelos de responsabilidad...". p. 55; TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrech AT", p. 138, 155 y ss.; DANNECKER, c. más refs., "Zur Notwendigkeit...", p. 124 y ss., y en WABNITZ/JANOVSKY, n. marg. 124, p. 63; ACHENBACH, en ANCHENBACH/RANSIEK, p. 4. n. marg. 7 y ss.;

tos modelos legislativos existentes. P. ej. en el sistema de las "consecuencias accesorias" o en el Derecho contravencional, donde aparte de las ya clásicas multas(119) y las prohibiciones de contratar (o de participar en licitaciones), también se encuentran "penas" como la disolución de la empresa, el cierre temporal de la empresa o multa, publicidad de la sentencia, etc. Más novedosa es la "curatela de la empresa"(120), o sea la orden judicial de administración forzosa temporal de la empresa, cuya ventaja, en relación con otras sanciones, consiste en que evita perjudicar a terceros inocentes (accionistas, acreedores, etc.). El Anteproyecto español de 2008 contiene no solamente la "intervención de la empresa" (art. 33, número 7) sino también la "publicidad de la sentencia" (art. 288), como penas específicas para las personas jurídicas. Respecto a la primera sanción penal, se ha observado que parecería ser más conveniente no considerarla como pena sino como "medida de seguridad" dentro de un sistema específico de medidas de seguridad para personas jurídicas(121).

Aquí se suele enfatizar también en la necesidad de introducir, adicionalmente a las sanciones, **medidas preventivas de control** o mejorarse las ya existentes para evitar las futuras infracciones(122). P. ej., en graves riesgos sociales procedentes de la producción, puede disponerse la limitación de la producción como último recurso(123). En caso de responsabilidad de la matriz (ver arriba en IV), existe aquí el problema práctico importante de que, en muchos casos, la filial que hubiera actuado cometiendo el delito, hubiera recibido de la matriz solamente un capital reducido. En tal caso, resultaría desproporcionado imponer a esta una multa elevada, pero tampoco puede imputarse por ello, sin más, una responsabilidad penal (y una multa) a la matriz. En tal caso, deben presentarse los demás requisitos de responsabilidad penal de la matriz para que esta, por sí sola o conjuntamente con la filial, sufra una pena de multa(124).

ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 206 y ss. Sobre las sanciones contravencionales para empresas, que pueden ser tomadas por modelo para las sanciones penales correspondientes, cfr. también por todos, EIDAM, p. 235 y ss.

(119) Incluso en un sistema no penal, que basara la imposición de "medidas accesorias" sobre la base de la "peligrosidad objetiva" del ente colectivo, es legitimable la imposición de una "multa", siempre que exista una proporción entre la medida y la finalidad buscada: la multa debe tener en cuenta el "significado económico" del monto impuesto para la la persona jurídica; cfr. MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 372.

(120) C. más refs. ver SCHÜNEMANN, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 29, p. 1843; HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p 55.

(121) Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 16 y ss., 25 y ss.

(122) Ampliamente, DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 127 y ss.

(123) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 55.

(124) Cfr. HEINE, sugiriendo la posibilidad de introducir además "directrices" más precisas similares a las "Sentencing Guidelines" norteamericanas, "Modelos de responsabilidad ...", p. 59.

Una modificación de la parte general, en el sentido de la admisión de la punibilidad de los entes colectivos, tiene que encontrar correspondencia también en el **proceso penal**. No debería haber problemas para hacer las modificaciones pertinentes en la ley procesal (o la introducción de disposiciones específicas dentro de una ley especial), no habría problemas para incluir como sujeto procesal a la persona jurídica(125). En el Derecho alemán, por ejemplo, aunque no exista proceso penal para las personas jurídicas, aunque sí un "procedimiento contravencional". Y también en el Ordenamiento Procesal penal alemán (StPO) se ha previsto una regla específica para las "personas jurídicas" cuando, en el procedimiento judicial, se viera contra ellas un proceso contravencional (ver más abajo): el art. 444 StPO ("Procedimiento para la fijación de multas contravencionales contra personas jurídicas y agrupaciones de personas"). Durante el proceso se han previsto también "medidas cautelares". En el proceso penal existe el "decomiso especial" aplicable también a las "personas jurídicas" en su calidad de representadas por la persona natural que hubiere cometido el delito (art.75, concordado con los arts. 74 y ss. StGB)(126). Lo mismo existe en el proceso contravencional (ver abajo en 4.3.1). Ambas medidas son consideradas incluso por algunos autores como auténticas "sanciones penales" o "cuasi penales" contra personas jurídicas(127).

Aquí también debe ubicarse la problemática referida a las maniobras de evasión de responsabilidad típicas de la naturaleza de una "persona jurídica": su **transformación o desaparición** durante el proceso o después de la imposición de la sanción (penal, contravencional o cuasi penal). En la doctrina y la jurisprudencia del Derecho de contravenciones se discute sobre las consecuencias que tendría la "transformación de la empresa" durante un proceso en curso o, después, al tratar de ejecutarse una sanción ya impuesta. En el Derecho contravencional alemán se han discutido estos problemas. La doctrina concuerda en que tal transformación solo tendría efectos excluyentes en la aplicación del art. 30 OWiG si se pudiere afirmar que ha habido un "cambio de identidad" de la empresa (mediante una interpretación económico-fáctica). Ello no ocurriría con el mero cambio de socios o al producirse ni tampoco con el cambio del nombre; pero sí podría ocurrir con el cambio de forma jurídica o en caso de una fusión o adquisición de empresas, dependiendo de si sigue habiendo identidad de empresas o, en el último caso, el patrimonio de la empresa anterior cumpliese similares funciones en la nueva o ha pasado a formar gran parte del nuevo

(125) Entre otros, cfr. PIETH, basándose en la experiencia suiza, p. 602 y ss.; DANNECKER, "Zur Notwendigkeit...", p. 129 y ss.; HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 56.
(126) Cfr, EIDAM, n. marg. 886, p. 256.
(127) Cfr. EIDAM, n. marg. 842, p. 243, n. marg. 904, p. 263.

capital[128]. Y para la validez de multas contravencionales a la anterior empresa, debe verificarse si el hecho evaluado para la multa a la primera empresa sigue teniendo vinculación con la nueva[129]. Algo similar ocurre en el Derecho comunitario, donde el tema de la "sucesión empresarial" ha ocupado a la jurisprudencia del TJCE, el cual impone la multa a aquella empresa sucesora que tuviere una "continuidad funcional y económica" con la empresa disuelta infractora[130].

VIII. DERECHO COMPARADO

1. Experiencias vigentes

En la legislación comparada los modelos van desde una responsabilidad propia hasta un modelo de imputación. Debe observarse que aquí se encuentra también una "responsabilidad subsidiaria" dentro del modelo de la "culpa organizativa" del ente colectivo.

En el **Derecho anglosajón** la responsabilidad penal de "empresas económicas" constituye algo prácticamente "normal" debido a su vigencia desde principios del siglo XX, además de no presentar tampoco problemas dogmáticos: de manera pragmática, la jurisprudencia penal se basa allá básicamente en la doctrina (civil) de la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados ejecutados, en el marco de sus actividades laborales, por sus empleados en general (en algunos estados, solamente se puede tratar de altos empleados) y en la finalidad de "intimidar" a la empresa para que se abstenga de hechos futuros similares, mas no en la necesidad de un "reproche ético-social"[131].

En muchas reformas penales europeas y proyectos actuales las *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders* de 1991 de los **EE.UU.** han influido de manera decisiva. Aunque ellas solamente constituyan pautas para los jueces (debido a la disparidad de criterios existentes anteriormente en el sistema de organización federal norteamericano), se han basado en una serie de estudios y experiencias previas sobre la naturaleza de las empresas. La ley parte de la idea de la idea de reforzar la autorregulación a través de la coacción de la ley (premios y castigos). Las empresas deben prever programas de *compliance* (cumplimiento) para impedir la comisión de

(128) KÖNIG en Göhler, § 30, n. marg. 38, p. 264 y ss.; EIDAM, n. marg. 780 y ss., p. 224 y ss.
(129) KÖNIG en Göhler, n. marg. 38b, p. 265.
(130) Ver c. más refs. HEINE, quien críticamente considera que, además de la continuidad funcional y económica, debería exigirse la "necesidad preventiva" (gravedad de la culpabilidad empresarial y evitabilidad futura de desarrollos organizativos defectuosos), "Modelos de responsabilidad ...", p. 60.
(131) Sobre el sistema norteamericano consultar, entre otros, EIDAM, n. marg. 1015 y ss., p. 295 y ss.; ROGALL KK OWiG, § 30, n. marg. 246, p. 545 y ss.

infracciones en la empresa. Si no lo hicieren o esto fuera insuficiente y se produjere un delito, se le impondrá una pena por el simple hecho de ser "respondeat superior" (superior jerárquico) sin fundamentar dogmáticamente la culpabilidad. En cambio, si interesa la culpabilidad en la fijación de la pena. Para ello las "guidelines" tienen una serie de disposiciones que, además de regulaciones que con criterios preventivos (intimidación) tienen en cuenta el tipo de empresa, su solvencia, etc. para fijar la "multa base", establecen luego agravantes y atenuantes a esta "multa base" en función de la culpabilidad (*culpability score*). Resumidamente, se tienen como "agravantes" a la implicación en el delito o la tolerancia que hubiere manifestado el superior jerárquico, el historial criminal (reincidencia) de la empresa, la obstrucción a la administración de justicia en la investigación, el proceso y la ejecución; y como "atenuantes", el contar con programas éticos y de cumplimento efectivo (*compliance*), la autodenuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidades(132).

En **Europa** el avance de la responsabilidad contravencional o administrativa de las personas jurídicas no se ha detenido. En muchos países de la Unión Europea (Francia, Suiza, Austria, Suecia, Holanda, etc.) se ha ido adoptando paulatinamente y de diversas formas una responsabilidad penal (amplia o estricta, directa o subsidiaria) de los entes colectivos. Aquí no se pueden revisar todos los avances(133), pero se puede exponer por lo menos las soluciones legislativas de los países más conocidos y que pueden influir en las legislaciones hispanoparlantes.

En **Francia** existe en el CP de 1995 un modelo de responsabilidad penal del personal supervisor de la empresa conocida como *responsabilité du fait d'autrui* mediante el cual los individuos responsables de la empresa pueden ser penados por "desarrollos empresariales defectuosos" en el sentido de la "responsabilidad originaria que la doctrina recomienda para los entes colectivos (ver arriba en 3.2 c). Sin embargo, debido a su evidente carácter de "responsabilidad objetiva" (tiende a la afirmación automática de la

(132) Cfr. y con más detalles y referencias bibliográficas, NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal ... Un modelo legislativo", p. 180 y ss.

(133) Ver los análisis de Derecho comparado en SCHÜNEMANN, LK StGB, § 14, n. marg. 82 y ss., p. 936 y ss.; ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 233 y ss., p. 541 y ss.; TIEDEMANN, "Responsabilidad penal...", p. 25 y ss., y en "Nuevas tendencias...", en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 89 y ss.; HEINE, "Kollektive Verantwortlichkeit...", p. 579 y ss. Un amplio panorama internacional al respecto ofrece EIDAM, ver n. marg. 903 y ss., p. 263 y ss. También SCHOLZ menciona ejemplos de legislaciones penales extranjeras para avalar la reforma que en el 2000 debía introducir (pero no lo hizo) la responsabilidad penal de personas jurídicas, ver p. 435 y ss. Incluyendo, además, convenios e iniciativas internacionales, CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., n. marg. 122 y ss., p. 523.

punibilidad), la doctrina alemana recomienda atenuarla ("domesticarla") a través de una responsabilidad empresarial(134).

En **Suiza** es interesante el art. 100quarter del CP, introducido a través de una reforma del 2003 con motivo de la lucha contra el terrorismo. Allí se prevén dos modalidades de responsabilidad del ente colectivo: una "responsabilidad subsiaria" de la empresa cuando no pudiere imputarse a ningún individuo la comisión de un delito realizado en el marco de la actividad comercial de la empresa debido a una falta de organización interna (art, 100quarter 1), y la "responsabilidad directa" de la empresa. En el primer caso se trata de una culpabilidad por defecto de organización que lleva a la **no-identificación** del individuo culpable, mientras que en la segunda modalidad se refiere a una culpabilidad por defecto de organización que **permite la comisión de delitos** de corrupción, terrorismo y blanqueo de capitales; aquí la responsabilidad colectiva es directa y cumulativa (o sea que también hay responsabilidad individual) y no importa que ella haya sido dolosa o imprudente(135).

En **Italia** hace pocos años se ha reconocido la responsabilidad e los entes colectivos de manera similar al sistema anglosajón y alemán. A partir de 1990 se había adoptado una solución cuasi penal en el ámbito del Derecho de la libre competencia, del mercado de título-valores y de audiovisuales. No se había adoptado una responsabilidad penal plena debido a la vigencia del principio constitucional, que se remonta a la Revolución francesa, de la "responsabilidad criminal personal" (art. 27, 1 de la Constitución italiana)(136). Ahora, bajo la vigencia de una compleja y detallada Ley 231 del 8 de junio de 2001, es posible la responsabilidad de la empresa ("ente") por delitos cometidos por empleados u órganos de ella que, "en interés y ventaja" de aquella hubieran cometido determinados delitos: básicamente se trata de delitos cometidos en perjuicio del Estado y la Administración Pública (apropiación indebida, estafa, delito informático, extorsión bajo abuso del poder público, cohecho propio, inducción a la corrupción, etc.) y delitos ambientales(137). A diferencia de su fuente inspiradora, las Sentencing Guidelines norteamericanas de 1991, la ley italiana sí precisa de la "culpabilidad" ya en la determinación de la responsabilidad penal (y no solamente en la fijación de la pena). Luego, aunque se reconoce la "responsabilidad cumulativa", puede haber casos en los cuales el ente colectivo o el indivi-

(134) Ver c. más refs., HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 54 y ss.
(135) Al respecto, c. más refs. NIETO MARTÍN, "La responsabilidad penal ... Un modelo legislativo", p. 266 y ss.
(136) Cfr. TIEDEMANN, "Nuevas tendencias...", p. 91.
(137) Al respecto ver CASTALDO, p. 361 y ss.; también ampliamente NIETO MARTÍN. "La responsabilidad penal ... Un modelo legislativo", p. 194 y ss.

duo puedan quedar libres de pena por ausencia de culpabilidad: el primero cuando pueda probar (inversión de la carga de la prueba) que pese a contar con un efectivo programa de compliance, un subordinado defraudó estos programas para cometer el delito (art. 6); el segundo, cuando no se pudiere probar al subordinado la culpabilidad en el sentido tradicional, para lo cual no importa la existencia o no de programas de *compliance*. En el fondo, aunque se trate aún de una responsabilidad administrativa de la empresa por delitos cometidos por individuos, el hecho de que se la vincule con el Derecho penal de distintos modos hacen pensar en una "forma oculta de responsabilidad penal"(138).

En **Alemania,** estos desarrollos no pasan desapercibidos. Aunque actualmente no existe ningún proyecto o anteproyecto que prevea la introducción de la figura y la discusión es hasta ahora solamente dogmática desde que el legislador alemán ha rechazado enfáticamente, una y otra vez, la posibilidad de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas, no obstante, no se descarta, que a largo plazo, se haga realidad la "punibilidad" de los entes colectivos(139). La presión de estos modelos extranjeros muy fuerte y gana cada vez más influencia en la doctrina alemana, aunque los contrarios a la responsabilidad penal de personas jurídicas consideren que este "positivismo internacional" podría ser errado o, por lo menos, solamente válido para la realidad de los países que lo han adoptado(140).

Existen muchas otras legislaciones penales que prevén alguna forma de responsabilidad penal de los entes colectivos; no puedo referirme a ellas en este estrecho marco(141).

2. Proyectos de reforma

Es de especial interés para el ámbito hispanoparlante (y en especial para el Perú con su modelo de "consecuencias accesorias" similar al español) la

(138) CASTALDO, p. 363, col. izq.

(139) Así evalúa la situación actual en Alemania también ROGALL, en KK OWiG, § 30, n. marg. 229, p. 540; VON FREIER, citando los trabajos más representativos sobre la discusión actual, p. 99.

(140) VON FREIER, p. 100; JAKOBS, "Strafbarkeit...", p. 560, y en la nota 6. Pero tanto estos como los que están a favor de la punibilidad creen que, a largo plazo y debido a la creciente europeización del Derecho penal, Alemania también adoptara el modelo de la punibilidad; DANNECKER en Wabnitz/Janovsky, n. marg. 124, p. 63, SCHOLZ, p. 440.

(141) Al respecto ver TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 232 y ss., n. marg. 242, con múltiples refs. en la nota 313; ídem, "Nuevas tendencias...", p. 10 y ss. (en III); SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 146 y ss. Ver también recientemente, desde un estudio de Derecho comparado entre las legislaciones penales alemana y francesa, HARTAN, p. 114 y ss., 251 y ss.; exponiendo los recientes desarrollos legislativos en Europa en el sentido de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, GÓMEZ-JARA, "Grundlagen...", p. 291 y ss. Además, un análisis de la situación en Suiza puede verse en EIDAM, p. 278, n. marg. 944 y ss., y sobre la responsabilidad (administrativa) de las empresas en Italia en caso de la comisión de delitos ver CASTALDO, p. 361 y ss.

reforma penal española. Ya en el 2003 se dio el primer paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, cuando mediante la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre se introdujo un segundo párrafo al artículo 31 (que regulaba y regula aún el "actuar por otro") para hacer que la "persona jurídica" responda civilmente por el pago de la multa que se hubiera impuesto al autor individual, siempre que este hubiera actuado "en nombre" o "por cuenta" de aquella(142).

En el **Proyecto de 2007** (publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Generales", de 15 de enero de 2007, serie A, número 119-1) había previsto la punibilidad general de las personas jurídicas. Junto con otras modificaciones y adiciones en la parte general y especial del CP de 1995, se había introducido el siguiente artículo básico:

> Artículo 31bis:
>
> "1.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.
>
> En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizarlos hechos o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.
>
> 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de estas excluirá la responsabilidad penal de aquellas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.
>
> 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no

(142) Al respecto ver ampliamente con múltiples referencias GÓMEZ-JARA, "El nuevo artículo 31.2...", p. 239 y ss. Ver arriba en 3.2 sobre las críticas.

excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguietne.

4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, la fundaciones y las sociedades."

Y también se preveía una modificación del actual art. 33 CP (referido a las penas para individuos) para incluir un número 7 con las "penas aplicables a las personas jurídicas": multa, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades de hasta 5 años, clausura de locales por hasta 5 años, prohibiciónd de determinadas actividades temporal o definitivamente, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con las administraciones públicas y obtener otros beneficios, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores por hasta 5 años.

Al haber fracasado el Proyecto del 2007 por la cercanía de las elecciones generales (que impidió la revisión y votación del proyecto), se ha vuelto a un nuevo Anteproyecto de 23 de noviembre (fechado el 14 noviembre) de 2008. El **Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008** no modifica nada sobre la punibilidad de las personas jurídicas (art. 31bis, art. 33, número 7).

Estos proyectos y anteproyectos (que están basados todos en la misma idea, salvo por diferencias mínimas) también han merecido fuertes críticas. No solamente, lo han criticado, como era de esperarse, los que están en contra de una responsabilidad penal de personas jurídicas, sino también quienes no se oponen a ella. El problema de la reforma penal está en que se crearía,

adicionalmente a la responsabilidad del individuo que "actúa por otro" (art. 31, primer párrafo) y a la posibilidad de la "omisión del empresario" por violar un deber de cuidado proveniente de una posición de garante (art. 11) una responsabilidad adicional[143]. El Consejo General del Poder Judicial ha publicado a principios del 2009 un análisis del Anteproyecto del 2008. En lo referente al modelo adoptado de "responsabilidad penal de las personas jurídicas" se ha observado y criticado que no se trate de una "responsabilidad propia", sino que esté siempre vinculado a la "persona individual" (aunque no de manera extrema pues solamente exige un hecho punible de esta)[144]. Esto tiende a una inconstitucional "responsabilidad objetiva", pues no se ha señalado ningún criterio de responsabilidad para la persona jurídica. Aunque esto pueda ser salvado de alguna manera por un esfuerzo interpretativo que incluya una "infracción del deber de control" (previsto en el Anteproyecto solamente en lo referente a los "empleados" y no a los "órganos"), se ha recomendado, siguiendo la doctrina más avanzada, mejorar la redacción para incluir un criterio en el sentido de una "ausencia de los mecanismos de control adecuados" o "defecto de organización"[145]. Además se aconseja señalar de manera expresa el ámbito en el cual habrían actuado los individuos (en el ejercicio de sus funciones)[146], e incluir una cláusula que defina, para los efectos penales, quiénes son en concreto las "personas jurídicas" punibles evitando así problemas interpretativos derivados del distinto empleo normativo de los conceptos "asociaciones, fundaciones y sociedades" mencionados en el número 5 del art. 31 bis[147]. Por lo demás se trata de un modelo que no excluye la punibilidad de los individuos al interior de la empresa (doble incriminación) y que mantiene, con modificaciones, un sistema de "medidas" de carácter preventivo (art. 129), que reemplaza a las anteriores "consecuencias accesorias", y conlleva el peligro de eludir el respeto a principios penales básicos, aparte de permitir su amplia aplicación a todo tipo de ente colectivo ("organizaciones")[148].

En Latinoamérica destaca sobre todo en **Chile** el reciente proyecto de Ley sobre "Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho" de setiembre de 2009. Aquí, siguiendo en especial el modelo italiano del Decreto

(143) Cfr. c. más refs., refiriéndose al Proyecto de 2007, DEMETRIO CRESPO, p. 52 y ss., 58.
(144) Ver los comentarios de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial en el "Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", de p. 5 y ss.
(145) Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 9 y ss.
(146) Ibídem, p. 12 y ss.
(147) Ibídem, p. 15.
(148) Cfr. las observaciones y críticas del CGPJ, "Informe...", p. 23 y ss., 25 y ss.

Legislativo 231[149], se trata de obligar a las personas jurídicas de Derecho Privado y a las empresas públicas creadas por ley (art. 2) a prevenir la comisión de delitos, en interés o provecho de la persona jurídica, por parte de sus empleados inferiores como superiores que tengan "deberes de dirección y supervisión", a través de la instauración de "modelos de organización, administración y supervisión" para prevenir delitos (art. 3, tercer párrafo). La persona jurídica quedará exenta de pena solamente en caso de contar con estos "modelos de prevención", en la forma prevista en el extenso art. 4 (que diferencia según la complejidad de la persona jurídica, señala los requisitos de estos modelos, entre otros, su "certificación" por empresas de auditoría externa). Pero la ley parece partir de una "responsabilidad subsidiaria" de la persona jurídica. Por un lado, excluye tal responsabilidad penal cuando "las personas naturales (...) hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero" (art. 3, último párrafo). Pero, más allá de esta regulación razonable, más adelante se dice que la "responsabilidad autónoma" de la persona jurídica solamente existiría en casos (por lo demás evidentes) de extinción de la responsabilidad penal individual, del sobreseimiento temporal del proceso contra el imputado individual, y cuando pese a la comprobación de la existencia del delito, no se pudiere establecer responsabilidad individual (art. 5). En lo relativo a las penas, la ley establece una regulación muy detallada. Por un lado existen reglas generales (arts. 9 a 14), donde se definen las penas principales (disolución de personería jurídica, prohibición de contratar con el estado, pérdida de beneficios fiscales, multa), penas accesorias (publicación de la sentencia condenatoria, comiso de ganancias y efectos), por otro lado, también se tiene una serie de criterios para la determinación de la pena (art. 15 y ss.): penas específica según se tratare de "crímenes" o "simples delitos", continuación de la responsabilidad penal en caso de transformación de la persona juridica procesada o condenada, atenuantes y agravantes, etc. Por último también se prevén disposiciones específicas sobre el procedimiento penal (arts. 21 y ss.).

3. Derecho Comunitario

En la Unión Europea prácticamente es ahora una realidad la existencia de un "Derecho Comunitario sancionador" mientras que en Latinoamérica no se ha pasado de propuestas de Código Penal Tipo. El Derecho comunitario constituye toda un área jurídica de carácter supranacional que abarca una serie de materias, básicamente el Derecho de la libre competencia, pero

(149) Sobre los antecedentes y con una interpretación amplia del texto expone SOTO PIÑEIRO, "La responsabilidad penal de la propia persona jurídica en el Derecho penal chileno", en: "Segundo Encuentro de Derecho penal en la Finis Terrae. Homenaje en La Patagonia al profesor Claus Roxin", Punta Arenas, 2009.

también el Derecho Financiero y de subvenciones en materia comunitaria. Este Derecho prevé y aplica en su propia jurisprudencia (a través de las decisiones de la Comisión Europea y resoluciones del Tribunal de las Comunidades Europeas), desde el inicio una responsabilidad propia de personas jurídicas (empresas)(150). La doctrina alemana considera que aquí se trata de sanciones de Derecho Penal en sentido amplio, pero hay discusión sobre si serían equivalentes a las contravenciones alemanas(151).

Ahora bien, el Derecho Comunitario no se queda en la esfera legal comunitaria pues también puede influir directa o indirectamente en el Derecho Penal nacional(152). En los últimos años se busca, de manera más ambiciosa, crear incluso un Derecho Penal comunitario(153).

Más allá de una obligación de "asimilar" principios comunitarios en la legislación (penal) nacional, se ha buscado **armonizar** la protección penal de los intereses comunitarios. Es así como, para acabar con los fraudes al sistema comunitario de subvenciones que no eran reprimidos en algunos países miembros, se pactó el "Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea" del 26 de julio de 1995 (publicado el 27-11-1995)(154). En este Convenio, aparte de introducir un concepto peculiar de "fraude" (similar a los modelos francés e inglés por basar el injusto en la conducta de "engaño"(155)), se previó la "responsabilidad penal de los jefes de la empresa"(156), así como las sanciones correspondientes para estas

(150) Ver refs. en ROGALL, KK OWiG, n. marg. 115, p. 1704; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 254 y ss., n. marg. 270.

(151) Sobre la problemática ver TIEDEMANN, c. más refs., "Derecho penal económico. Parte general", p. 242 y ss.,. marg. 251 y ss. La posibilidad de imponer directamente sanciones penales por parte de las autoridades comunitarias todavía no existe aún (aunque podría cambiar) debido a la falta de delegación de facultades específicas por parte de los Estados miembros; al respecto TIEDEMANN, c .más refs. ibídem, p. 242, n. marg. 250.

(152) El *influjo indirecto* se produce a través de los elementos normativos de los tipos nacionales, pues ellos pueden *remitirse* a la normativa comunitaria existente (directivas, reglamentos, decisiones-marco) y, en ese caso, debe darse una interpretación "conforme a la Comunidad" de las leyes nacionales (deber de fidelidad a la Comunidad del Derecho nacional, incluyendo al Derecho penal); cfr. TIEDEMANN, poniendo por ejemplo a la "estafa" y al "fraude de subvenciones", en LK, comentarios previos § 263, n. marg. 97 y ss.

(153) Al respecto ver TIEDEMANN. "Derecho penal económico. Parte general", p. 104 y ss., n. marg. 82 y ss.; ACHENBACH, p. 566 y ss.

(154) Ver el texto del Convenio, sus modificaciones y reglamento, en su versión española, recopilados en ARROYO ZAPATERO/DE VICENTE MARTÍNEZ (directores.), "Derecho penal económico", 2da. edición, Barcelona, 2002, p. 404 y ss. Los extractos que vienen a continuación provienen de allí.

(155) TIEDEMANN observa que, con este modelo, solamente se exige que el autor obtenga, con engaños de cualquier tipo, los medios financieros (comunitarios) "de manera injusta", de tal manera que cualquier "daño" solamente sería entendido de manera "normativa" en el sentido de la teoría alemana de la "frustración de los fines"; ver en LK, 11ra. ed., com. previos § 263, n. marg. 95. Esta definición constituye, de todos modos, un modelo básico de "tipo europeo de la estafa"; ver ibídem, n. marg. 103.

(156) **Artículo 3: Responsabilidad penal de los jefes de empresa**
Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o

conductas (artículo 2), aclarando explícitamente que estas sanciones deberían consistir en "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias" y, entre las cuales, podría incluso preverse "penas de privación de libertad que puedan dar lugar a la extradición" en caso de "fraudes graves" según el monto de lo defraudado. En cumplimiento de este Convenio, Alemania, con la "Ley de Protección de las finanzas de la Comunidad Europea" de 1998 ha ampliado la protección penal del tipo de "fraude de subvenciones" (art. 264) para incluir también los intereses financieros de la Comunidad Europea; incluso ha ido más lejos de lo exigido en este aspecto, pues no solamente se protegen las "subvenciones comunitarias" sino también otras prestaciones distintas de las "subvenciones"(157), pero no ha considerado necesario introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas. Posteriormente, se adicionaron otros "Protocolos" que, siguiendo el modelo inicial, previeron la protección comunitaria de otros intereses. En el "Segundo Protocolo" (publicado el 19-07-1997), se previó, para todos los países miembros, entre otras cosas, la represión penal del "blanqueo de capitales" (art. 2) y se introdujo expresamente la "responsabilidad de las personas jurídicas" cuando ella intervenga en la comisión de los delitos previstos en todos los protocolos. Por cierto que no se explicitó que se deba tratar de una "responsabilidad penal" pero se precisó que entre las sanciones que debían adoptarse podrían estar algunas de carácter penal como la "multa" (además de una típica medida del Derecho Penal económico: la "confiscación de los "productos" o ganancias del delito).

El Parlamento Europeo, tras la experiencia del Convenio de 1995 ya mencionado y los posteriores protocolos, ha decidido en el año 2000 preparar el camino hacia una auténtica legislación supranacional penal sobre los intereses financieros de la Unión Europea. Es así que ha encomendado a la Comisión Europea (el órgano ejecutivo) la preparación de un **Decreto Comunitario** (EG-Verordnung), equiparable a una ley nacional, que regule la protección de los intereses finacieros de las Comunidades Europeas. De manera preparatoria el Parlamento Europeo encargó a un grupo de expertos penalistas europeos (entre otros, Klaus Tiedemann, Mireille Delmas-Marty, Luis Arroyo Zapatero) la preparación de un documento que contenga normas penales generales y especiales referidas a este tema.

cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, tal como figuran en el artículo 1, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa.

(157) Al respecto ver TIEDEMANN, LK, 11ra. ed., com. previos § 263, n. marg. 102; § 264, comentarios adicionales, n. marg. 3 y ss.

El llamado **Corpus Juris** salió publicado, en su segunda versión definitiva el 2000. Aquí[158] se ha previsto una "responsabilidad penal del empresario y de personas que ejerzan potestades de decisión y de control dentro de una empresa" (artículo 12) y una "responsabilidad penal de agrupaciones" (art. 13). Se critica al art. 12 del Corpus Juris (regla del actuar por otro) que solamente haya previsto la responsabilidad del titular del negocio, mas no la responsabilidad general del representante[159]. Y el modelo empleado en el art. 13 es el de la responsabilidad penal por un hecho ajeno (modelo vicarial) y por lo tanto presenta los problemas ya expuestos.

En 2003 el Parlamento Europeo, en una "resolución" ha decidido la creación de un Código Penal europeo con normas materiales y procesales. Pero también ha habido un proyecto privado importante: bajo la iniciativa de un grupo de penalistas europeos (impulsados sobre todo por el profesor Klaus Tiedemann) se ha trabajado y puesto a consideración del Parlamento Europeo un proyecto muy amplio de legislación penal bajo el nombre de **Eurodelitos**. En el documento final se prevén una parte general con principios penales (legalidad, *ne bis in idem*), cuestiones de competencia (jurisdicción y principio de territorialidad) y los presupuestos del delito (dolo, imprudencia, error, causas de justificación, autoría y participación, tentativa, concurso); en la parte especial se tipifican grupos de delitos que afectan a los intereses (no solamente financieros) de la Unión Europea: los trabajadores y el mercado de trabajo, los consumidores y la competencia, el medio ambiente, el patrimonio de las empresas y los acreedores, el sistema crediticio, bursátil y financiero, la marca comunitaria, y las medidas sancionadoras de la Unión Europea u otros organismos internacionales. Entre las regulaciones de parte general, se ha previsto tan solo una "responsabilidad por comportamientos ajenos" de los "superiores jerárquicos" tanto en la Administración Pública como en empresas[160]. En cambio se ha omitido conscientemente proponer una regulación de la "responsabilidad penal de las personas jurídicas" para no añadir un modelo frente a los ya aportados por el "Corpus Juris" (en donde también participaron los autores de la propuesta de "eurodelitos") y por legislaciones de países como Francia e Italia[161].

(158) Ver el texto del art. 15 del Corpus Iuris en su versión definitiva de 2000 en TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Introducción y parte general", 2da. edición, p. 312); hay una traducción de la versión de 1999 efectuada por Nicolás García Rivas y publicada en la Revista Penal, España, N° 3 (1999), p. 89.

(159) Cfr. SCHÜNEMANN en LK StGB, § 14, n. marg. 85, p. 939 y ss.

(160) Puede verse el texto publicado en TIEDEMANN/NIETO MARTÍN, "Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea", Cuenca (España), 2004, p. 142 y ss.

(161) Cfr. TIEDEMANN, en TIEDEMANN/NIETO MARTÍN, "Eurodelitos...", p. 18 y ss.

IX. LAS SOLUCIONES EXTRAPENALES

1. El Derecho Administrativo sancionador

En la actualidad se observa un interesante proceso de delimitación y acercamiento entre el Derecho Penal tradicional y el llamado Derecho Administrativo sancionador. Se ha reconocido finalmente el parentezco que existe entre ambas áreas. Pero mientras que en España y los países hispanoparlantes, este desarrollo parte del mismo Derecho Administrativo, en Alemania, se ha independizado como Derecho contravencional (*Ordnungswidrigkeitenrecht*). Por sus resultados, sin embargo, hay muchas similitudes. Pero también hay diferencias interesantes como el hecho de que en Alemania las "faltas" (*Übertretungen*), desde hace ya varias décadas, hubieran pasado a formar parte del Derecho contravencional mientras que en nuestros países todavía son mantenidas (con poco éxito práctico) en los Códigos Penales.

En **España** existe desde mediados del siglo XIX un Derecho Administrativo sancionador que conoce la responsabilidad de las personas jurídicas (junto a la de los individuos), el cual recién en los últimos años se ha aproximado, en cuanto la judicialización y su vinculación con garantías, al Derecho Penal(162). La jurisprudencia constitucional española ha aclarado además dos cuestiones importantes y de gran trascendencia para la responsabilidad auténticamente penal de las personas jurídicas. Por un lado no ha considerado la existencia de una violación al principio *ne bis in idem* cuando, por los mismos hechos se sancionara administrativamente a la persona jurídica y penalmente a la persona física (STC 77/1983, ATC 1479/1991)(163). Por otro lado, tras haber reconocido la vigencia de las garantías del Derecho Penal para el Derecho Administrativo sancionador ya en los años 80 del siglo XX (SSTC 8.6.1971, 7.10,1983, 18/1987)(164). En una sentencia trascendental, en 1991 (STC 246/1991 de 19 de diciembre) el Tribunal Constitucional, ha reconocido a las personas jurídicas la "capacidad de infringir las normas a las que están sometidas" así como la "necesidad de protección eficaz" de bienes jurídicos, pero ha exigido el respeto del principio de culpabilidad para fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas y ha advertido que "ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas". Aquí el Tribunal parece parece abogar por un sistema de responsabilidad propia y un reproche de "falta de organización", y no vincular esta "culpabilidad"

(162) ARROYO ZAPATERO, p. 18 y ss.
(163) Ver la ref. en ARROYO ZAPATERO, p. 19.
(164) Ver en ARROYO ZAPATERO, p. 19; en relación con los delitos tributarios ver también, c. refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000, p. 489 y ss.

con una imputación a través de una persona natural(165). En efecto, la jurisprudencia constitucional española ni siquiera habla de una culpabilidad de las personas jurídicas, sino de una "intencionalidad" y ha aclarado que los principios penales no pueden trasladarse sin cambios al Derecho Administrativo sancionador(166).

En los países de habla hispana, también se observa un proceso similar. En el Perú ha existido hace algunos años un reconocimiento expreso del "Derecho administrativo sancionador" en la nueva ley administrativa 27444 de abril de 2001. Allí se ha instaurado un auténtico "Derecho Administrativo sancionador" que, en el caso de la aplicación de sanciones, se orienta en una serie de principios y garantías penales ("principios de la potestad sancionadora administrativa", art. 230) y que reconoce implícitamente la responsabilidad de las personas jurídicas a quienes considera "administrados" al igual que a las personas naturales (art. 50 Ley 27444) contra los cuales es posible seguir un procedimiento administrativo sancionador (art. 239, 234 y ss. Ley 27444).

2. El Derecho contravencional alemán

Desde 1952 existe en Alemania un **Derecho contravencional** que se asemeja en mucho al sistema del Derecho administrativo sancionador. En dicho año se dio la "Ley de Contravenciones" (Ordnungswidrigkeitengesetz), reformada en 1968. Desde el 1 de enero de 1975, las "faltas" (Übertretungen) fueron eliminadas del Código penal (los antiguos arts. 360 y ss.) y en gran parte se transformaron en "contravenciones"(167). Este Derecho es considerado por la doctrina alemana como parte del Derecho Penal "en sentido amplio" básicamente debido a que también tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos(168) y a que la contravención, en relación con el delito, solamente tendría una **diferencia cuantitativa** (derivada del principio de proporcionalidad y de mínima intervención)(169).

Solamente en el ámbito reducido del núcleo del Derecho Penal (delitos violentos) sí existiría una **diferencia cualitativa**. Además, sí podría hablarse

(165) Cfr. ARROYO ZAPATERO, p. 19 y ss.
(166) Ver las refs. en MIR PUIG. "Una tercera vía...", p. 363 y ss.
(167) Sobre el desarrollo del Derecho contravencional alemán ver, ampliamente, en GÖHLER, "OWiG", n. marg. 1 y ss., BOHNERT en KK zum OWiG, n. marg. 1 y ss.; de manera resumida, MITSCH, "Grundzüge...". Ob. cit.; ACHENBACH, "Ahndung...", p. 1 y ss.; TIEDEMANN, "Derecho penal administrativo" en "Constitución y Derecho penal", p. 91 y ss., 103 y ss. (también en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 39 y ss., 47 y ss.).
(168) ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 32, n. marg. 62.
(169) ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 32, n. marg. 62, al final, p. 58. n. marg. 130; MITSCH, destacando sin embargo, la diferente valoración de algunas infracciones según la legislación estadual donde se produzca, valoración que puede calificar una misma infracción como delito, contravención o dejarla impune, "Grundzüge...", p. 241.

de una diferencia claramente "cualitativa" en cuanto a las respectivas consecuencias jurídicas: si bien las multas contravencionales pueden ser mucho más elevadas que las penales, aún así ellas no poseen el reproche ético-social inmanente a las auténticas penas(170) que implicaría una falta de estigmatización(171). Por estos motivos, en general, se suele hablar de una "diferencia cualitativa-cuantitativa" entre ambas disciplinas(172). Finalmente, debe observarse que las contravenciones tienen un plazo de prescripción más corto que las penas (entre 3 años para las contravenciones más graves y 6 meses para las más leves, según el art. 31 OWiG), plazos que pueden variar según las normas administrativas especiales (p. ej. 3 meses para las contravenciones contra el tráfico de vehículos según el Ordenamiento de Tráfico de Vehículos).

La Ley alemana de contravenciones (OWiG) se divide en tres partes: la primera contiene principios generales (parte general); la segunda, el procedimiento para la imposición de sanciones contravencionales (proceso contravencional), y la tercera hace un listado abierto de los tipos contravencionales (parte especial).

En lo relacionado con la **responsabilidad contravencional de los entes colectivos**, la ley ha previsto lo siguiente:

1.- Se prevé una regla de **responsabilidad mediata del ente colectivo** (art. 30 OWiG) a través de la actuación de personas naturales que hubieran actuado por ella y cometido un delito o una contravención: sus órganos, su directorio, su representante legal, mandatario, etc.(173). Estas multas contraven-

(170) STREE en Schönke/Schröder, p. 724, n. marg. 35; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 80 y ss., n. marg. 51; MITSCH, "Grundzüge...", p. 409, columna izquierda. Ver la discusión sobre la naturaleza de la "multa contravencional" en TIEDEMANN, en "Constitución y Derecho penal", p. 117 y ss., 120 y ss. (también en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 57 y ss., 59 y ss.); ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 64 y ss.

(171) Esta "falta de estigmatización" de las multas contravencionales destaca porque no genera tampoco "antecedentes" y no son inscritas en ningún registro, ni siquiera en los casos de contravenciones graves (aunque sí puedan inscribirse en un "registro industrial). Cfr. Achenbach, citando jurisprudencia, "Ahndung...", p. 16.

(172) ROXIN, c. más referencias sobre esta teoría "cualitativa-cuantitativa", "Strafrecht AT", tomo 1, p. 59, n. marg. 132 y ss.; c. más refs. STREE en Schönke/Schröder, comentarios previos vor §§. 38 ff., n. marg. 35. ACHENBACH hace una diferenciación según 3 grupos de contravenciones: tipos de pura desobediencia a la administración, lesiones de bagatela a bienes jurídicos y "grandes contravenciones" de gran dañosidad social; ver "Ahndung...", p. 9 y ss. En el Derecho administrativo sancionador de España parece predominar en cambio la diferencia meramente "cualitativa", ver c. refs. MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 364.

(173) **Artículo 30 OWiG:**
"(1) Quien,
1. en su calidad de órgano de representación legítimo de una persona jurídica o miembro de tal órgano,
2. como presidente de una asociación sin capacidad jurídica o miembro del directorio de ella,
3. como socio representante legítimo de una sociedad de personas con capacidad jurídica,
4. como apoderado general o, en posición directriz, como mandatario o con poder de actuar por una persona jurídica o por una agrupación de personas según los números 2 o 3, o

cionales contra el ente colectivo, además de las multas contra las personas individuales, se basan en una relación de "cercanía entre el delito y el ente colectivo"(174): violación de deberes del ente colectivo a través de la contravención o el delito, el enriquecimiento efectivo del ente colectivo a través del hecho o la mera finalidad de enriquecimiento (art. 30, párrafo 1, in fine). Se trata de una **responsabilidad** del ente colectivo por un *hecho ajeno* (el de sus representantes): no depende de una sanción efectiva contra la persona individual ni condiciona o excluye la sanción autónoma de esta(175). En resumen, los requisitos para esta responsabilidad contravencional del ente colectivo según el art. 30 OWiG, son:

a) El **destinatario de la multa** es la "persona jurídica" o la "agrupación de personas". Se discute si quedarían excluidos de lege lata las "asociaciones sin capacidad jurídica" como los clubes y las sociedades previas (salvo a las inmediatamente anteriores a la fundación)(176). La personalidad jurídica defectuosa que lleva a su nulidad, no se opone,

5. como cualquier otra persona que actuare respondiendo por la dirección de la industria o empresa de una persona jurídica o de las agrupaciones de personas mencionadas en los números 2 o 3, dentro de cuyas responsabilidades también se encontrare el control de la dirección de la industria o el ejercicio de cualquier otras potestades contraloras en posición directriz, cometiere un delito o una contravención, a través de los cuales se hubieren lesionado deberes que alcanzaren a la persona jurídica o agrupación de personas, o si la persona jurídica o agrupación de personas se hubieren enriquecido o hubieren querido enriquecerse, se podrá imponer una multa sancionadora contra ellas."

"(2) La multa sancionadora comprenderá,
1. en caso de un delito doloso, hasta un millón de euros,
2. en caso de un delito imprudente, hasta quinientos mil euros.
En caso de una contravención, el máximo de la multa sancionadora se determinará según la medida máxima de la multa sancionadora prevista para la contravención. La oración 2 regirá también en caso de un hecho que constituyere al mismo tiempo delito y contravención, cuando la medida máxima de multa sancionadora prevista para la contravención sobrepasare la medida máxima según la primera oración."

"(3) El artículo 17, párrafo 4 [n. d. T.: se refiere al máximo del monto de la multa, la cual debe superar las ventajas alcanzadas con la contravención, pudiendo incluso sobrepasar el máximo legal] y el art. 18 [n. d. T: se prevén facilidades para el pago de la multa] se aplicarán en lo pertinente."

"(4) Si no se iniciare un proceso penal o contravencional por un delito o contravención o si se archivare o si se eximiere de pena, la multa sancionadora podrá ser fijada de manera autonoma. Mediante una ley se podrá determinar que la multa sancionadora también podrá ser aplicada de manera autónoma para otros casos. No obstante, se excluye la fijación autónoma de una multa sancionadora contra la persona jurídica o la agrupación de personas cuando el delito o la contravención no pudieren ser perseguidos por razones de Derecho; esto no afecta la validez del art. 33, primer párrafo, oración 2 [n. d. T: se refiere a un caso de interrupción de la prescripción]."

(174) MITSCH, "Grundzüge...", p. 409, columna derecha.

(175) C. más refs. MITSCH, "Grundzüge...", p. 410, columna izquierda.

(176) En este sentido, c. más refs. KÖNIG, en sentido restrictivo, en Göhler, § 30, n. marg. 6 y ss., p. 251 y ss.; en sentido más amplio (admitiendo la punibilidad de las sociedades previas en general), ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 41, p. 501.

en cambio, a la aplicación del art. 30 OWiG. La doctrina aplica aquí principios reconocidos del Derecho Civil[177].

b) El **actuante** debe tener una posición jerárquica dentro de la persona jurídica o agrupación o representarla en su actuación. En los números 1 a 5 del primer párrafo del art. 30 se menciona a los órganos representantes de personas jurídicas (número 1), directorio o miembro de directorio de un club sin capacidad juríica (número 2), socios de sociedades de personas (número 3), etc.[178], pero más adelante, en el número 5, se menciona a manera general a "(...) cualquier otra persona que actuare **respondiendo por la dirección** de la industria o empresa de una persona jurídica o de las agrupaciones de personas (...) dentro de cuyas responsabilidades también se encontrare el control de la dirección de la industria o el ejercicio de cualquier otras potestades contraloras en posición directriz (...)" (el resaltado es nuestro). Este "concepto superior" (introducido con una modificación legal el año 2002) permite incluir a más sujetos como "punto de conexión" para imputar la responsabilidad contravencional al ente colectivo: personas que actuaren bajo responsabilidad dirigiendo la industria o la empresa de una persona jurídica o de una agrupación de personas, y que tuvieren potestades de "dirección" o potestades de "control"[179]. Pero es dudoso que esta cláusula tan abierta pueda servir para, interpretativamente (punto de vista "fáctico"), incluir como "representantes" del ente colectivo a aquellos que, como el llamado "gerente fáctico"[180], sin tener designación legítima, ejercen funciones de tales a nombre de aquel (a diferencia de la cláusula del "actuar por otro", donde los "representantes fácticos" sí pueden ser incluidos gracias a la disposición expresa del art. 9, párrafo 2 OWiG)[181]. También se entiende que el número 5 está

(177) Hay consenso en esto; ver, c. más refs. ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 42, p. 501; KÖNIG en Göhler, § 30, n. marg. 7, p. 252.

(178) Ver el análisis de cada uno de estos conceptos en ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 51 y ss., p. 502 y ss.; KÖNIG en Göhler, § 30, n. marg. 250 y ss., p. 250 y ss.; EIDAM, n. marg. 783 y ss., p. 225 y ss.

(179) Cfr. ROGALL, KK OWiG, § 30, n. marg. 68 y ss., p. 506. Una interpretación más amplia se refiere aquí a "personas directivas que actuaran responsablemente", KÖNIG en Göhler, n. marg. 13, p. 254.

(180) En el Derecho Civil y comercial alemán se entiende por "gerente fáctico" a aquel que actúa dirigiendo la empresa bajo conformidad o tolerancia de los socios de la empresa durante un cierto tiempo (poder efectivo trasladado expresamente o tolerado); no la mera arrogación unilateral de tal poder; ver al respecto, c. refs. y jurisp. EIDAM, n. marg. 790 y ss., p. 228 y ss.

(181) En este sentido ROGALL, c. más refs., en KK OWiG, § 30, n. marg.70, p. 507. En este mismo sentido, haciendo una amplia exposición sobre la problemática del "gerente fáctico", EIDAM, n. marg. 788 y ss., p. 226 y ss., esp. n. marg. 800, p. 231. En cambio, a favor de la "interpretación fáctica" que extiende la representación del ente colectivo (y también la posibilidad de imponer sanciones contra él), basándose en la modificación legal del art. 30 en el 2002 (criticada por poco clara por los que defienden la posición contraria) KÖNIG, c. más refs., en Göhler, n. marg. 14, p. 254 y ss.

destinado a facilitar la aplicación de multas a la sociedad matriz de un "consorcio"[182].

c) La **conducta del actuante** por el ente colectivo debe constituir una contravención o delito. Es decir, debe existir un proceso penal o contravencional contra los "representantes" (**procedimiento vinculado**). Pero si no se iniciare o se archivare tal proceso, se podrá seguir un **procedimiento autónomo** a la persona jurídica o agrupación de personas e imponérsele una multa contravencional (párrafo cuarto del art. 30 OWiG). Este procedimiento autónomo también existirá en caso de que se tratare de una responsabilidad contravencional del ente colectivo por un hecho propio (la infracción del "deber de vigilancia" del art. 130)[183]. En la doctrina se ha aclarado que esta regla regirá solamente cuando se tratare de "razones de hecho" (p. ej. la imposibilidad de identificar al directivo de la empresa que ordenó la infracción) o por aplicación del principio de oportunidad; es decir, cuando no se hubiera iniciado un procedimiento civil o penal o estos hubieran sido archivados por "razones de derecho" (impedimentos procesales como la prescripción de la acción, la cosa juzgada, la inmunidad, amnistía, la extraterritorialidad, etc.) tampoco podrá seguirse un procedimiento contravencional autónomo contra el ente colectivo[184].

d) Con esta conducta del "representante", constitutiva de delito o contravención, o bien se violan **deberes propios** del ente colectivo, o se consigue un **enriquecimiento** de este de manera efectiva o potencial. "Deberes propios" del ente son aquellos que, según las leyes administrativas, están destinadas al ente colectivo y cuya violación podría constituir un delito o una contravención. Estos deberes alcanzan al ente colectivo, p. ej. en su calidad de empleador, industria, empresa, organizador, propietario, titular de vehículos, exportador, importador, productor, distribuidor, vendedor, etc. Pero el representante, al actuar a nombre de la empresa también podría infringir "deberes generales", o sea dirigidos a cualquier persona. En la doctrina también se admite aquí la responsabilidad del ente colectivo porque, o bien estos deberes al estar relacionados con la dirección de la industria o empresa serían, en realidad, "deberes relacionados con la empresa", o bien fundamentarían una posición de garantía (p. ej. velar

(182) Cfr. ROGALL en KK OWiG, § 30, n .marg. 70a, p. 507.
(183) EIDAM, p. 236, n. marg. 816.
(184) Cfr. ROGALL en KK OwiG, § 30, n. marg. 141 y ss., p. 523 y ss., esp. n. marg. 169, p. 529; KÖNIG en Göhler, § 30, n. marg. 39 y ss., p. 266 y ss., esp. n. marg. 42, p. 267; EIDAM, p. 235 y ss., n. marg. 815 y ss.

por la seguridad de los trabajadores, de los clientes en establecimientos comerciales, controlar la inocuidad de productos alimenticios introducidos al mercado, etc.)[185].

Alternativamente, aunque el "representante" no hubiera violado deberes propios del ente colectivo, también habrá contravención y se podrá imponer la multa correspondiente, cuando se hubiera buscado o conseguido (incluso sin pretenderlo) un **enriquecimiento** del ente a través de una contravención o un delito; p. ej. cuando aquel ha cometido actos de corrupción o estafa para favorecer a su empresa[186].

En la doctrina se destaca que esta regla constituiría sanción autónoma (por un hecho ajeno), no una "consecuencia jurídica". Y esto llevaría contradicciones dentro la sistemática contravencional (que ya conoce la responsabilidad de los individuos según el "actuar por otro" del art. 9 más la responsabilidad del ente colectivo por faltar al "deber de vigilancia" según el art. 130). Al parecer, el legislador alemán habría introducido y mantenido esta figura por no haberse atrevido aún a introducir una auténtica "sanción penal" de las empresas[187].

2.- Existe un tipo legal específico que fundamenta la **responsabilidad autónoma**, por un **hecho propio** ante una **violación del deber de control** (art. 130 OWiG[188]) al interior del ente colectivo que, de manera imprudente o dolosa, no hubiera impedido o no hubiera dificultado considerablemente la comisión de la infracción. Aquí el destinatario de la norma es el "titular" de

(185) Cfr. sobre ambas teorías, KÖNIG, en Göhler, § 30, n. marg.19 y ss., p. 256.
(186) Cfr. KÖNIG en Göhler, § 30, n. marg. 22, p. 257.
(187) EIDAM, p. 222, n. marg. 774.
(188) **Artículo 130 OWiG:**
"(1) Actuará contravencionalmente quien como titular de una industria o empresa, dolosa o imprudentemente, omitiere adoptar medidas de control que fueren necesarias para impedir que en la industria o la empresa se infrinjan deberes que correspondan al titular por sí mismo y cuya lesión estuviere conminada con pena o multa contravencional, siempre que la infracción cometida hubiera podido ser impedida o dificultada de manera considerable mediante un control adecuado. También forman parte de las medidas necesarias de control la contratación, elección cuidadosa y supervisión de las personas encargadas del control".
"(2) También constituyen industria o empresa, en el sentido del párrafo 1, las empresas de Derecho público".
"(3) Cuando la violación del deber estuviere conminada con pena, la contravención podrá ser reprimida con multa sancionadora de hasta un millón de euros. Si la violación del deber estuviere conminada con multa sancionadora, el máximo de la multa por violación del deber de control se determinará según la medida máxima de la multa sancionadora prevista para la violación del deber. La segunda oración regirá también en caso de una violación del deber que estuviere conminada simultáneamente con pena y multa sancionadora, cuando la medida máxima de multa sancionadora prevista para la violación del deber sobrepasare la medida máxima según la primera oración".

una "industria" (Betrieb) o "empresa" (Unternehmen). La doctrina interpreta, en primer lugar, que los términos "industria" (Betrieb) y "empresa" (Unternehmen) serían sinónimos; las diferenciaciones entre ambos ("industria" acentuaría lo técnico; "empresa", lo comercial), serían meramente teóricas y, en todo caso, el término "industria" englobaría a "empresa comercial"(189). Y el "titular" (Inhaber) que menciona la ley o el "dueño del negocio" (Geschäftsherr) que emplea la doctrina, no se refiere a cada persona en particular que figure como propietaria de la empresa (p. ej. cada accionista de una sociedad anónima) sino a quien estuviere obligado a cumplir con los deberes de esta (p. ej. el conjunto de accionistas); luego, el "titular" de una persona jurídica sería la "persona jurídica" misma(190). A través de esta disposición, las empresas mismas (y también los que actuaren por ellas, en aplicación del § 9 OWiG, o sea directores, gerentes, socios, etc. según el caso(191)) pueden ser sancionadas con una multa contravencional sin que sea necesario probar que habían estado directamente involucradas en el hecho delictivo o contravencional; materia del reproche contravencional es la omisión del **deber de control**, dolosa o culposamente, cuyo cumplimiento hubiera evitado o dificultado considerablemente la comisión de aquel hecho delictivo o contravencional. Se trata de una **omisión propia** que por sí misma constituye una infracción de deberes al interior de la empresa y que, por ello, legitima la imposición de una multa contravencional(192). Aunque de esto la doctrina dominante deduce que bastaría con omisiones que generaran peligros abstractos, otra parte, de manera más restrictiva aclara que no cualquier "omisión" de prever medidas de control podría justificar la imposición de la multa, sino solamente aquella que constituyere un **peligro concreto** de que tales omisiones faciliten la producción de infracciones: el destinatario de la norma se hacer merecedor de una sanción contravencional cuando hubiera omitido adoptar las medidas necesarias para impedir que surjan peligros de infracciones empresariales de un tipo determinado, o cuando no haya eliminado este peligro(193). Como consecuencia de la restricción de las

(189) Cfr. KÖNIG en GÖHLER, § 9, n. marg. 44, p. 87; SCHÜNEMANN, c. más refs. en LK StGB, § 14, n. marg. 56 y ss., p. 919. Diferenciando, en cambio, según los "deberes" de la industria y de la empresa, *Rogall*, KK OWiG, § 130, n. marg. 21 y ss., p. 1680 y ss.

(190) Cfr. c. más refs. ROGALL en KK OWiG § 130, n. marg. 23, p. 1681.

(191) La regla del "actuar por otro" (§ 9 OwiG) está prevista para todas las contravenciones, incluyendo también a la "violación del deber de control"; cfr. KÖNIG en GÖHLER, § 130 OWiG, n. marg. 4, p. 1243.

(192) ROGALL, KK OWiG, § 130, n. marg. 15, p. 1679, n. marg. 36, p. 1683 y ss.; KÖNIG en Göhler, § 130, n. marg. 9, p. 1244 y ss.; NELL, p. 149, columna derecha, BOHNERT, n. marg. 41.

(193) ROGALL, KK OWiG, c. más refs. sobre ambas posiciones, § 130, n. marg. 17, p. 1679 y ss.; también en este sentido KÖNIG en GÖHLER, § 130, n. marg. 9, p. 1244 y ss. Esta interpretación más restrictiva que la tesis del "peligro abstracto" permite también rechazar las antiguas críticas sobre la constitucionalidad del art.130 OWiG, basadas en su supuesta falta de taxatividad y violación del principio de culpabilidad; en este sentido, c. más refs. ROGALL, ibídem, n. marg. 19, p. 1680.

infracciones de deberes a aquellos que crearan "peligros concretos", para que pueda existir la imputabilidad contravencional, se tiene que probar la **idoneidad** de la medida para evitar la realización del riesgo (de infracción o delito), su "necesidad" ante la inefectividad de medidas menos graves, y su "exigibilidad" (p. ej. se descartan los "excesos")[194]. Aunque aquí la casuística es amplísima según la organización de cada tipo de ente colectivo y de la legislación pertinente; en general se admite que usualmente serían "medidas de control" necesarias p. ej. contratar personal adecuado para el control, escoger cuidadosamente a personas encargadas del control, estar atento a los nuevos desarrollos jurídicos y encargarse de difundirlos al interior de la empresa, llevar a cabo controles al azar frecuentes e instalar una sección encargada de la supervisión[195].

La producción de la **infracción concreta** constituirá entonces, como realización de un riesgo derivado de la omisión, una "condición objetiva de la represión", la cual, por ello, no tiene que ser abarcada por el dolo o la imprudencia del titular de la empresa o de otros destinatarios del art. 130; bastará con que estos sepan o, imprudentemente, desconozcan que están omitiendo una medida de control destinada a evitar la producción de infracciones del tipo como las que se han producido[196]. Aunque en esto hay consenso en la doctrina, no lo hay a la hora de interpretar la naturaleza del **deber relacionado con la empresa** cuya violación por "representantes" desencadenaría la responsabilidad según el art. 130 OWiG. Para la doctrina dominante la disposición aludiría básicamente a **delitos especiales** que en la descripción del tipo se refieren a deberes dirigidos precisamente al obligado según el art. 130 OWiG ("comerciantes", "directivos", "empleadores", "distribuidores", etc.) y que, mediante las reglas de los arts. 9 OWiG o 14 StGB (actuar por otro) son imputados (como delito o contravención) a otros que no reunen tal cualidad pero que actúan "representando" al ente colectivo que tiene el deber[197]. Se discute si, aunque de manera mucho menos frecuente, tal deber sería posible también en relación a "delitos comunes" en tanto existiere una estrecha relación con la dirección de la empresa (p. ej. delitos imprudentes

(194) De manera muy amplia analiza aquí estos requisitos ROGALL, KK OWiG, § 130, n. marg. 42 y ss., p. 1686 y ss.

(195) KÖNIG en Göhler, § 130, n. marg. 10 y ss., p. 1245 y ss.; NELL, p. 149, columna derecha, BOHNERT, n. marg. 20; ampliamente ROGALL, KK OWiG, § 130, n. marg. 51 y ss., p. 1689 y ss.; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 237 y ss., n. marg. 248.

(196) ROGALL, c. más refs. de la doctrina y jurisp., KK OWiG, § 130, n. marg. 18, p. 1680; n. marg. 36, p. 1684; n. marg. 73, p. 1693 y ss.; KÖNIG en GÖHLER, § 130, n. marg. 17, p. 1249; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 238 y ss., n. marg. 249.

(197) Ver la amplia exposición de ROGALL que incluye también las posiciones divergentes, c. más refs., KK OWiG, § 130, n. marg. 78 y ss., p. 1694 y ss., KÖNIG en GÖHLER, § 130 OWiG, n. marg. 18, p. 1249 y ss.

en accidentes de tráfico provocados por empleados de la empresa en el desarrollo de sus actividades regulares)[198].

Para establecer la relación relevante para la multa según el art. 130 entre la "infracción del deber de control" del ente colectivo y la producción de un "delito o contravención" por parte de su "representante" (que no tiene que ser miembro de la empresa sino solamente "actuar por ella" en el sentido del art. 9 OWiG o el art. 14 StGB[199]) el texto legal ofrece una fórmula que consagra de lege lata la teoría penal del **incremento de riesgo** (o, al contrario, de la "disminución del riesgo" en caso de cumplir con el deber)[200]: si no se hubiera infringido el deber de adoptar medidas de control no se hubiera producido o se hubiera dificultado considerablemente el delito o la contravención por parte del "representante". Mientras en la primera alternativa, de manera similar a la omisión impropia, para determinar la causalidad hipotética de la producción del resultado (el delito o la contravención de otro) se utiliza sin mayores problemas la fórmula de la "probabilidad cercana a la seguridad"[201], en la segunda alternativa se presenta el problema práctico de determinar la **medida de riesgo** incrementado por la violación del deber de control para poder afirmar la responsabilidad contravencional del infractor. Como la ley exige que la medida de control hubiera "dificultado de manera considerable" (no que la hubiere impedido), unos exigen, bajo un "pronóstico objetivo posterior desde la perspectiva *ex ante* del infractor" la "idoneidad" de la medida para eliminar el peligro[202]; otros quieren guiarse en porcentajes de la reducción del riesgo[203]. Además, no basta con cualquier "relación causal" entre deber de control y realización del peligro, sino debe existir una relación específica de **fin de protección de la norma** en el sentido de la teoría de la imputación objetiva[204]: la omisión del deber de control debe haber elevado considerablemente el riesgo de producción de delitos o contravenciones que estén en relación con tal deber de control; p. ej. que el personal contratado hubiera sido inidóneo o insuficiente para evitar delitos

(198) Ver, negando esta posibilidad, ROGALL KK OWiG, § 130, n. marg. 89 y ss., p. 1697; afirmándola, KÖNIG en GÖHLER, § 130, n. marg. 18, p. 1250; TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 238 y ss., n. marg. 249.

(199) KÖNIG en GÖHLER, § 130 OwiG, n. marg. 19, p. 1250.

(200) ROGALL, KK OwiG, § 130, n. marg. 100 y ss., n. marg. 1699 y ss.; KÖNIG en Göhler, § 130, n. marg. 22, p. 1252.

(201) Cfr. ROGALL, KK OWiG, § 130, n. marg. 99, p. 1699.

(202) KÖNIG en GÖHLER, § 130 OWiG, n. marg. 22a, p. 1253.

(203) Según ROGALL, tendría que haber, por lo menos un 25% de probabilidad reducción del riesgo; ver, c. más refs. y criticando la posición contraria que exigiría "demasiado", en KK OWiG, § 125, n. marg. 101, p. 1700.

(204) Esto es doctrina dominante; ver ROGALL en KK OwiG, n. marg. 102, p. 1700 y ss.; KÖNIG en Göhler, § 130, n. marg. 22b, p. 1253 y ss.

cuya evitación debían controlar (p. ej. contaminación ambiental) y no otros (p. ej. lesiones corporales u homicidios cometidos).

Por lo demás, la conducta reprochable (la violación del "deber de control"), según la doctrina dominante, no atentaría contra un bien jurídico específico (el "orden empresarial" de la jurisprudencia civil antigua) sino contra los **distintos bienes jurídicos** protegidos por las disposiciones penales y contravencionales que hubieran sido afectadas por la infracción del deber de control(205).

X. REVISIÓN CRÍTICA

1. Insuficiencia de la solución penal

Los argumentos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no han podido ser, dogmáticamente, desvirtuados; y ello por una sencilla razón: no solamente la "capacidad de culpabilidad" sino incluso todas las categorías penales han sido construidas por y para la actividad individual. No es raro, entonces que el fenómeno de la "criminalidad empresarial" no armonice con ellas(206). Entonces, no solamente se trata de la "culpabilidad" que, como categoría penal está impregnada de características típicas de los individuos, sino de todos los demás elementos necesarios para que surja el reproche penal. A esto se añaden los problemas prácticos al querer vincular "causalmente" la conducta individual con la "conducta" colectiva, lo cual trae consigo un problema doble: la "causalidad" misma de la conducta individual en relación con el daño producido, y la "causalidad" imputable al ente colectivo en cuanto a su falta de organización o control. Como ya se vio arriba, para superar este segundo problema se ha construido el concepto de "defecto de organización" para reprochar, de manera autónoma, al ente colectivo una conducta ilícita (con efectos penales o contravencionales). El primer problema de causalidad está tratando de ser mitigado a través de la técnica legislativa de los "delitos de peligro" (207), aplicable por lo demás también a conductas delictivas individuales, pero que no hace justicia a la naturaleza del "actuar colectivo": la conducta individual no puede ser equivalente a la conducta colectiva de las sociedades.

Entonces, se necesita un cambio de perspectiva para tratar aquellas "actividades colectivas (empresariales)" que desembocan en perjuicios para bienes

(205) KÖNIG en Göhler, § 130 OWiG, n. marg. 3a, p. 1243.
(206) HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 32; JAKOBS, "Punibilidad...", pp. 86, 92; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 147 y ss., 150; 464; MIR PUIG, "Una tercera vía...", p. 363; GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 98; ABANTO VÁSQUEZ. "Derecho Penal económico. Consideraciones...", c. más refs. p. 155.
(207) Cfr. RAMÓN RIBAS en Quintero/Morales Prats, p. 682.

jurídicos necesitados de protección. Para ello se necesita un análisis previo de tales "conductas colectivas" a fin de dar una respuesta apropiada (ver al respecto 3.2 en c). Mientras que en el Derecho Penal la ley se ha previsto para, tras un proceso de subsunción, la conducta individual analizada encaje en un tipo penal determinado que describe aquella acción u omisión que, dolosa o culposamente, atenta contra determinado bien jurídico representado en un objeto determinado de la acción (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.), en los entes colectivos ya no se trata de una "conducta" determinada, sino de un "desarrollo" que ha llevado a que exista una "organización" de la cual emanan conductas perjudiciales para bienes jurídicos. El reproche de la ley se tendrá que dirigir a tal "organización defectuosa" o "defectuosa administración de riesgos", y el "daño" concreto a los bienes jurídicos tendrá un lugar distinto dentro de la dogmática pertinente de este "Derecho sancionador de empresas"; p. ej. como "condición objetiva de punibilidad" (ver en el punto c) de 3.2).

Y es que para dar una adecuada protección a bienes jurídicos importantes no se tiene por qué violentar las categorías y las leyes penales tradicionales para hacer que estas armonicen con un fenómeno de naturaleza distinta a las conductas individuales que las inspiraron. Es cierto que en la actualidad, prácticamente ya no hay discusión sobre la necesidad y posibilidad de hacer responder a la persona jurídica por los delitos cometidos a través de ella. En esto se ha producido un cambio sustancial en la discusión doctrinaria, la cual antes, mayoritariamente, negaba todo tipo de responsabilidad de la empresa, dejando que tal responsabilidad solamente se produjera para las personas individuales que actuaran por la empresa(208). El hecho de querer hacer encajar dentro del Derecho Penal la responsabilidad de los entes colectivos tiene que llevar forzosamente a contradicciones metodológicas que no puede salvarse siquiera mediante un paralelo funcional de los conceptos construidos para los individuos(209).

Actualmente, las diferencias solo se presentan a la hora de proponer **la forma cómo** debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro del

(208) Entre otros argumentos, se afirmaba que se castigaría con ello a "inocentes" (los accionistas o socios de las empresas) o que habría "doble sanción"; constata este cambio SILVA SÁNCHEZ, c. más refs., "La responsabilidad penal...", p. 148 y ss. Pero ahora ha quedado claro que no puede haber una doble sanción pues se trata de personas distintas: la persona jurídica, por un lado, la persona individual por el otro; ver TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 236, n. marg. 245; SILVA SÁNCHEZ, ibídem, p. 158 y ss.

(209) En ese sentido es válida la crítica de GÓMEZ-JARA a los que, empleando conceptos de la teoría de sistemas, abogan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al lado de una responsabilidad individual no basada en esta teoría; cfr. "El modelo constructivista...", p. 101. Pero un nuevo "Derecho sancionador de empresas" podría construirse, sin problemas sobre la base de la "teoría de sistemas" y otros conceptos, para construir su propia dogmática.

Derecho Penal (p. ej. como una "coautoría" tal como ha propuesto Tiedemann, como autoría de los superiores jerárquicos mediante "aparatos organizados de poder", como "consecuencias accesorias", etc.), o fuera de él (en el Derecho Administrativo, en el civil o en un Derecho sancionador ad hoc de las personas jurídicas)(210). Un importante sector de penalistas sigue avalando la "solución penal": introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de una reforma penal, sea dentro del Código Penal, sea fuera de él pero dentro de una ley penal especial(211). Otro sector, que se acerca más a la solución realista del problema propugna la solución extrapenal, pero en el Derecho Administrativo (o contravencional), basándose en la responsabilidad de la empresa por "defecto de la organización". Y finalmente, otro grupo, dentro del cual me incluyo, considera que se necesitará un nuevo Derecho sancionador para los entes colectivos; en este grupo pueden variar las propuestas para el **periodo de transición** hasta la llegada de este nuevo Derecho; algunos seguirán apostando por la ley penal mientras que otros preferirán normas extrapenales.

2. Insuficiencia del Derecho contravencional o del Derecho administrativo sancionador como soluciones

El concepto **defecto de la organización** empleado en el Derecho contravencional alemán(212) al igual que en el Derecho anglosajón (*management failure*)(213) explica de manera convincente la legitimidad de una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas: la persona jurídica es por sí misma responsable del hecho que ha derivado en un delito (o una contravención), independientemente de que se compruebe una responsabilidad individual. Y si los hechos fueran responsabilidad con "dominio del hecho" de alguien que se amparase en un "error" o "inexigibilidad" de un individuo, la persona jurídica seguirá siendo responsable por "defecto de organización", pues el "punto de contacto" para su responsabilidad será la comisión de un "injusto" (hecho

(210) Ver un resumen de todas estas tendencias en ROXIN, "Strafrecht. AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63.

(211) Así, entre otros, TIEDEMANN, c. más refs. "Derecho penal económico. Parte general", p. 233 y ss., n. marg. 243; SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 147 y ss. ACHENBACH resalta el vacío ("solución asimétrica") de la regulación vigente (solamente existe una "multa administrativa" contra la persona jurídica en caso de la comisión de delitos); ver "Zur aktuellen Lage...", p. 572. Consultar también últimamente la evaluación de HARTAN, p. 228 y ss., 252 y ss. Desde la perspectiva funcionalista, últimamente GÓMEZ-JARA, desde un normativismo más apegado a Luhmann, considera a la empresa como "sistema autopoiético" y como "persona activa de Derecho penal", ver en "Grundlagen...", p. 306 y ss.

(212) Al respecto ver TIEDEMANN, "Derecho penal económico. Parte general", p. 232 y ss., n. marg. 242 y ss., ACHENBACH, "Zur aktuellen Lage…", p. 569 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, c. más refs. "Derecho penal económico", p. 159 y ss. Últimamente, de una manera amplia y bajo una comparación con el sistema francés, HARTAN, p. 73 y ss. También CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y ss.

(213) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal...", p. 166 y ss., 170 y ss.

típico y antijurídico) penal o contravencional proveniente de su organización y que ella toleró o, por una omisión reprochable, permitió o favoreció. Entonces, el "hecho propio" de la empresa, que legitima la responsabilidad (penal) de ella, no puede ser otro que una "vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial", pero siempre que esto hubiera sido determinante para la producción del delito cometido por algún individuo(214).

Pero aunque la fundamentación del "hecho propio" aportada por el Derecho contravencional alemán resulte adecuada, la cuestión sin responder consisten en si bastaría con una sanción contravencional para cumplir con las finalidades preventivas. El hecho mismo de la persistencia en la comisión de graves contravenciones parece dar a entender que el Derecho contravencional carecería de efectos preventivos. No solamente se trata de la falta de reproche "ético-social" en la multa contravencional, sino de algo más: la concepción misma del sistema contravencional (y del administrativo sancionador) está basada en el "control", es un sistema reactivo, no tiene en cuenta la naturaleza de los entes colectivos y, por ello, no inciden en la organización misma. Las recientes experiencias alemanas con las medidas de "compliance", "códigos de buena conducta" y otras(215) parecen sostener este diagnóstico. No ha sido raro (y el actual escándalo al interior de varias empresas alemanas lo demuestra; p. ej. el caso "Siemens") que una empresa tenga un código de (buena) conducta así como una sección de control, que regularmente haga participar a sus trabajadores en cursos de Derecho y de ética, y que incluso realicen controles dentro de la empresa, pero que internamente dispongan o toleren actos de corrupción(216). Y en esto la prueba de la "violación del deber de control" sería prácticamente imposible pues exige probar la causalidad de procesos internos de la empresa, de las medidas de control adoptadas y omitidas, en relación con una infracción (contravencional o penal). Y esto es extremadamente difícil en empresas con estructuras complejas donde, para comprobar la violación del deber, se tendría que pe-

(214) Así en la doctrina alemana, en relación con la comisión de delitos por empleados subordinados, se admite la violación del "deber de vigilancia" de la persona jurídica; ver TIEDEMANN, c. más refs., "Derecho penal económico. Parte general", p. 237 y ss., n. marg. 248. Al respecto, analizando esta posibilidad para legitimar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, SILVA SÁNCHEZ. "La responsabilidad penal...", p. 167 y ss., 178 y ss.

(215) Sobre las distintas medidas y modelos autorreguladores, con mayor o menor intervención estatal y en especial sobre "compliance", ver SIEBER, "Compliance-Programme...", p. 449 y ss.; también SCHNEIDER, "Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), p. 645-650. En el campo previo al Derecho penal, se discute, de manera más amplia, acerca de la efectividad de medidas de adecuado control externo e interno de empresas ("Corporate Governance"). Sobre algunos conocidos escándalos en los EE.UU. y las nuevas regulaciones estadounidenses tendentes a reforzar el control, ver Schwarz/Holland, "Enron, WorldCom... und die Corporate-Governance-Diskussion", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), p. 1661-1672.

(216) Cfr. NELL, p. 150, columna izquierda.

netrar en el verdadero sistema de la empresa y conocer los procesos de decisión y delegación(217).

Ahora bien, todavía es prematuro para determinar si en realidad, estas medidas "autorreguladoras", que para algunos serían inevitables y costituirían más bien una característica propia del mundo moderno(218), bastarían para remplazar la "punibilidad" de los entes colectivos y fundamentar solo una responsabilidad extrapenal (civil, administrativa o contravencional) o, si pueden coexistir con un Derecho Penal de empresas y, más bien, servir para hacerlo más efectivo(219). En todo caso, su ubicación dentro del Derecho Penal no es acertada, pues se basan en una percepción distinta de distintos sujetos del Derecho: los entes colectivos.

3. Una solución distinta: un nuevo Derecho (cuasi penal) sancionador de empresas

Aunque se ha constatado que la solución "contravencional" para la responsabilidad de personas jurídicas funciona bastante bien en los países que la contemplan, cabe aún la pregunta de si, por razones de "política criminal", esto es suficiente; de si sería lo mismo una "contravención" del ente colectivo que una conducta "cuasi penal" de este. En el Derecho contravencional alemán existe también discusión sobre la distinta gravedad de las infracciones, sobre todo cuando son atribuibles a las grandes empresas. Así, se ha sugerido alguna vez "criminalizar" las "grandes contravenciones", especialmente las infracciones de cárteles que provocan graves daños (ver en cap. IX punto 2). Precisamente estas "grandes contravenciones" demuestran la existencia de ilícitos de entes colectivos, cuyo contenido de injusto, por la dañosidad social, es equivalente al de los delitos y que no debería ubicarse dentro del Derecho contravencional (o su equivalente, como el Derecho Administrativo sancionador), pero que tampoco, por los motivos ya expuestos en el punto 1 del cap. VIII., deberían estar en la ley penal, pese a que los infractores pertinentes deberían gozar también de garantías similares a las penales. En este ámbito no rige la llamada diferencia meramente "cuantitativa" entre contravención y delito.

Por ello, ya por razones de sistemática, se plantea la cuestión de si no sería preferible prever los principios básicos de las infracciones cometidas por entes colectivos, así como el contenido de cada uno de estos ilícitos dentro de un solo cuerpo normativo distinto de la ley penal y de la ley contravencional.

(217) Cfr. NELL, refiriéndose al caso "Siemens" (en el cual por ello no habría podido aplicarse el art. 130, sino solamente el 30, primer párrafo, número 4, segundo y tercer párrafos OWiG), p. 150, columna izquierda.
(218) Cfr. HEINE, "Modelos de responsabilidad...", p. 36.
(219) En este sentido, la propuesta de SIEBER, "Compliance-Programme...".

Para esto se necesitaría recurrir a un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, una "segunda vía" fuera del Derecho Penal o sea un **Derecho sancionador de las empresas**(220). Solamente esta alternativa supera las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la "responsabilidad jurídica" de la persona jurídica dentro del Derecho Penal, pues por más que se pretenda allí una "tercera vía", al lado de las penas y las medidas de seguridad, las regulaciones sobre entes colectivos, en realidad, no tienen que ver con el Derecho Penal debido a la distinta naturaleza de los destinatarios de la norma . Y esto es más coherente que, tras verificar las peculiaridades de la empresa y construir una reproche legal propio mediante un método analógico-funcional, persistir en la "solución penal"(221). Por último, una responsabilidad propia y autónoma de esta no tiene por qué basarse en la "culpabilidad" en el sentido penal tradicional, ni tiene por qué llamarse "pena" (con todo lo que esto presupone) a la medida que se le imponga; pero tampoco tiene por qué recurrirse a los mismos principios que en el Derecho Penal tradicional.

Sea que se opte por una auténtica punibilidad o un refuerzo de medidas administrativo-contravencionales existentes, y mientras dure la discusión, en nuestro medio es imaginable también una solución intermedia, que hasta alcanzo a ver no ha sido evaluada aún por otros autores: la ubicación de la responsabilidad colectiva dentro del **sistema de faltas** (conocidas como "contravenciones" en otros países (222) aunque no deben ser confundidas con

(220) Ver c. más refs. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor § 25, n. marg. 125 y ss., p. 523 y ss., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", c. más refs., p. 162. Ultimamente remito a mi trabajo "Hacia un nuevo Derecho penal...", p. ; en el mismo sentido, recepcionando la propuesta, DEMETRIO CRESPO, "Responsabilidad penal por omisión del empresario", p. 64; RAMÓN RIBAS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, p. 684 y ss. La reciente propuesta de GÓMEZ-JARA parece también tender a esta solución desde que admite la aplicación del "principio de autonomía" y la responsabilidad penal, por separado, de personas individuales y personas jurídicas; ver "Responsabilidad penal ...", p. 150 y ss.; "Grundlagen...", 306 y ss., 315 y ss. Y también parece ir es este mismo sentido, GRACIA MARTÍN quien observa agudamente que sería posible ("no solo lógico, sino, conveniente") que, en el futuro Derecho español, un mismo órgano aplique todas las consecuencias que se deriven del mismo suceso"; es decir, en la vía penal la responsabilidad penal (individual) y la pena, y en la vía administrativa, las "medidas accesorias" para las personas jurídicas, tales como las que están previstas en el art. 129 del C. P. español actual, y otras ya vigentes en el área extrapenal (p. ej. la "multa coercitiva" en el Derecho de la libre competencia); "Las llamadas...", p. 235. Hay que aclarar aquí que en el ámbito hispanoamericano se suele hablar más bien de una "tercera vía" aludiendo a un Derecho adicional al penal y al de las "medidas de seguridad" (por todos MIR PUIG, "Una tercera vía...") mientras que en el Derecho penal alemán se habla con más frecuencia de una "segunda vía" en alusión precisamente a algo diferente al Derecho penal (que incluye ya penas y medidas de seguridad); entre otros ver ROXIN, "Strafrecht AT", tomo 1, p. 263, n. marg. 62; en España sigue esta terminología GÓMEZ-JARA, "El modelo constructivista...", p. 97, nota al pie 9, con más refs. sobre el empleo de ambos términos.

(221) Como por lo visto sugiere HEINE, ver " Modelos de responsabilidad...", p. 46 y ss.; ver también arriba, en 3.3.2.

(222) En Colombia, el C. P. del 2000 utiliza el término "contravenciones" a cambio de las "faltas" en el art. 19 sin que por ello haya adoptado el modelo alemán. Lo mismo ocurre en los arts. 2 y 15

las "contravenciones alemanas" que se analizan en el punto 2 del cap. IX), acompañada, por supuesto, de las modificaciones pertinentes (p. ej. en lo referente a la prescripción de la falta, el catálogo de sanciones, etc.)[223]. Y es que, a diferencia del Derecho alemán (que eliminó las faltas hace varias décadas y las refundió en su Ley Contravencional), las "faltas" existentes en muchos países latinoamericanos, están ubicadas dentro del Código Penal, también son pasibles de "penas" y, por lo tanto, de un "reproche ético-social", y su procesamiento está en manos de la justicia penal ordinaria. Aunque suelen ser consideradas como infracciones cualitativamente "menores" que los auténticos delitos, y por ello tienen regulaciones especiales de parte general (prescriben rápido, no incluyen la tentativa, etc.), por lo menos son más graves que las meras infracciones administrativas. Esta propuesta, de todos modos, solamente puede ser entendida como una solución urgente y transitoria de camino hacia una responsabilidad autónoma en un Derecho específico dedicado a los entes colectivos.

Finalizo con esto mi investigación preliminar de esta difícil pero fascinante problemática. El ilustre homenajeado trazó la senda para la investigación de diversos temas del Derecho Penal económico. Nosotros, sus discípulos, la seguimos, variando a veces en los resultados, pero inspirados por la seriedad de su actitud científica que ha guiado siempre su fructífera labor académica.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima, 1997; "Criminalidad económica y transnacionales". En: *Revista de la Academia Diplomática del Perú*. N° 47 (1997); "Diez años de Derecho Penal economico peruano: un balance". En: R*evista Peruana de Ciencias Penales*. N°s 11-12, Lima, 2002; "Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*. N° 7 (2007); "Hacia un nuevo Derecho Penal de las empresas". En: *Revista Penal* (España). N° 21 (2008); "Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes" (Informe de Perú), presentado al Instituto Max Planck de Derecho extranjero e internacional, próxima publicación bajo la dirección de Ulrich Sieber.

del proyecto de la parte general del nuevo C. P. boliviano de 2009 (publicado en julio de 2009 en www.cienciaspenales.net).

(223) Sugerí la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas (basada en la "organización defectuosa") ya antes de la vigencia de la moderna ley peruana de procedimientos administrativos (la Ley 27444) en abril de 2001; ver en "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 163; "Diez años...", p. 30 y allí también nota 22. Con la nueva ley administrativa se ha instaurado un auténtico "Derecho administrativo sancionador" similar al Derecho contravencional alemán que reconoce implícitamente la responsabilidad de las personas jurídicas a quienes considera "administrados" al igual que a las personas naturales (art. 50 Ley 27444) contra los cuales es posible seguir un procedimiento administrativo sancionador (art. 239, 234 y ss. Ley 27444). Ver más al respecto abajo en 7.1.

ACHENBACH, Hans. "Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik 'großer' Wirtschafts- Ordnungswidrigkeiten", Goltdammers Archiv (GA), 2008; "Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland", GA 2004.

ACHENBACH, Hans/ RANSIEK, Andreas, "Handbuch Wirtschaftsstrafrecht", 2da. ed., Heidelberg, 2008.

ARROYO ZAPATERO, Luis, "Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España". En: Arroyo Zapaterio y otros (edits.). *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*. Elcano (Navarra), 2006.

BOHNERT, Joachim, Kommentar zum OWiG, 2da. ed., Múnich 2007.

CASTALDO, Andrea, "Die aus Straftaten entstehende verwaltungsrechtliche Haftung der Unternehmen nach der italienischen Rechtsreform vom Juni 2001", Wistra 2006.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL –COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES– (se cita: CGPJ): "Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", publicado en la página web del Poder Judicial Español (www.poderjudicial.es) el 26 de febrero de 2009.

DANNECKER, Gerhard. "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände". Gotdammers Archiv (GA), Alemania 2001.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid, 2009.

EIDAM, Gerd. *Unternehmen und Strafe*. 3ª. edición, Colonia, 2008.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 56ª edición, Múnich, 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª edición, tomo 2, Lima, 2007.

GOHLER, Erich (ed.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Múnich, 2006, 14. ed.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: "Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes", ZStW 119 (2007), S. 290 ff.; "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en: ídem (ed.) "Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Elcano (España); "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda", ibídem p. 239-309; "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", CPC 2006-I, S. 119 ff.

GRACIA MARTÍN, Luis. "Las llamadas 'consecuencias accesorias' en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 17 (2005).

HARTAN, Cora C. "Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich", Hamburgo, 2006.

HEINE, Günter. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en: Gómez-Jara (ed.) "Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial", Elcano (España), 2006; ibídem, "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea"; "Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung", en Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003.

JAKOBS, Günther. "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2da. ed., Berlín 1996; "Strafbarkeit juristischer Personen", Festschrift für Klaus Lüderssen; "¿Punibilidad de las personas jurídicas?". En: García Cavero (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, 2002.

KLESCZEWSKI, Diethelm, "Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag. Versuch über die Rechtsnatur der Verbandsgeldbuße". En: Festschrift für Manfred Seebode, Berlín, 2008.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 19 (2007).

MIR PUIG, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

MITSCH, Wolfgang: "Grundzüge des Ordnungswidrikeitenrechts". En: *Juristische Arbeitsblätter* (JA). Alemania, 2008 (primera parte) y (segunda parte).

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 6ª edición, Valencia, 2004.

NELL, Mathias. "Korruptionsbekämpfung ja –aber richtig!– Reformüberlegungen zur Unternehmenshaftung nach OWiG". Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), Alemania, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal". En: Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2008; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

OTT, Walter. "Jenseits von Fiktions- und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache". En: *Festschrift für Peter Forstmoser*. Zúrich, 2003.

PIETH, Mark. "Strafverfahren gegen das Unternehmen", en Festschrift für Albin Eser, Múnich, 2005.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. "Comentarios al art. 129 del C. P. español". En: Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª edición, Elcano 2005.

ROGALL, Klaus. Comentarios a los arts. 9, 30 y 130 de la Ley alemana sobre contravenciones (OWiG), en "Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz", 3ra. ed., Múnich, 2006.

ROXIN, Claus. "Strafrecht. Allgemeiner Teil", tomo 1, 4ª edición, Múnich, 2006; tomo II, Múnich, 2003.

SCHOLZ, Rupert: "Strafbarkeit juristischer Personen?", Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP).

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.): "Strafgesetzbuch", 27ta. ed., Múnich, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd, en "Leipziger Kommentar" (LK), tomo 1 (Einleitung, §§ 1-31) 12da. ed., Berlín, 2007; "Unternehmenskriminalität", en Festgabe aus der Wissenschaft. 50 Jahre BGH" (FG-BGH), tomo IV, Múnich, 2000; "La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea", en: "Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann", Madrid, 1995.

SIEBER, Ulrich. "Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht", LH a Klaus Tiedemann, Colonia-Múnich, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español". En: García Cavero (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima, 2009 (traducción de la segunda edición alemana, por Abanto Vásquez/ Hernández Basualto/ Aldoney Ramírez); "Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas". En: Tiedemann. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2da. ed., Lima, 2007; "Derecho penal administrativo y Estado de Derecho. Un panorama sobre el Derecho alemán de contravenciones", en: Tiedemann, *Constitución y Derecho penal*, Lima, 2003; Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils", en: Tiedemann (ed.), "Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg-Symposium", Colonia, 2002; "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado", en: Luis Flávio Gomes (coord.), "Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal", Sao Paulo, 1999.

TIEDEMANN, Klaus/NIETO MARTÍN, Adán (edits.), "Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea", Cuenca (España), 2003.

VON FREIER, Friedrich, "Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen", Goltdammers Archiv (GA), 2009.

VON LISZT, Franz, "Das deutsche Reichsstrafrecht", Berlín/Leipzig, 1881, "Das deutsche Strafrecht", 25ª edición (trabajada por Eberhard Schmidt), Berlín/Leipzig, 1927.

WABNITZ, Heinz-Bernd/JANOVSKY, Thomas. *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3ª edición, Múnich, 2007.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, principales problemas de imputación". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 20 (2008).

Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas: El Derecho español

Prof. Dr. José Luis DE LA CUESTA
Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco.
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)

Dra. Ana Isabel PÉREZ MACHÍO
Profesora Doctora de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. Las "consecuencias accesorias": artículo 129 del Código Penal de 1995. **II.** La reforma de 2003. **1.** Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa por parte de la persona jurídica. **2.** ¿Responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en ciertos supuestos cualificados de tráfico de drogas? **III.** La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Proyecto de 2007 de reforma del Código Penal. **IV.** Conclusión.

Si tradicionalmente, la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas constituyó un postulado nada o escasamente cuestionado en el Derecho penal español[(1)], esto sin duda cambió a partir del nuevo Código Penal de 1995 que con la introducción de las llamadas "consecuencias accesorias" (art. 129 CP) abrió un importante debate doctrinal en este punto. El debate se intensificó a partir de la reforma de 2003, cuya Exposición de Motivos manifestaba la voluntad explícita de superación del principio *societas delinquere non potest*. La reforma del Código Penal actualmente en curso[(2)] ratifica la voluntad legislativa anterior que trata de instrumentar esta vez de manera más

(1) Entre los primeros autores favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España cabe citar a SALDAÑA (Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación), Madrid, 1927) y MASSAVEU (Revista de Estudios Penales, II, 1945, p. 50 y ss), así como la obra precursora de BARBERO SANTOS, Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, p. 1304 y ss.

(2) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

adecuada a través de la definición de los supuestos de atribución a la persona jurídica de los delitos cometidos por personas físicas y de la inclusión de un listado de penas para las personas jurídicas en el Código Penal español.

I. LAS "CONSECUENCIAS ACCESORIAS": ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

El nuevo Código Penal de 1995 introdujo en su artículo 129 una serie de respuestas "orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma" en las empresas(3), sociedades, asociaciones o fundaciones: clausura (temporal –hasta por cinco años– o definitiva) de la empresa, sus locales o establecimientos; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades hasta por cinco años; prohibición (temporal –hasta por cinco años– o definitiva) de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años(4).

Junto a la criticada ausencia de la multa(5), la parquedad y escaso contenido del artículo 129(6) técnicamente defectuoso(7) y "sumamente atrasado"(8) en este punto, generaron enseguida un debate doctrinal en torno a la naturaleza y fundamento de estas "consecuencias accesorias", categoría de nuevo cuño creada por el nuevo Código Penal de 1995 (Tít. VI, Libro I) y en la que se introdujo igualmente el comiso (arts. 127 y 128) que, de este modo, dejó de estar ya comprendido en el elenco general de penas del art. 33. Varias son las posiciones doctrinales mantenidas al respecto(9):

(3) Tanto de titularidad individual como de titularidad por una persona jurídica. CARRASCO ANDRINO, Revista de Derecho Penal y Criminología, 18, 2006, p.159; FEIJOO SÁNCHEZ, Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid, 2002, p. 57.

(4) La clausura temporal y la suspensión podían ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa (art. 129.2 CP).

(5) GUARDIOLA LAGO, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal, Valencia, 2004, p. 136 y ss.

(6) No mejorado por la reforma introducida por LO 15/2003, que se limitó a incluir una referencia a lo dispuesto por el nuevo inciso introducido en el art. 31 CP, si bien se ha ampliado la discutible selección de tipos a los que resulta aplicable. GUARDIOLA LAGO, cit., p.133; DE LA FUENTE HONRUBIA, Las consecuencias accesorias del art.129 del Código penal, Valladolid, 2004, pp. 130 ss. y 249 y ss.

(7) OCTAVIO DE TOLEDO *y* UBIETO, en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, DÍEZ RIPOLLÉS et ál (eds.), Madrid, 2002, p. 1141 y ss.

(8) TIEDEMANN, en La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ-CUSSAC (coords.), Castelló de la Plana, 1997, p.25.

(9) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam (ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE)(Dirs.), vol. I, Cuenca, 2001, p. 976 y ss. CARRASCO ANDRINO, cit., p. 144 y ss.

- **Las consecuencias accesorias son medidas de seguridad**: Un sector doctrinal, que destaca la ausencia de las consecuencias accesorias del catálogo de penas del art. 33 CP[10], las identifica con las medidas de seguridad, a la luz de sus presupuestos de aplicación[11] y aduciendo que el propio Código Penal se refiere en diversos pasajes a las "medidas" previstas en el artículo 129: así, art. 294, arts. 298 y 299, art.302, art. 327 y art. 366. Entienden además estos autores que el postulado tradicional *societas delinquere non potest* rechaza la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, pero no constituye obstáculo a la admisión de la posibilidad de su peligrosidad. Es más, a su juicio, existe una equivalencia entre el fundamento de las "medidas de seguridad" y el de las consecuencias del artículo 129; este reside en la peligrosidad de la persona jurídica, de ahí las necesidades de prevención especial a las que se refiere el número 3 del artículo 129.

  Ahora bien, la compatibilidad del principio *societas delinquere non potest* con la aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas no resulta evidente: si la persona jurídica no puede cometer delitos por incapacidad de acción tampoco debería poder ser considerada peligrosa criminalmente[12]. Pero, incluso admitiendo la capacidad de acción penal de las personas jurídicas, la identificación de las consecuencias accesorias con las medidas de seguridad, en derecho penal español, no resulta correcta. Dejando al margen el dato formal de su ausencia de los listados de medidas de los arts. 96 y 105, el concepto de peligrosidad en el que se fundamentan las medidas de seguridad previstas por el Código Penal es la probabilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito, peligrosidad individual, propia de las personas físicas y no esa peligrosidad objetiva[13] o instrumental[14], exclusiva de la persona jurídica[15], a la que se refiere el art. 129,3, caracterizada por la evitación de la continuidad de la actividad delictiva y sus posibles efectos[16].

(10) FERNÁNDEZ TERUELO, en El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), Pamplona, 2001, p. 279.
(11) Para una reformulación en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada del C.J.P.J., nº 14, Madrid, 2001, p. 342 y ss.
(12) DE LA CUESTA ARZAMENDI, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, cit., p. 977.
(13) FEIJOO SÁNCHEZ, cit., p. 142 y ss.
(14) LUZÓN PEÑA, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Octavio de Toledo et al (coords.), Valencia, 2004.
(15) ZUGALDÍA ESPINAR, en El nuevo Derecho Penal español, cit., p. 888.
(16) FERNÁNDEZ TERUELO, cit., p. 280; SERRANO BUTRAGUENO. Código Penal de 1995, p. 884.

- **Las consecuencias accesorias son verdaderas penas**[17]: Para esta perspectiva a pesar de su ausencia del catálogo de penas del artículo 33 CP, las consecuencias del artículo 129 comparten con las penas los requisitos sustantivos necesarios para tal consideración: previsión legal de las mismas como respuestas a la comisión de un hecho ilícito; imposición a través de un proceso con todas las garantías; y orientación preventiva general y especial. Por ello, para Zugaldía Espinar, la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España lo único que precisa es un esfuerzo de adaptación del concepto de culpabilidad individual y del principio de personalidad de las penas al ámbito de las personas jurídicas[18].

  A pesar de lo anterior no parece nada fácil admitir la equivalencia entre las penas del art. 33 CP y las consecuencias accesorias en general: sin negar su cercanía en ciertos aspectos[19], las diferencias entre penas y consecuencias accesorias siguen siendo demasiado grandes[20]; es más, en el caso del comiso (anteriormente una pena accesoria) parece claro que su inclusión entre las consecuencias accesorias se fundamentó precisamente en la voluntad legislativa de alejarlo de las penas. Por lo que respecta a las consecuencias accesorias del artículo 129, en realidad, la aplicación del citado precepto –en principio, solo potestativa; no obligatoria– parte de la previa imputación típica a una persona física del hecho delictivo. Es a partir de esa imputación a la persona física (y no a la persona jurídica) y en razón de la conexión existente entre el citado sujeto y la persona jurídica, que resultan aplicables las consecuencias del artículo 129: no para hacer responder a la persona jurídica del hecho en sí, sino con el fin de "prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma" (art. 129,3).

- **Las consecuencias accesorias tiene naturaleza civil o administrativa**: Ante las dificultades que suscita su conceptuación como penas y medidas, un sector minoritario, fijándose en su presupuesto de aplicación –la peligrosidad objetiva– y en el hecho de que la persona jurídica no es sino un instrumento de la persona física, se inclinan

(17) BACIGALUPO SAGGESE, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998, pp.284 s. PRATS CANUT/MORÁN MORA, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES (dir.), Pamplona, 3ª ed., 2004, p. 663; RODRÍGUEZ RAMOS, La Ley, 3 octubre 1996, p. 1 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en Comentarios al Código Penal, Cobo del Rosal (dir.), Madrid, 1999, p. 1051; ZÚÑIGA, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pamplona, 2003, p. 213.

(18) ZUGALDÍA ESPINAR, en El nuevo Derecho Penal español, Ob. cit., p. 889.

(19) ARROYO ZAPATERO, Revista Penal, 1, 1998, p.14; MUÑOZ CONDE, Revista Penal, 1, 1998, p.70.

(20) MAPELLI CAFFARENA, Revista Penal, 1, 1998, p. 48.

por su naturaleza civil o administrativa, con todo, su claro contenido aflictivo opera como argumento claro contra esta posición.

- **Las consecuencias accesorias constituyen una "tercera vía" penal**: En realidad, la mayoría de la doctrina española considera, con razón, a las consecuencias accesorias como sanciones "de naturaleza peculiar"(21): una nueva respuesta jurídico-penal, distinta de las penas y de las medidas de seguridad, ajena a la culpabilidad y a la peligrosidad individual características de las personas físicas(22), cuya aplicación debe rodearse de todas las garantías(23). Se trata de consecuencias penales(24), en cuanto que se aplican por el juez de lo penal como consecuencia de la comisión de un hecho típicamente antijurídico (y, por tanto, no como accesorias a la pena), con base en una peligrosidad distinta a la que constituye el presupuesto de las medidas de seguridad: "que no se fija en clave de sujeto, sino de instrumento u objeto peligroso"(25) y cuyo síntoma es el hecho ilícito cometido por una persona física en conexión(26) con alguna de las entidades a las que alude el artículo 129 CP(27). En este sentido, y con independencia de sus insuficiencias y defectos técnicos, conforman una categoría penal nueva de contenido escasamente unitario, pero con cierta vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito(28): una vía intermedia entre, de un lado, la inaplicación del Derecho Penal a las personas jurídicas y/o empresas y, del otro, la imposición de penas a las mismas, evitándose así las dificultades

(21) LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias jurídicas del delito, 6ª ed., Madrid, 2005, p.127.

(22) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio, MESSUTI/SAMPEDRO ARRUBLA (comps.), Buenos Aires, 2001 p. 981; DE LA FUENTE HONRUBIA, *ICADE,* 42, 1997, p. 26; FERNÁNDEZ TERUELO, "Las consecuencias accesorias artículo 129 CP", en El nuevo Derecho Penal español, cit., p. 280; GUINARTE CABADA, en Comentarios al Código Penal de 1995, VIVES ANTÓN (coord.), Valencia, 1996, p. 665; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., p. 1129; TAMARIT SUMALLA, en Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, cit., p. 1163.

(23) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en La Administración de Justicia, cit., p. 69.

(24) Algunos autores, ubicados en esta tercera vía, consideran, con todo, que su naturaleza es de carácter administrativo (GARCÍA ARÁN, en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López, Cerezo Mir et al (eds.), Granada, 1999, p. 327) o, incluso, que se trata de medidas asegurativas, reparadoras o preventivas; ECHARRI CASI, Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias, Pamplona, 2003, p. 111; FERNÁNDEZ PANTOJA, en Comentarios al Código Penal, Cobo del Rosal (dir.), cit., p. 1037; GRACIA MARTÍN, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), Barcelona, 1996, p. 69; PERIS RIERA/PLÁ NAVARRO, en Comentarios al nuevo Código Penal, Quintero Olivares (dir.), cit., p. 1016.

(25) CARRASCO ANDRINO, cit., p.165.

(26) Critica acertadamente la insuficiente regulación de este aspecto, MIR PUIG, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), 6, 2004, p. 5.

(27) OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., p. 1132.

(28) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, cit., p. 981.

que, desde el principio de culpabilidad personal, entrañan la imputación de delitos y la previsión de verdaderas penas para personas jurídicas y empresas[29].

II. LA REFORMA DE 2003

Aun cuando el ámbito de aplicación del artículo 129 se extendiera a supuestos delictivos anteriormente no contemplados[30], la incidencia de la reforma de 2003 (Ley Orgánica 15/2003, que entrara en vigor el 1 de octubre de 2004) sobre la regulación de las consecuencias accesorias fue mínima.

La ambición explícita del legislador por lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas era, con todo, mucho mayor. En efecto, de acuerdo con la Exposición de Motivos, la reforma abordaba "la responsabilidad penal de las personas jurídicas" a través de las dos vías siguientes (apdo. II letra l):

- adición de un nuevo apartado en el art. 31 (actuar en nombre de otro), estableciendo una responsabilidad directa y solidaria del pago de multa por parte de la persona jurídica, y,
- previsión en ciertos supuestos de tipos cualificados de tráfico de drogas de la posibilidad de privación, a las sociedades u organizaciones involucradas, del derecho a obtener beneficios fiscales, y sin perjuicio del comiso y de la eventual clausura, suspensión de actividades, disolución o intervención.

1. Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa por parte de la persona jurídica

La Exposición de Motivos que acompañó a la LO 15/2003 destacaba, en efecto, entre las reformas de la parte general del Código, el abordaje de "la responsabilidad penal de las personas jurídicas", de un lado, a través del nuevo art. 31.2. Los términos del nuevo número introducido en el art. 31 disponen que "si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

Dejando a un lado la cuestión de si la regulación del actuar en nombre de otro es la sede más adecuada para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[31], conviene indicar de entrada que el

(29) MIR PUIG, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, cit., p. 7.
(30) CARRASCO ANDRINO, cit., p. 152 y ss.
(31) Críticamente, CARRASCO ANDRINO, cit., p.153; GÓMEZ-JARA DÍEZ, La Ley, 6548, 2006, p.1. GALÁN MUÑOZ, Revista de Derecho Penal y Criminología, 18, 2006, pp. 266 y ss.

marco de aplicación de la nueva disposición no es cualquier supuesto de imposición de la pena de multa a quien actúe en nombre o por cuenta de una persona jurídica. Por el contrario, la aplicación del art. 31.2 parte de los casos de actuación en nombre de otro contemplados por el artículo 31.1 y este se ocupa, únicamente, del administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica que, actuando en calidad de tal, realiza unos hechos que serían punibles (como delitos especiales) de concurrir en él determinadas condiciones, cualidades o relaciones; dado que, si bien esas condiciones, cualidades o relaciones no concurren en su persona sí lo hacen en la entidad en cuyo nombre actúa, el art. 31.1 declara su responsabilidad personal por los delitos o faltas (especiales) cometidos(32). La responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa por parte de la persona jurídica impuesta por el nuevo art. 31.2 queda, por tanto, limitada a los casos mencionados, siempre, además, que el interviniente en nombre o por cuenta de la persona jurídica haya recibido una pena de multa como "autor del delito", término que ha de entenderse en sentido estricto, esto es, opuesto a la condición de partícipe(33).

Junto a lo limitado del campo de aplicación y su diferente impacto según la dimensión de la sociedad(34), la doctrina critica las insuficiencias del art. 31.2(35), así como su difícil compatibilidad con postulados fundamentales del Derecho Penal, como el principio de personalidad de las penas(36) y de igualdad(37), lo que –para algunos(38)– podría dar pie a su inconstitucionalidad. También se insiste en la clara infracción que supone del principio de inderogabilidad de las penas el que por la vía del art. 31.2 pueda eludirse la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria en casos de impago de la multa por la persona física condenada(39).

La generalmente reconocida falta de claridad(40) del art. 31.2 y la confusión generada por "la importante mezcla de tendencias"(41) y por los términos ("de manera directa y solidaria") empleados para calificar la responsabilidad han

(32) SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, cit., pp.5 s.; ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), Derecho penal. Parte General, 2ª ed. 2004, p. 958. Muy críticamente, FERNÁNDEZ TERUELO, Revista de Derecho y Proceso Penal, 12, 2005, p. 35.
(33) SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, cit., p. 5 y ss.
(34) QUINTERO OLIVARES, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES (dir.), cit., p. 337.
(35) ÁLVAREZ GARCÍA, Revista de Derecho Penal, 12, 2004, p. 141 y ss.
(36) DE LA FUENTE HONRUBIA, Las consecuencias accesorias, cit., p. 71 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, Revista de Derecho y Proceso Penal, cit., p. 37 y ss.
(37) CARRASCO ANDRINO, cit., p. 154 y ss.
(38) Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, cit., p.127.
(39) ÁLVAREZ GARCÍA, cit., p. 124 y ss.
(40) Por todos LUZÓN PEÑA, cit., p.549 (n.7).
(41) Se declara a la persona jurídica "responsable del *pago* [naturaleza civil] *de la pena de multa* [naturaleza penal]". GÓMEZ-JARA DÍEZ, La Ley, 6548, 13 de setiembre de 2006, p. 2.

llevado igualmente a cuestionar la naturaleza penal de esta responsabilidad[42] –que solo cabría aceptar si se entendiera el concepto en un sentido amplio–[43].

Frente a lo expresado por la Exposición de Motivos se rechaza así por un importante sector la doctrina que el art. 31.2 suponga la introducción de régimen alguno de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. La obligación del pago de la multa impuesta por el art. 31.2 es, entonces, a juicio de la doctrina: o bien una sanción (pero de naturaleza civil o administrativa), o bien, simplemente, una forma de aseguramiento del pago de la pena de multa a través del establecimiento de una responsabilidad objetiva de pago, de perfiles no penales. En la línea de interpretación del art. 31.2 como forma de aseguramiento del pago de la pena de multa, Silva Sánchez/Ortiz de Urbina defienden que, más que una responsabilidad civil por hecho ajeno, la responsabilidad establecida por el artículo 31.2 constituye una vía de "aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho Público"[44], generada por una sanción penal ajena; una responsabilidad directa y solidaria, con derecho de regreso por parte de la persona jurídica y en principio asegurable, pero que no puede ser meramente objetiva, ya que, conforme a la jurisprudencia constitucional española, no cabe el aseguramiento patrimonial de sanciones ajenas sin un mínimo de responsabilidad subjetiva[45].

Ciertamente la propuesta de Silva Sánchez/Ortiz de Urbina representa la construcción más elaborada y completa para dotar de un sentido razonable al art. 31.2, minimizando las consecuencias negativas derivadas de su deficiente técnica e imperfecciones; en este sentido, de no existir el pronunciamiento de la Exposición de Motivos, marcaría sin duda la vía a seguir. Ahora bien, aun cuando las exposiciones de motivos no tengan un valor "normativo auténtico" [46], sino de auxilio en la interpretación de las leyes, la clara expresión de la *voluntas legislatoris* obliga al intérprete a tratar de aportar al precepto, hasta donde sea posible, la racionalidad de la que aparentemente carece.

Pues bien, frente a quienes califican de "ciertamente insuperables"[47] los obstáculos que se alzan contra la configuración del mecanismo del art. 31.2 como una auténtica sanción (penal o administrativa), para un sector doctrinal

(42) Con todo, ZUGALDÍA ESPINAR entiende que se establece una responsabilidad penal "indirecta". Derecho penal, cit., p. 958.
(43) MIR PUIG, *en* Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, cit., p. 762. En todo caso, entiende Mir Puig que la obligación de pagar por parte de la persona jurídica no podría considerarse una pena, sino una consecuencia accesoria.
(44) SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, cit., p. 39.
(45) SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, cit., p. 31 y ss.
(46) SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, cit., p. 8.
(47) Por todos SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, cit., p. 17; ver para una completa fundamentación p. 10 y ss.

minoritario ni los evidentes defectos de este precepto[48], ni el hecho de que la pena de multa se imponga al autor del delito y no a la persona jurídica, a quien "solo"[49] se responsabiliza de su pago, deberían ser obstáculo para la aceptación de que la responsabilidad directa y solidaria declarada es una responsabilidad derivada de la imposición de una pena y que no puede confundirse con la responsabilidad directa y solidaria del pago de la responsabilidad civil *ex delicto*"[50]: se trata, por tanto, no de reparar, restituir o indemnizar[51], sino de la aplicación de "unas reglas jurídico-civiles de atribución de una consecuencia jurídico-penal" (sic)[52].

Se reconoce, con todo, que las deficiencias regulativas –ubicación sistemática en el marco del actuar en lugar de otro, aplicación exclusivamente a los delitos especiales, desigualdad entre personas físicas y jurídicas, dependencia respecto de la condena de la persona física, criterios de determinación de la pena de multa[53]– y la misma insuficiencia de su tenor literal obligan a un importante esfuerzo doctrinal dirigido a construir de un modo constitucionalmente admisible los presupuestos de esta responsabilidad penal. En este punto resulta de particular interés la reciente propuesta de Galán Muñoz. Partiendo de que el art. 31.2 establece un sistema de "heterorresponsabilidad basado en un hecho de conexión"[54], defiende este autor que, en el art. 31.2 CP, la atribución de la responsabilidad penal opera con base en el entendimiento de que "la persona física actuante y la jurídica, en cuyo lugar aquel actúa, son en realidad un mismo sujeto"[55]. Esto permite, a su juicio, no solo "fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su álter ego", sino igualmente eludir todo conflicto con

(48) FERNÁNDEZ TERUELO, Revista de Derecho y Proceso Penal, cit., p. 38 y ss.
(49) GÓMEZ-JARA DÍEZ, La Ley, cit., p.1.
(50) SUÁREZ GONZÁLEZ, Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, BAJO FERNÁNDEZ et ál (eds.), Madrid, 2005, p. 1786.
(51) GALÁN MUÑOZ, cit., p. 258 y ss.
(52) GÓMEZ-JARA DÍEZ, La Ley, cit., p. 3.
(53) GÓMEZ-JARA DÍEZ, La Ley, cit., p. 6 y ss. También, con especial incidencia en los problemas político-criminales, GALÁN MUÑOZ, cit., p. 274 y ss.
(54) GÓMEZ-JARA DÍEZ, La Ley, cit., p. 5. También GALÁN MUÑOZ, cit., p. 269.
(55) GALÁN MUÑOZ, cit., p. 271. Para GÓMEZ-JARA la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica a través del art. 31.2 encontraría su fundamento en el reconocimiento de la posición de garante que la persona jurídica ha de ocupar respecto de las actuaciones de sus empleados, lo que le obliga a "configurar su ámbito de organización de manera idónea para evitar la actuación delictiva de estos": la infracción de este deber constituiría, por tanto, el hecho punible de la persona jurídica. En cuanto a la culpabilidad, de acuerdo con un concepto constructivista de la culpabilidad empresarial, la culpabilidad de la persona jurídica se fundamentaría en no haber institucionalizado una cultura empresarial del fidelidad al Derecho, de cumplimiento con el Derecho, y quedaría excluida en el caso de que la entidad demostrara que en su cultura empresarial se encuentra firmemente inserto el cumplimiento de los roles ciudadanos de fidelidad al Derecho, GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad de la empresa, Madrid, 2005, p. 312; ver también del mismo autor, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, 05:21 ss.

el principio de personalidad de las penas, al tiempo que entender por qué se exige la efectiva condena de la persona física (solo entonces se tiene la seguridad de que concurren todos los elementos precisos para hacer responsable a la persona jurídica) y el que la responsabilidad del pago de la multa sea solidaria (para evitar la infracción del *ne bis in idem*).

2. ¿Responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en ciertos supuestos cualificados de tráfico de drogas?

Con arreglo a la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, la referencia (por parte del art. 31.2) al pago de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho por parte de la persona jurídica no constituía la única vía de reconocimiento de la responsabilidad penal de estas. También se añadió que en la parte especial, en materia de tráfico de drogas, la reforma permitía aplicar una privación del derecho a obtener beneficios fiscales, a la sociedad u organización a través de la cual el delito se hubiera cometido (y al lado del comiso, la clausura, suspensión, disolución o intervención); ninguna referencia se hacía, con todo, a la multa (del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito) igualmente prevista en esa sede para "la organización, asociación o persona titular del establecimiento".

El Código Penal de 1995 ya contenía en su art. 262 **(alteración de precios en concursos y subastas públicas)** una referencia a la imposición (adicional) al agente y a la persona o empresa por él representada de la pena de inhabilitación especial, comprensiva, en todo caso, de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas. Esta previsión, que para Zugaldía Espinar suponía un reconocimiento expreso de la admisión por el Código de la responsabilidad penal de las personas jurídicas(56), fue considerada por la doctrina mayoritaria como una expresión incorrecta(57), fruto de un descuido del legislador(58). Negado el carácter de pena de la prohibición de contratar con las administraciones públicas impuesta a una persona jurídica, su tratamiento jurídico-penal se remitía al ámbito de las consecuencias accesorias(59); esto, a pesar de su falta de inclusión en el listado (númerus clausus) del art. 129.

Tampoco el tenor literal del "extraño"(60) art. 369.2 ayuda a la hora de la clarificación de la naturaleza jurídica de las respuestas por él previstas. De un lado, porque la privación de derechos (verdadera pena de inhabilitación

(56) ZUGALDÍA ESPINAR, Poder Judicial, 1977, p. 333. Sin embargo, MAPELLI CAFFARENA, cit., p. 48.
(57) FEIJOO SÁNCHEZ, cit., p. 101.
(58) CARRASCO ANDRINO, cit., p. 147.
(59) QUINTERO OLIVARES, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES (dir.), cit., p.1320.
(60) VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES (dir.), cit., p. 1896.

especial) se califica por el propio art. 369.2 como "medida", junto con las consecuencias accesorias, que también resultan reciben la misma calificación. De otra parte, se incluye junto al comiso la multa, a la que no se califica directamente de pena (como tampoco se hace en múltiples pasajes de la parte especial del Código Penal, aun cuando nadie duda entonces de que se trata de una propia y verdadera pena) ni de "medida". A la vista de lo anterior, y como es natural, la doctrina se encuentra de nuevo dividida en cuanto a la naturaleza jurídica de la multa y de la privación de derechos contempladas por el art. 369.2. Así, frente a quienes entienden que, a pesar de su falta de previsión en el título VI del Libro I del Código Penal, todas ellas han de considerarse consecuencias accesorias(61), la aceptación de su carácter de penas(62) lleva a Valle Muñiz/Morales García a afirmar que el art. 369.2 rompe con el modelo del art. 31.2 e instituye una "responsabilidad directa, acumulativa" de la persona jurídica "por el hecho propio"(63): pues, aun cuando se prevé la actuación de una persona física, no se requiere que esta lo haga por cuenta de la entidad o en su beneficio. La falta de descripción típica por parte del art. 369 del hecho propio de la persona jurídica y lo problemático que resulta la afirmación de la culpabilidad de la persona jurídica en estas circunstancias(64) (y en general) se elevan, con todo, como obstáculos difícilmente superables de cara a la aceptación de esta propuesta.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL NUEVO PROYECTO DE 2007 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

La introducción de pleno derecho de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas puede producirse en un próximo futuro a través del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2007(65), actualmente en tramitación. Este introduce un nuevo artículo 31 bis en el Código Penal dirigido a regular el sistema de responsabilidad penal de las asociaciones, fundaciones y sociedades (art. 31 bis 5); lo que excluye, por tanto, al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos. El sistema proyectado presenta las características siguientes:

(61) CARRASCO ANDRINO, cit., p. 157. Por su parte, indica Mir Puig que todas ellas son "medidas preventivas de carácter económico, y no penas"; en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, cit., p. 762.
(62) Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, Derecho penal, cit., p. 956.
(63) VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA, cit., p. 1895.
(64) VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA, cit., p. 1895 y ss.
(65) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

- **Sistema de responsabilidad penal por atribución** (art. 31 bis 1)**:** Los delitos que generan la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas son los cometidos por determinadas personas físicas que actúan por cuenta y/o en provecho de la persona jurídica:
  - quienes tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad;
  - quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

  La exigencia de un vínculo de conexión entre la persona que realiza el delito y la persona jurídica se conforma, así, como un aspecto esencial de cara a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica. El vínculo es, de otra parte, doble, pues liga a la condición individual de directivo o empleado el hecho de la actuación por cuenta *o* en provecho de la persona jurídica, en el primer caso, o por cuenta *y* en provecho de la persona jurídica, en el segundo. La exigencia de un cierto déficit de organización se manifiesta asimismo en relación con el segundo grupo de sujetos, cuya actividad delictiva tiene lugar "por no haberse ejercido sobre ellas el debido control".
- **Responsabilidad penal compatible e independiente de la de las personas físicas:** la eventual responsabilidad de las personas jurídicas y la de las personas físicas no son recíprocamente excluyentes (art. 31 bis 2); por el contrario, cabe su exigencia cumulativa y el hecho de que no se declare la una no impide que se declare la otra. De otra parte, el sistema de determinación de la responsabilidad es independiente: el art. 31 bis 4 establece las atenuantes específicas(66) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, según dispone el núm. 3 del nuevo artículo, la concurrencia en las personas físicas de eximentes o circunstancias modificativas de la responsabilidad no afecta a la posible responsabilidad penal de la correspondiente persona jurídica (art. 31 bis 3).

(66) a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad; c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito; d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En cuanto a la determinación y aplicación de las penas, el nuevo núm. 4 del artículo 52 ordena tener en cuenta prioritariamente para la imposición de la pena de multa, junto a los daños causados, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la capacidad económica de la entidad. Por su parte, el art. 66.3 se remite al prudente arbitrio de los jueces y tribunales en cuanto a la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, si bien se les indica que procuren observar en lo posible las reglas generales.

- **Responsabilidad penal y responsabilidad civil**: la responsabilidad penal de las personas jurídicas genera responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas condenadas por los mismos hechos (art. 116.4).

- **Sistema de númerus clausus:** la aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis se limita a "los supuestos previstos en este Código".

- **Penas (y medidas) aplicables:** El nuevo apdo.7 del artículo 33 incluye a las actuales consecuencias accesorias del artículo 129 en el catálogo general de penas del Código Penal. Se contemplan así como penas (graves) aplicables a las personas jurídicas: a) la multa por cuotas o proporcional; b) la disolución de la persona jurídica; c) la suspensión (hasta por cinco años) de sus actividades; d) la clausura (hasta por cinco años) de sus locales y establecimientos; e) la prohibición –temporal (hasta por quince años) o definitiva– de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; f) la inhabilitación (hasta por quince años) para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; y, g) la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años[67].

  De todos modos, el artículo 129 del CP mantiene como consecuencias accesorias aplicables a las asociaciones, sociedades, organizaciones o empresas "las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7", y esto con el fin de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.1). Presupuesto

(67) La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial pueden también aplicarse como medidas cautelares acordadas durante la instrucción de la causa.

para la aplicación de estas consecuencias accesorias será "que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros". La Exposición de Motivos aclara en todo caso que se trata de una previsión destinada a su aplicación en los supuestos en que no se encuentre legalmente prevista la aplicación de penas a las personas jurídicas con base en el art. 31 bis.

- **Inextinción de la responsabilidad penal por transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica**: En los supuestos indicados la responsabilidad penal se traslada bien a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión. La misma regla se aplica en casos de disolución encubierta o meramente aparente, entendiéndose por tal "cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos" (art. 130.2).

IV. CONCLUSIÓN

A la vista de la evolución de los últimos años parece manifiesta la voluntad del prelegislador español de proceder a una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigida en último término a la aplicación de verdaderas sanciones penales ("penas", según el Proyecto de 2007) a estas entidades, en respuesta a la responsabilidad generada por la comisión de hechos delictivos por cuenta y/o en provecho de la persona jurídica, bien por parte de las personas físicas con poder de dirección suficiente, bien como consecuencia de la falta del debido control sobre los subordinados.

Ciertamente, habida cuenta de la "personalidad delictiva"(68) de no pocas entidades, de la importancia de los hechos criminales que se producen en su ámbito o que utilizan a las personas jurídicas como instrumentos –y de sus déficits de prevención(69) pues es sabido que, por su fraccionamiento y por los mecanismos internos de encubrimiento(70), resultan en gran parte inmunes a la persecución penal(71)–, así como de las insuficiencias de las sanciones

(68) GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, Principios de Criminología, Valencia, 1999, p. 616.
(69) SCHÜNEMANN, Bausteine des europäisches Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln, 1995, p. 271 y ss.
(70) HEINE, Anuario de Derecho Penal, 1996, p. 22, http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/pdf/HEINE.pdf.
(71) RUIZ VADILLO. *Revista de Derecho Penal y Criminología.* 1, 1991, p. 339; TAMARIT SUMALLA, cit., p. 1170.

administrativas desde un prisma preventivo, aumenta el consenso[72] sobre la necesidad urgente y fundamental de estructuración de un sistema adecuado de intervención penal sobre las personas jurídicas, como desde hace tiempo fue reconocido en el marco europeo por la Rec. (18)88 y en no pocos sistemas jurídicos. La cuestión es, entonces, en primer lugar, el modo en que esa intervención penal ha de manifestarse: en suma, si conviene someter a las personas jurídicas al mismo régimen de responsabilidad penal de las personas físicas, aunque ello implique reformar algunos conceptos fundamentales de la "dogmática penal"[73], o si a la vista de las distancias existentes, de las dificultades dogmáticas que encierra su sometimiento a la responsabilidad penal –y de los riesgos de repercusión negativa[74] que para las estructuras y vínculos penales ya consolidados pueden derivar de su adaptación a las peculiaridades de estas entidades–, no resulta más oportuno, al igual que se ha hecho en cuanto a la responsabilidad penal de los menores, la apertura de una "nueva" línea de intervención penal[75], compatible con la intervención penal tradicional sobre los individuos actuantes (pero no accesoria o subsidiaria de la misma) y aplicable a aquellos hechos delictivos expresamente previstos por la ley: una vía específica que, formulando claramente los presupuestos, garantías y límites de la nueva forma de responsabilidad penal, permita abordar de manera más adecuada que la actual las graves agresiones a ciertos bienes jurídicos (entre los que destacan, aunque no de modo exclusivo, el ambiente, el orden socioeconómico y la salud y seguridad colectivas) provenientes de la actividad de ciertas entidades y empresas (o de sus empleados y representantes).

En este orden de cosas, si bien tradicionalmente el sistema seguido para la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica ha sido el de la heterorresponsabilidad, esto es, la "responsabilidad por atribución"[76] de lo cometido por las personas físicas que constituyen a la postre sus instrumentos, las insuficiencias detectadas en la práctica desde el prisma de la persecución penal han llevando progresivamente a admitir el principio de agregación[77], que permite exigir la responsabilidad penal a partir de la contemplación no del comportamiento del sujeto individual, sino del conjunto de lo realizado,

(72) DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, HURTADO POZ et ál. (coords.), Valencia, 2001, p. 26; HEINE, "La responsabilidad penal de las empresas", p. 55; y ZUGALDÍA ESPINAR, en El nuevo Derecho Penal español, cit., p. 891, entre otros.

(73) BACIGALUPO SAGGESE, cit., p. 361. En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, en Responsabilidad penal de las empresas, cit., p. 26; ECHARRI CASI, cit, p. 39 y RODRÍGUEZ RAMOS, en La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, cit., p. 175.

(74) ROBLES PLANAS, InDret, 344, 2006, p. 5.

(75) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en La Administración de Justicia, cit., p. 65 y ss.

(76) SILVA SÁNCHEZ, cit., p. 321 y ss.

(77) VERVAELE, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1, 1998, p. 167.

algo particularmente importante en aquellos casos en que el tipo penal solo puede considerarse integrado a través de esa visión en conjunto. De aquí a la autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas(78) el salto es ya muy pequeño.

Pues bien, a la hora de la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las propuestas doctrinales son múltiples(79). En su seno, al lado de la atribución con base en la teoría de la identificación y de las modernas direcciones centradas en el principio de causalidad(80), la doctrina del defecto de organización (*Haftungstheorie vom Organisationsverschulden*), formulada por Tiedemann(81) como base para la culpabilidad de las personas jurídicas, continúa ocupando una posición central en el debate doctrinal. Y es que, incluso en los modelos de atribución (aun cuando los autores se preocupan aquí sobre todo por el análisis y profundización en la conexión funcional(82)), la necesidad constitucional de que la responsabilidad penal parta de un hecho típico propio obliga a indagar en qué consiste la contribución específica de la persona jurídica a la realización de la infracción penal; y en este plano (y no tanto en la culpabilidad)(83), el defecto de organización o funcionamiento, directamente o como manifestación de la infracción del deber de garantía de la persona jurídica, y unido al incremento de riesgo(84) se presenta, sin duda, como uno de los elementos más relevantes y útiles, al permitir excluir la imputación típica respecto de la persona jurídica no solo cuando el resultado fuera imprevisible o inevitable, sino también siempre que falte ese nexo de antijuridicidad entre el defecto de organización y la producción del resultado de lesión o de peligro(85).

La responsabilidad penal no queda con todo satisfecha por la mera imputación típica, sino que a esta ha de añadirse la imputación individual, a través de la cual se confirme la atribución del hecho típico y la necesidad de intervención penal, en este caso, respecto de la persona jurídica misma. El

(78) Modelo de creciente importancia teórica. HEINE, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden, 1995; LAMPE, ZStW, 106, 1994, p. 684 y ss. Críticamente, ROBLES PLANAS, cit., p. 6 y ss.

(79) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en La Administración de Justicia, cit., p. 72 y ss.

(80) Ver los tres modelos básicos en HEINE, cit., p. 28 y ss.

(81) TIEDEMANN, NJW, 19, 1988, p. 1169 y ss. También, HIRSCH, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände, 1993; *Volk*, JZ, 1992, p. 429 y ss; SCHÜNEMANN, en Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, ARROYO ZAPATERO *et ál.* (eds.) Madrid, 1995, p. 565 y ss; HEINE, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit, cit; DANNECKER, GA, 2001, p. 101 y ss. Críticamente, ROBLES PLANAS, cit., p. 19.

(82) BACIGALUPO SAGGESE, cit., p. 379 y ss., en especial p. 390 y ss.

(83) GRACIA MARTÍN, en Dogmática penal, Política Criminal y Criminología en evolución, ROMEO CASABONA (ed.), Tenerife, 1997, p. 132 y ss.

(84) HEINE, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit, cit., p. 311 y ss.

(85) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en La Administración de Justicia, cit., p. 79.

paralelismo con el Derecho Penal de las personas físicas lleva en este sentido a la doctrina a afirmar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas(86) y a proponer criterios diversos para la culpabilidad organizativa(87), entre los que últimamente destaca la culpabilidad por la dirección de la empresa (*Betriebsführungsschuld*)(88). El concepto recuerda demasiado a la culpabilidad por el modo de vida, proscrita para las personas físicas en un Derecho Penal del hecho. De otra parte, la concurrencia de una situación de exigibilidad combinada con la peligrosidad criminal de la persona jurídica podría bastar de cara a la imputación individual y dar así paso a la sanción penal de la persona jurídica, de contenido sancionador, preventivo y reparador, pero fundamentalmente orientada a la prevención de "la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma", como indica el vigente art. 129.3 CP. En este orden de cosas, para terminar, aun cuando se va extendiendo la denominación de penas para las sanciones aplicables a las personas jurídicas, probablemente, con el fin de proceder a una mejor delimitación de esta vía penal específica referida a la persona jurídica, sería mejor evitar esta denominación (y la de medidas) y aludir de forma más genérica a "sanciones penales" o a "consecuencias penales"(89).

(86) GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, cit., p. 425 y ss.
(87) CUADRADO RUIZ, Revista Jurídica de Castilla y León, 12, 2007, p. 138.
(88) HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, cit., p. 313. Ver también, en España, desde el prisma constructivista la propuesta de GÓMEZ-JARA DÍEZ de culpabilidad por la no institucionalización de una cultura de fidelidad al Derecho en la empresa. La culpabilidad, cit.
(89) Para Mir Puig, deberían denominarse "medidas penales" o "consecuencias penales".

La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia[*]

Luigi FOFFANI
(Italia)

Con la reforma llevada a cabo con la Ley de 20 de setiembre del 2000, n° 300, y el D.lgs. de 8 de junio del 2001, n° 231, el legislador italiano ha introducido por primera vez en Italia un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas[1], que en el panorama del Derecho comparado[2] presenta

(*) Traducción al español de Víctor Manuel MACIAS CARO (Universidad de Huelva/Universidad de Módena y Reggio Emilia).

(1) Sobre la reforma véase, en general, A ALESSANDRI (ed.), *La responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, IPSOA, 2002; E. AMATI, *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, UTET, 2007; G.A. DE FRANCESCO (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia* "punitiva", Torino, 2004; G. GARUTI (ed.), *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002; S. GENNAI/A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2001; F. GIUNTA (ed.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002; G. LATTANZI (ed.), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Giuffrè, 2005; G. MARINUCCI, "Societas puniri potest"*: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 1193 ss.; F. PALAZZO (ed.), Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, CEDAM, 2003; VV.AA., *la responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002; VV.AA., *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cassazione penale*, 2003, suppl. al n° 6; VV.AA., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 349 y ss. Especialmente instructiva resulta la lectura de la exposición de motivos de la nueva ley: véase, por ejemplo, como apéndice de G. GARUTI (ed.), *La responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 432 y ss. Sobre la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en términos más generales y sin especial referencia a la nueva regulación, véase ampliamente en la doctrina italiana, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002. Por último, recuérdese cómo un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas parcialmente diferente del adoptado más tarde por el legislador fue delineado por el proyecto de reforma de la parte general del Código penal redactado por la comisión Grosso (véase el texto en *Doc. Giust.*, 2000, c. 645-648 y la relativa exposición de motivos, *ivi*, c. 573-587).

(2) Sobre la evolución del Derecho comparado (hasta la mitad de los años 90) en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas vease el informe presentado al XIV Congreso Internacional de Derecho

interesantes aspectos originales. Gracias a esta ley se resquebraja, si es que no se supera completamente, el tradicional principio *societas delinquere non potest*[3], que se consideraba un dogma indiscutible del sistema penal italiano, y que de acuerdo con una difundida opinión doctrinal (hasta hace poco tiempo desde luego mayoritaria) se consideraba incluso de rango constitucional, en aplicación del principio según el cual "la responsabilidad penal es personal" (Art. 27.1 de la Constitución italiana)[4]. Probablemente por esta razón el legislador no ha querido calificar abiertamente la nueva responsabilidad "por delito" de las personas jurídicas como responsabilidad de naturaleza penal, prefiriendo la etiqueta formal de responsabilidad "administrativa", según la definición adoptada por el mismo legislador[5]; pero la sustancia de esta responsabilidad, su fundamento y su regulación la sitúan mucho más cerca del sistema penal que del administrativo.

El D. lgs. 231/2001, con sus 85 artículos y con el sucesivo reglamento de desarrollo[6], representa un verdadero y propio "código" de la responsabilidad de las personas jurídicas, que –por amplitud y articulación de la previsión normativa– no tiene probablemente igual en la panorámica del Derecho comparado.

El histórico giro del legislador italiano es fruto esencialmente del impulso proveniente de las numerosas iniciativas asumidas en las sedes supranacionales y, en concreto, europeas: la Ley de delegación 300/2000 se refiere de hecho expresamente a una serie de actos internacionales, para cuya implementación se hace necesaria la introducción de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas: se trata, en particular, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en

comparado por parte de K. TIEDEMANN (en F. DE DOELDER/K. TIEDEMANN (eds.), *Criminalisation of Corporate Behaviour*, 1995).

(3) Claramente en este sentido, entre los primeros comentarios doctrinales, C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi,* societas delinquere (et puniri) potest, en *Corriere giuridico*, 2001, p. 845 y ss.

(4) Cfr. por ejemplo A. ALESSANDRI, *Art. 27 comma 1 cost.*, en *Commentario della Costituzione*, G. Branca (coord.) y A. Pizzorusso, *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1991, p. 150 ss.; véase además, en la doctrina menos reciente, el clásico estudio de F. BRICOLA, *Il "costo" del principio* "societas delinquere non potest" *nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 951 y ss. y en P. NUVOLONE (coord.), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 84 y ss.

(5) El título del D.lgs. 231/2001 es: "*Disciplina della responsabilità* amministrativa *delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300*" (cursiva añadida).

(6) Decreto ministerial de 26 de junio de 2003, n. 201, *Regolamento recante disposizioni regolamentari relative al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, ai sensi dell'art. 85 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.*

los que estén implicados funcionarios de las Comunidades o de los Estados miembros de la Unión Europea de 1997 y de la Convención de la OCDE para combatir la corrupción de servidores públicos extranjeros en transacciones económicas internacionales de 1997.

Los destinatarios potenciales de la nueva forma de responsabilidad son los "entes dotados de personalidad jurídica" y las "sociedades y asociaciones incluso desprovistas de personalidad jurídica"; quedan excluidos, por lo tanto, solo el Estado, las Administraciones territoriales, "otros entes públicos no económicos" y "otros entes que desarrollen funciones de relevancia constitucional", como por ejemplo partidos políticos y sindicatos (art. 1[7]).

En el nuevo sistema creado por el legislador italiano, la responsabilidad de las personas jurídicas puede derivar solo de la comisión de un **delito** (no se puede tratar de una infracción administrativa[8]), y tendrá que tratarse de un delito contenido en un elenco taxativamente fijado por la ley, de acuerdo con el Art. 2 ("principio de legalidad")[9]. La definición de este elenco ha sido sin duda la cuestión más delicada y conflictiva en la larga y tormentosa génesis legislativa de la reforma: la Ley de delegación (art. 11 l. Ley 300/2000) se refería de hecho a un ámbito muy amplio de formas de criminalidad de empresa, de naturaleza tanto dolosa como imprudente (delitos contra la incolumidad pública, delitos imprudentes de homicidio y lesiones personales cometidas en violación de las normas para la prevención de accidentes laborales o relativas a la tutela de la higiene y la salud en el trabajo, delitos en materia de tutela del medio ambiente y del territorio). En la fase de implementación de la delegación legislativa, sin embargo, la fuerte oposición proveniente del mundo empresarial, preocupado por las posibles repercusiones negativas derivadas de la introducción del nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, y el consiguiente temor de las fuerzas políticas de la mayoría de centro-izquierda de no conseguir la aprobación definitiva de la reforma antes del término por entonces inminente de la legislatura, han hecho que finalmente el área de operatividad de la nueva disciplina haya resultado circunscrita a un número muy limitado de delitos dolosos (sustancialmente el

(7) Los artículos citados en el presente trabajo sin ninguna referencia normativa se referirán todos al D.lgs. de 8 de junio de 2001, n. 231.

(8) Unica exepción son los abusos de mercado (abusos de informaciones privilegiadas y manipulaciones del mercado), que –segun cuanto dispuesto en el art. 187 *quinquies* del texto unico en materia de intermediación financiera (TUF), reformado con la l. 18 abril 2005, n. 62– prevé la responsabilidad de las entitades colectivas no solo cuando los abusos de mercado constituyen delito (art. 184 y 185 TUF), sino tambien cuando representan una infracción administrativa (art. 187 *bis* y *ter* TUF).

(9) Podrá tratarse de un delito consumado o incluso solo intentado; en este último caso, sin embargo, "el ente no responde cuando voluntariamente impide la consumación de la acción o la realización del resultado" (art. 26).

mínimo necesario para poder transponer los actos internacionales referidos anteriormente), amputando del ámbito de aplicación del D.lgs. 231/2001 todas las hipótesis más significativas de criminalidad de empresa contempladas originariamente por la Ley de delegación, que quedó así en su mayor parte sin ser transpuesta. Los arts. 24 y 25 prevén de hecho una posible responsabilidad de las personas jurídicas exclusivamente por los delitos de corrupción, fraude de subvenciones, estafa y estafa informática, cuando sean realizados en perjuicio del Estado o de la Comunidad Europea[10].

Una serie de sucesivas novedades legislativas –derivadas una vez más, de forma prevalente, de la transposición de directivas comunitarias, acciones comunes o decisiones marco europeas– han llevado en cualquier caso a una progresiva y sorprendente extensión del ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad por delito de las personas jurídicas, dando lugar a un marco normativo que resulta actualmente desprovisto de toda organicidad y sistematicidad. Al originario núcleo de delitos previstos por los arts. 24 y 25, se han adjuntado así los delitos los delitos inherentes a la falsificación del euro[11] (art. 25 *bis*)[12], los delitos societarios[13] (art. 25 *ter*)[14], los delitos con finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático[15] (art. 25 *quater*)[16], los delitos de mutilación de órganos genitales femeninos[17] (art. 25 *quater* 1)[18], los delitos de reducción a esclavitud, comercio de esclavos y trata de seres humanos, los delitos relativos a la explotación de la prostitución de menores, a la producción y comercio de material de pornografía infantil y a la organización de turismo sexual[19] (art. 25 *quinquies*)[20], los delitos de abuso de información privilegiada y de manipulación del mercado[21] (art. 25 *sexies*)[22], los delitos transnacionales[23] y, por último (de momento), los delitos de homicidio imprudente y lesiones imprudentes graves y gravísimas[24]

(10) Se trata de los delitos previstos por los Arts. 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 322, 640 II, Nr. 1, 640 bis, 640 ter CP.
(11) Art. 453, 454, 455, 457, 459, 40, 461, 464 CP.
(12) D.L. 25 septiembre 2001, n° 350 y L. 23 noviembre 2001, n° 409.
(13) Art. 2621, 2622, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2629 *bis*, 2632, 2633, 2636, 2637, 2638 Código Civil.
(14) L. 3 octubre 2001, n° 366 y D.lgs. 11 abril 2002, n° 61.
(15) Art. 270 *bis*, 270 *ter*, 270 *quater*, 270 *quinquies*, 270 *sexies*, 280, 280 *bis*, 289 *bis*, 302 CP, art. 1 D.L. 15 diciembre 1979, n° 625, conv. en L. 6 febrero 1980, n° 15.
(16) L. 14 enero 203, n° 7.
(17) Art. 583 *bis* CP.
(18) L. 9 enero 2006, n° 7.
(19) Art. 600-602 CP.
(20) L. 11 agosto 2003, n° 228.
(21) Art. 184, 185 D.lgs. 24 febrero 1988, n° 58 (texto único en materia de intermediación financiera).
(22) L. 18 abril 2005, n° 62.
(23) L. 16 marzo 2006, n° 146.
(24) Art. 589, 590 CP.

cometidos con infracción de las normas para la protección de la seguridad e higiene en el trabajo (art. 25 *septies*)[25].

Las personas físicas, de cuya conducta antijurídica puede derivar la responsabilidad de las personas jurídicas, son clasificadas por el legislador en dos categorías: los sujetos puestos en "posición apical" en la organización del ente (es decir, los sujetos investidos de "funciones de representación, de administración o de dirección del ente o de una de sus unidades organizativas dotada de autonomía financiera y funcional", además de los sujetos "que ejercitan, aun de hecho, la gestión o el control" del ente), y los sujetos sometidos a la dirección o la vigilancia de los primeros, estos son, los simples **subordinados** del ente (art. 5). La distinción entre las dos categorías tiene una relevancia fundamental, como se verá inmediatamente, en el momento de identificar el criterio de imputación subjetiva a aplicar en cada caso concreto con respecto al ente (art. 5 e 6).

La parte más interesante y articulada de la nueva disciplina es la dedicada a la descripción de las **reglas de imputación**[26]. En el esquema trazado por el legislador, la imputación objetiva se fundamenta en la comisión del delito "en el interés o en provecho" de la persona jurídica (art. 5.1). El interés debe valorarse –según lo precisado por la propia exposición de motivos del D.lgs. 231/2001– en términos subjetivos, haciendo un juicio hipotético *ex ante*, referido al momento de la realización por parte de la persona física de la conducta constitutiva de delito. Por el contrario, el provecho debe valorarse objetivamente y *ex post*, sobre la base de los resultados efectivos de la conducta típica. La relevancia autónoma de este último elemento viene sin embargo contradicha por el propio legislador, en cuanto que –incluso cuando el ente ha obtenido efectivamente un provecho de la conducta ilícita de sus administradores o subordinados– la responsabilidad de la persona jurídica no surge en caso de que el delito haya sido cometido por el autor "en el interés exclusivo propio o de terceros" (art. 5.2). Es por lo tanto el interés perseguido por la persona física del sujeto activo del delito –valorado de acuerdo con un criterio *ex ante*– lo que verdaderamente cuenta a los fines de determinar la imputación objetiva a cargo de la persona jurídica, mientras que el provecho conseguido efectivamente por esta debe ser considerado en la medida de un simple elemento indiciario, del cual deducir la existencia de un interés del ente en la comisión del delito, en los términos indicados hace un momento[27].

(25) L. 3 de agosto de 2007, n° 123.

(26) Sobre los criterios de imputación previstos por el D.lgs. 231/2001, cfr. en particular D. PULITANÒ. *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 2002, p. 415 y ss.

(27) Cfr. sobre este punto L. FOFFANI. Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari. En: F. PALAZZO (ed.). *Societas puniri potest*. Ob. cit., p. 253 y ss.

La imputación subjetiva –el aspecto más original del nuevo sistema– se fundamenta en un complejo mecanismo inspirado en el sistema norteamericano de los *compliance programs*(28), sobre la base de los cuales el legislador ha pretendido expresamente dar vida a una inédita forma de **culpabilidad** de la persona jurídica(29). Tal forma de culpabilidad supone que la empresa no haya adoptado o no haya implementado correctamente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir la realización de delitos correspondientes al tipo cometido en el caso concreto. Como en el sistema norteamericano, la adopción del modelo de organización y gestión no es un deber para las empresas, es solo una oportunidad para protegerse contra una posible sanción: pero, mientras que en los Estados Unidos los *compliance programs* influyen exclusivamente en la fase de la determinación de la sanción, en el nuevo sistema italiano los modelos de organización y gestión representan el elemento fundamental para la imputación subjetiva de la responsabilidad a la persona jurídica(30). Se trata entonces de una auténtica "culpabilidad por la (falta de) organización", retomando la noción de *Organisationsverschuldung* acuñada por primera vez por parte de nuestro homenajeado prof. Tiedemann(31): una culpabilidad muy normativizada y procedimentalizada, de una forma casi "burocrática": los modelos de organización, de hecho –incluso si su adopción son formalmente objeto de una carga, y no de una obligación, por parte de los entes– deben en efecto ser adoptados e implementados a través de un complicado procedimiento, detalladamente descrito por el legislador, que prevé entre otras cosas la definición preventiva de guías ("códigos de conducta") por parte de las asociaciones representativas de los entes(32), una verificación preventiva de

(28) Sobre el cual véase, en la doctrina italiana, la cuidada investigación de C. De Maglie. *L'etica e il mercato*. cit., p. 102 y ss.; ID., "Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense". En: *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 118 y ss.

(29) Cfr. sobre este punto la exposición de motivos redactada por el mismo legislador, en el apéndice de G. Garuti (ed.). *La responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 444. Sobre la culpabilidad de la persona jurídica véase además L. FOFFANI: "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?". En: J. BOIX REIG/A. BERNARDI (ed.), *Responsabilidad penal por productos defectuosos* y en *Estudio homenaje a los profesores Tiedemann y Zaffaroni*.

(30) Sobre los modelos de organización y gestión véase ahora, en especial, C. Monesi (ed.), *I modelli organizzativi* ex *D.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*. Milano, Giuffrè, 2005.

(31) Cfr. K. TIEDEMANN, "Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität". En: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. 1988, p. 1172.

(32) El texto de las primeras guías para la redacción de los modelos de organización –redactadas respectivamente por las asociaciones empresariales del sector industrial (Confindustria) y del bancario (A.B.I.)– puede leerse, entre otros, en F. Palazzo (ed.). *Societas puniri potest*, cit., p. 325 y ss. e 361 y ss., con una valoración crítica de E. BUSSON. *Il commento*, p. 389 y ss.; cfr. en este asunto también M. PANUCCI/A. TAJANA. "Il ruolo delle associazioni di imprese: le linee guida della Confindustria". En: C. Monesi (ed.), *I modelli organizzativi*, cit., p. 405 y ss.; C. MANCINI, *Il d.lgs. n. 231/2001 nell'esperienza dell'Associazione Bancaria Italiana, ivi*, p. 433 y ss.

la idoneidad de cada modelo por parte de los ministerios competentes[33] y la constitución dentro de los entes de un organismo ad hoc, dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control, investido de la competencia específica de "vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos y de encargarse de su actualización" (art. 6.1). En lo que atiene a su contenido –también ello objeto de una específica previsión legislativa– los modelos deben "identificar las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos delitos, prever específicos protocolos dirigidos a programar la formación e implementación de las decisiones de la organización en relación a los delitos a prevenir, identificar modalidades de gestión de los recursos financieros idóneas para impedir la comisión de delitos, prever obligaciones de información con respecto al organismo predeterminado para vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos e introducir un sistema disciplinar idóneo para sancionar el fallido respeto a las medidas indicadas en el modelo" (art. 6 comma 2)[34].

La culpabilidad de la persona jurídica, cuando el delito ha sido cometido por un directivo de la persona jurídica (*soggetti in posizione apicale*), es objeto de presunción (*iuris tantum*): es decir, es la persona jurídica la que tiene que demostrar en el juicio penal el haber adoptado diligentemente un modelo de organización y gestión que corresponda a los requisitos establecidos por la ley y haber vigilado sobre su constante operatividad; además, es la propia persona jurídica la que tiene que demostrar que el administrador o directivo autor del delito ha cometido el hecho "eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión" (art. 6). Por el contrario, cuando se trata de un delito cometido por un simple empleado de la empresa, se aplican las reglas ordinarias y la carga de la prueba incumbe al ministerio público, que ejerce la acción penal contra la persona física y, conjuntamente, la acción ("parapenal", por así definirla) contra la persona jurídica (art. 7).

El ilícito ("administrativo", según la definición legal) y la consiguiente responsabilidad de la persona jurídica –determinados sobre la base de los criterios de imputación objetivos y subjetivos indicados hace un momento– surgen basándose en la conducta de una persona física constitutiva de un ilícito

(33) Cfr. a propósito también los art. 5-8 del Reglamento de desarrollo adoptado con el Decreto ministerial de 26 de junio de 2003, n. 2001.

(34) Para un análisis en concreto de algunos entre los primeros y más significativos modelos de organización adoptados por las empresas italianas, cfr. S. SANSONETTI, *Valutazione dei rischi e adozione di modelli e di misure di controllo: la soluzione di FIAT*, in C. MONESI (ed.), *I modelli organizzativi*, cit., p. 327 y ss.; I. PIAZZOLI/F. EGIDI/M. MONTERISI, *Valutazione dei rischi e adozione di modelli e di misure di controllo: la soluzione di Philip Morris Italia S.p.a.*, *ivi*, p. 341 y ss.; E. NITTI, *Valutazione dei rischi e adozione di modelli e di misure di controllo: la soluzione di Italtel, ivi*, p. 361 y ss.

penal. Sin embargo, la responsabilidad de la persona jurídica puede ser afirmada de forma **autónoma** respeto de la responsabilidad de la persona física (principio de autonomía: art. 8), en cuanto subsiste incluso en el caso de no identificación o no imputabilidad de la persona física autora del delito; además, la eventual extinción de la responsabilidad de esta última por causa distinta de la amnistía (por ejemplo, por la muerte de la persona física, o por el transcurso de los términos de prescripción del delito) no extingue la responsabilidad de la persona jurídica. Considérese, entre otras cosas, como el término de prescripción del ilícito "administrativo" de la persona jurídica es de 5 años (art. 22) y puede ser por lo tanto, en algunos casos, más largo que el previsto para el ilícito penal de la persona física. Es obvio, en fin, que en ningún caso la afirmación de la responsabilidad ("administrativa") a cargo de la persona jurídica puede hacer extinguir o atenuar la responsabilidad individual (penal, civil y/o administrativa) de la persona física del empleado o administrador.

Las **sanciones** previstas contra la persona jurídica son la sanción pecuniaria, las sanciones interdictivas, la confiscación y la publicación de la sentencia (art. 9.1). La sanción **pecuniaria** es la sanción prevista en vía ordinaria y general, en el sentido de estar destinada a ser aplicada siempre, en todos los casos en los que se afirme la responsabilidad del ente. La sanción pecuniaria deviene proporcional a través de un sistema de cuotas, que representa una novedad absoluta para el ordenamiento italiano: el número de las cuotas está predeterminado por la ley entre un mínimo y un máximo para cada delito; dentro de dicho marco penal genérico el juez establece posteriormente el número de las cuotas a ser aplicadas en concreto, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y el grado de responsabilidad (culpabilidad) del ente, además de su comportamiento *post factum*; el importe de la cuota viene finalmente fijado por el juez "sobre la base de las condiciones económicas y patrimoniales del ente con la intención de asegurar la eficiencia de las sanción" (art. 11).

Las sanciones de mayor relevancia y de más fuerte impacto sobre la organización y sobre la actividad del ente son de todas formas las sanciones **interdictivas**, que consisten en la prohibición del ejercicio de la actividad, en la suspensión o revocación de las autorizaciones, licencias o concesiones funcionales a la comisión del ilícito, en la prohibición de contratar con la Administración Pública, excepto para obtener las prestaciones de servicio público, con la exclusión de ventajas, financiación, ayudas públicas o subvenciones y la eventual revocación de aquellos ya concedidos, y la prohibición de publicitar bienes o servicios (art. 9.2). Las sanciones interdictivas tienen normalmente una duración temporal (de un mínimo de tres meses a un máximo de tres años: art. 13.2), pero en los casos de máxima gravedad, correspondientes

sustancialmente al modelo de empresa criminal[35], puede encontrar aplicación incluso la sanción de "prohibición definitiva del ejercicio de la actividad" (art. 16), que equivale en sustancia a una verdadera y propia "pena de muerte" para la persona jurídica.

La competencia para conocer de los ilícitos administrativos del ente corresponde al juez penal competente por los delitos de los que los mismos dependen (art. 36), así como competente para ejercitar la acción dirigida a hacer valer la responsabilidad del ente es el mismo ministerio público competente para el ejercicio de la acción penal con respecto a la persona física. Al procedimiento en cuestión se aplican –en lo no previsto por el D.lgs. 231/2001[36], y en cuanto sean compatibles– las disposiciones del Código de procedimiento penal (art. 34), mientras que respecto al ente encuentran aplicación –siempre en cuanto sean compatibles– las disposiciones procesales relativas al imputado (art. 35)[37]. De la lectura de las disposiciones procesales emerge por lo tanto reforzada la imagen de una disciplina sancionatoria claramente inspirada en el modelo del ilícito penal.

Concluyendo: un sistema muy sofisticado y complejo, que, sin embargo –por las razones de las cuales se ha hablado anteriormente–, ha podido inicialmente encontrar aplicación solo en relación a un número muy restringido de delitos. Solo ahora, después de ocho años de vigencia de la ley, estamos en presencia de una primera significativa sentencia del Tribunal de Milán[38], originada por uno de los escándalos financieros más grandes de los últimos años, el caso Parmalat[39], que ha tenido repercusiones enormes en Italia y también fuera de las fronteras nacionales.

(35) Se trata de los casos de repetidas condenas interdictivas temporales (tres en los últimos siete años), acompañadas de provechos de relevante entidad obtenidos por la actividad criminal, o bien de los casos de utilización permanente del ente o una de sus unidades organizativas "con el único o prevalente objetivo de consentir o facilitar la comisión de delitos en relación a los cuales está prevista su responsabilidad" (art. 16).

(36) Sobre la vertiente procesal el d.lgs. 231/2001 dicta normas en materia de procedibilidad, acumulación y separación de procedimientos, representación de los entes, defensa de oficio, contumacia del ente, notificaciones, pruebas y medidas cautelares, diligencias previas y vista preliminar, procedimientos especiales, vista oral, impugnaciones y ejecución (capítulo III: "procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative": art. 34-82).

(37) Sobre la disciplina procesual del d.lgs. 231/2001, cfr. en particular las contribuciones de P. FERRUA, F. PERONI, G. GARUTI, A. BERNASCONI, M. TIRELLI, A. SCALFATI, G. SPANGHER, G. DEAN, in G. GARUTI (ed.). *La responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 223 y ss.

(38) Trib. Milano, 18 de diciembre de 2008, Barachini y otros, inédita. En la jurisprudencia anterior merece mencion sobre todo el caso Siemens (Trib. Milano, 27 de abril de 2004, en *Foro italiano*, 2004, II, c. 434 y ss.). Para un panoramica de la experiencia jurisprudencial cfr. E. GARAVAGLIA, *Rassegna di giurisprudenza. La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, II, p. 383 y ss.

(39) Sobre el caso Parmalat v. en especial G. CAPOLINO/F. MASSARO/P. PANERAI, *Parmalat. La grande truffa*, Milano, 2004; CINGOLO, *Lo schema Tanzi*, Roma, 2004; P. DALCÒ/L. GALDABINI, *Parmalat. Il teatro dell'assurdo*, Parma-Milano, 2004; M.K. DI STASIO, *Il caso Parmalat*, Roma, 2004; G. FRANZINI,

Permanecen abiertas, de todas formas, diversas cuestiones:

a) Desde el punto de vista **teórico**, el problema de la **naturaleza** de la responsabilidad de la persona jurídica: es cierto que la importancia de tal problema y de la relativa solución resulta en parte atenuada, considerando el carácter extremadamente detallado de la ley, que no hace necesarias heterointegraciones específicas por parte del sistema penal o del sistema del ilícito administrativo (delineado en Italia por la Ley de 24 de noviembre de 1981, n. 689); sin embargo, el subterfugio lingüístico difundido en la doctrina –que habla de responsabilidad "por delito" de las personas jurídicas, sin añadir ninguna calificación de tal responsabilidad– no puede ser considerado totalmente reconfortante, en cuanto que no aclara, sobretodo, cuáles deben ser los principios constitucionales a aplicarse a la disciplina en examen (el problema no surgiría, por el contrario, en un hipotético juicio ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vista la amplia noción de "materia penal" elaborada por este).

b) Desde el punto de vista **práctico-aplicativo**, el problema más arduo está representado desde luego por la figura de los «modelos de organización», cuyo papel y funcionamiento en concreto (en el juicio sobre la responsabilidad del ente, así como en la actividad cotidiana de este último) se remite en gran parte a la que será la futura praxis aplicativa.

c) Desde el punto de vista **político-criminal**, por el contrario, está más que nunca abierta la cuestión del ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Se trata de extender de manera racional el catálogo de delitos definido por el legislador del 2001, sin dejarlo a merced del extemporáneo sucederse de novedades legislativas y trazando por el contrario sobre el plano normativo un marco sistemático y coherente de criminalidad de empresa para la que se muestre oportuno y funcional el recurso a la responsabilidad de las personas jurídicas, volviendo a la originaria inspiración de la ley de delegación de 2001, que ha permanecido hasta hoy en gran parte letra muerta.

Il crac Parmalat, Roma, 2004; F. VELLA (coord.), *Parmalat: tre anni dopo*, en www.lavoce.info, 19 diciembre 2006 (con contribuciones de M. ONADO, F. VELLA, L. FOFFANI, F. MUCCIARELLI, L. STANGHELLINI, E. BARUCCI/M. MESSORI).

Sanción de las personas jurídicas en el Código Penal español y propuestas de reforma

Mercedes GARCÍA ARÁN
(España)

SUMARIO: I. Las consecuencias accesorias en el Código Penal español. **1.** Cuestión previa: vigencia relativa del principio *societas delinquere non potest* en el Derecho Penal español. **2.** La naturaleza de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP vigente. **3.** Presupuestos para la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP. **3.1** Consecuencias accesorias a la pena típica. **3.2** Sobre la culpabilidad específica de la empresa. **3.3** Vinculación del injusto cometido por la persona física, a la persona jurídica. **3.4** Injusto de la organización, o peligrosidad objetiva de la empresa. **II.** Responsabilidad, penas y consecuencias accesorias en el Proyecto de reforma. **1.** Elementos fundamentales de la propuesta. **2.** El sistema de imputación de la responsabilidad. **3.** La cuestión de las eximentes y las atenuantes. **4.** La actuación "por cuenta y/o en provecho" de la persona jurídica. **5.** Las consecuencias accesorias en el Proyecto de reforma.

Desde hace unos años, el Derecho Penal español ha abierto ya el proceso hacia el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta línea, ya el Código Penal de 1995 (en adelante, CPE), en el vigente artículo 129, reguló algunas consecuencias sancionadoras que pueden ser aplicadas a tales entidades, aunque se encuentran previstas como "consecuencias accesorias" a la pena y no se corresponden ni con una declaración general sobre la responsabilidad penal social, ni van acompañadas de una regulación de instrumentos de imputación de la misma. Como veremos, se trata de una confusa regulación por la que adelantamos ya que, en España, todavía no puede considerarse establecida ni regulada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, dos textos prelegislativos posteriores han abordado la cuestión con mucha mayor claridad. Me refiero al Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, enviado al Congreso en 2006, durante la legislatura anterior (publicado en el Boletín Oficial de

las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VII legislatura, 15 de enero de 2007) que no fue aprobado y decayó con el fin de la legislatura. En el momento de redactar estas páginas, el tema ha sido replanteado en un Anteproyecto (todavía no aprobado por el Gobierno y, por tanto, aún no enviado al Congreso), que apareció en 2008. Ambos textos recogen la misma regulación en este tema, por lo que nos referiremos a ella como "Proyecto 2006".

Este trabajo pretende exponer el estado de la cuestión en el proceso hacia la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho penal español. Para ello, en primer lugar (1) analizaremos las consecuencias accesorias reguladas en el vigente art. 129 del CPE. Y a continuación, (2) también como parte de dicho proceso, analizaremos los cambios propuestos por el Proyecto 2006, en el que se declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por su cuenta o en su provecho, se establecen las **penas** aplicables a las personas jurídicas y se reforma lo actualmente dispuesto sobre las **consecuencias accesorias**.

I. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El artículo 129 del vigente CPE se incluye en un Título con la rúbrica "De las consecuencias accesorias", independiente de la regulación tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Establece la posibilidad de imponer consecuencias como la clausura de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión de actividades de la sociedad, empresa etc., prohibición de realizar actividades, e intervención de la empresa, aunque sin mencionar en ningun momento el concepto "persona jurídica", por lo que no existe inconveniente en aplicarlas a la empresa de titularidad individual. La mayor precisión sobre su naturaleza se encuentra en el número 3 del mismo artículo: "Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".

Esta regulación ha sido ya objeto de un debate, en el que por un lado se ha planteado cuál es la naturaleza de dichas "consecuencias accesorias", y, por otro –pero directamente relacionado con lo anterior–, sobre si a partir de tan breve regulación puede entenderse ya establecida en el Derecho español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como cuáles son los intrumentos por los que deben imputarseles los hechos para poder aplicar las consecuencias accesorias. Como veremos, el Proyecto 2006, al partir de presupuestos más claros, proporciona algo más de seguridad sobre esta cuestión, aunque todavía con notable indefinición.

Lo cierto es que, como ya ha destacado la mayoría de autores que se citarán en este trabajo, el art. 129 CPE poco aclara sobre los presupuestos y

requisitos de su aplicación. Por no aclarar, ni siquiera aclara respecto de qué son "accesorias" las consecuencias jurídicas que en él se regulan, sin que quepa esperar excesiva coherencia en la Parte Especial del Código, donde unas veces se señalan como añadidas a la pena (por ejemplo, arts. 294, 298.2, 302.2 CPE) y otras, como es el caso del art. 327 CPE, relativo a los delitos contra el medio ambiente, no se indica nada acerca de si presuponen la aplicación de una pena al responsable individual.

En estas páginas no reproduciremos completamente el amplio debate producido sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas(1), ni el análisis de la responsabilidad de los administradores(2) A dicho debate nos referiremos solo en aquello que resulte necesario para abordar la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CPE y los avances representados por el Proyecto 2006.

Junto a la cuestión central de si y de qué manera debe imputarse el hecho típico a la persona jurídica, deben tenerse igualmente en cuenta otros problemas no solucionados por el artículo 129 CPE, como los enumerados por Octavio De Toledo(3): no se aclara el papel que debe jugar la persona física, existen dudas sobre la responsabilidad civil, no se establece nada sobre el descuento de las medidas cautelares aplicadas y no se establece cuál debe ser el rol procesal de los "titulares" de la empresa a quienes debe darse

(1) Junto a las obras generales y a las específicamente dedicadas a las consecuencias accesorias que también se citarán, me remito especialmente a las siguientes: ZUGALDÍA ESPINAR, "Conveniencia politico-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", Cuadernos de Politica Criminal, 11, 1980; "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", Cuadernos de Política Criminal, 53, 1994; "Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas", Poder Judicial, 46, 1997; "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español", en Quintero-Morales (dirs.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor Valle Muñiz*. Pamplona, 2001; RODRÍGUEZ RAMOS, "¡Societas delinquere potest!: nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", La Ley (4136), 1996; SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1995; SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa", ADPCP, 1988; GRACIA MARTÍN, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", Actualidad Penal, 1993; MUÑOZ CONDE, "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", Revista Penal, 1, 1997; BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid, 1998; GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 CP,* Valencia, 2004; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.*Pamplona, 2003; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para la empresa por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*. Madrid, 2002.

(2) Al respecto, entre otros, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades:criterios de atribución.*Barcelona, 1997.

(3) OCTAVIO DE TOLEDO, "Las consecuencias accesorias de la pena, de los artículos 129 y similares del CP". En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*. Madrid, 2002, p. 1141.

audiencia. A las cuestiones procesales se refiere también Zugaldía[4] destacando la vigencia del principio acusatorio. Esta enumeración meramente introductoria pone de manifiesto que si el legislador pretendió en 1995 con la introducción del art. 129 CPE, una profunda renovación del sistema de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas, olvidó, no solo enunciarlo claramente como hubiera sido de esperar, sino regular los mínimos principios de atribución de dicha responsabilidad. Este absoluto vacío legal constituye, a mi juicio, un importante argumento en contra del establecimiento, en nuestro Código Penal, de una supuesta responsabilidad penal de las personas jurídicas[5].

Sin embargo, el artículo 129 CPE está ahí con todas sus insuficiencias y, en tanto no se reforme, deben concretarse los presupuestos de su aplicación, para intentar salvar la enorme inseguridad jurídica generada por la indefinición del legislador. Para hacerlo, nos ocuparemos en primer lugar de la naturaleza de las consecuencias accesorias actualmente previstas y su relación con la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. A partir de ahí, abordaremos los presupuestos para su aplicación. Por último, dedicaremos un apartado a la regulación propuesta para las personas jurídicas en el Proyecto 2006 (y Anteproyecto 2008).

1. Cuestión previa: vigencia relativa del principio *societas delinquere non potest* en el derecho penal español

El principio de que las personas jurídicas no pueden delinquir, propio del sistema jurídico continental[6], se había considerado indudable en el derecho penal español hasta que se han producido determinadas reformas que, al menos, lo han puesto en cuestión.

Todavía vigente en anterior Código Penal (texto refundido de 1973) se incorporó el ya viejo artículo 15 bis (correspondiente en gran parte con el vigente art. 31 CPE), aunque, en realidad, nada tenía que ver con la hipotética responsabilidad penal de la persona jurídica[7]. El vigente art. 31 CPE solo establece una regla en virtud de la cual, los hechos cometidos en nombre de una persona jurídica pueden ser imputados a una **persona física**, aunque no concurran en ella las condiciones típicas exigidas en la figura de delito, que,

(4) "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, cit p. 897 y ss.

(5) En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del art. 129 CP: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*. Madrid, 2002, p. 1156.

(6) Vid. entre otros, GUARDIOLA LAGO, op. cit. p. 32 y ss.

(7) Como recuerda ZUGALDÍA en varios de sus trabajos y, específicamente, en Quintero-Morales (Coord.) *Estudios de derecho ambiental. Libro homenaje al Prof. Prats Canut*, Valencia, 2008, elaborado junto a MARIN DE ESPINOSA.

en cambio, concurren en la persona jurídica. Tras un inicial desconcierto judicial, la jurisprudencia ha atribuido correctamente al art. 31 CPE la mera función de ampliar la tipicidad en los delitos especiales, permitiendo su aplicación a las personas físicas no cualificadas que actúen en nombre del sujeto cualificado, sea este o no, una persona jurídica (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997, 18 de diciembre de 2000). Es más, precisamente este objetivo de imputación a una persona física que actúa en nombre de una persona jurídica, puede interpretarse como un reconocimiento de que la empresa como tal no puede delinquir(8) y por ello se hace necesaria una regla extensiva de la tipicidad a quienes –como personas físicas– actúan en su nombre.

La segunda reforma ha sido la introducción del ya citado art.129 CPE de 1995, en el que bajo la denominación de "consecuencias accesorias", se faculta a los tribunales para imponer una serie de consecuencias aplicables a las sociedades y empresas, siempre que ello esté previsto expresamente en el correspondiente tipo de la Parte Especial del Código. En realidad, ha sido su sistematización en un precepto de la Parte General lo que ha intensificado el debate sobre la responsabilidad penal de las empresas, puesto que con anterioridad a ello, algunos de los delitos acogidos en la Parte especial ya tenían previstas consecuencias similares, sin que ello hubiera determinado un especial cuestionamiento del principio *societas delinquere non potest*.

Desde entonces, un sector minoritario de la doctrina, se ha inclinado por entender que la nueva regulación supone un reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica(9), mientras otro más nutrido se ha pronunciado expresamente en el sentido de que nada en el artículo 129 CPE permite considerar consagrado el principio de que las personas jurídicas pueden delinquir(10). En esta línea, Tamarit señala que una renovación tan profunda como la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede entenderse adoptada por el legislador "tácitamente", en un artículo –el 129 CPE– que ni se destina exclusivamente a las personas jurídicas ni les impone la pena más claramente adecuada a su naturaleza como es la pena de multa(11). Otro sector doctrinal, se centra en establecer mecanismos de imputación del hecho a la persona jurídica, **como si** se tratara de una persona física, esto es, pertenecientes al ámbito del injusto y la culpabilidad, aunque adecuandolos a las características de las empresas,

(8) Así, MARTÍNEZ-BUJAN, *Derecho penal económico. Parte General.* Valencia, 1998, p. 226.
(9) ZUGALDÍA Y RODRÍGUEZ RAMOS, en obras citadas en nota 1.
(10) Así, GUINARTE CABADA, en Vives (Coord.) *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, 1996, tomo I, p. 665; OCTAVIO DE TOLEDO, "Las consecuencias accesorias..." cit., p. 1129. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones...* cit., especialmente, pp. 82-87.
(11) TAMARIT, "Las consecuencias..." cit., p. 1162.

lo que, a mi juicio, supone tanto como admitir su responsabilidad penal, siquiera en el plano material[12].

Al respecto, en estas páginas partimos de las consideraciones que se formulan a continuación.

En primer lugar, coincido con Tamarit, en que una reforma tan profunda solo puede entenderse realmente producida con una declaración expresa de la ley –como ha hecho el Código Penal frances en su artículo 121–, y con una mención a los fundamentos de la responsabilidad empresarial, por mucho que corresponda a la teoría jurídica del delito desarrollar su contenido, ni más ni menos que como se ha hecho con las personas físicas.

En mi opinión, para poder afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es necesario tener en cuenta dos consideraciones previas que ya mantuve en otro lugar[13]:

1. los conceptos que apliquemos a la persona jurídica no serán exactamente iguales a los de las personas físicas, precisamente porque partimos de que estos no les son directamente aplicables. La discusión sobre si esos conceptos aplicables a las empresas constituyen o no responsabilidad penal, puede conducir a un círculo vicioso si los comparamos con los de las personas físicas, puesto que partimos de que serán, en parte, diferentes.
2. El Derecho Penal aplicable a las personas jurídicas será un derecho penal "distinto" porque si el tradicional fuera válido no nos plantearíamos el problema. Pero deberá tener "algo" del Derecho Penal por la misma razón: si no tiene nada del Derecho Penal, no estaremos aplicando un Derecho Penal distinto, sino "algo distinto" del derecho penal.

Por tanto, la responsabilidad de la persona jurídica debe tener algo en común con la de la persona física para que podamos seguir hablando de responsabilidad penal.

A mi juicio, para que la responsabilidad de la persona jurídica pueda denominarse "penal", el menor de los problemas se sitúa en la imputación objetiva de los hechos , puesto que dicha imputación se lleva a cabo ya en el ámbito del Derecho Civil y el Derecho Administrativo. Y, por otra parte, ante

(12) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases... cit.*, especialmente p. 223 y ss. GUARDIOLA LAGO. *Responsabilidad penal...* cit., p. 47 y ss. y 121 y ss.

(13) GARCÍA ARAN, "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas juridicas". En: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Pro. Torio López*. Granada, 1999, p. 329.

el silencio legal sobre cómo se imputan objetivamente los hechos a las personas físicas, no resultaría excesivamente anómalo que el CP tampoco dijera nada sobre como se realiza dicha imputación en relación a las personas jurídicas, dejándolo a la elaboración doctrinal.

Puede decirse que los conceptos de dolo e imprudencia –como integrantes del injusto– que se mencionan en los arts. 5 y 10 del CPE, son aplicables a las personas jurídicas si se les reconoce capacidad de acción, aunque resultará extraordinariamente difícil hacerlo sin partir de las representaciones intelectuales de las concretas personas físicas(14). Pero me parece extraordinariamente difícil afirmar que el CPE ya contiene hoy la responsabilidad penal de las personas juridicas, cuando ningún precepto establece la exigencia de determinado comportamiento social, ni si este se asienta o no sobre la actuación de los representantes de la empresa (responsabilidad penal directa o indirecta), esto es, sin una **base de imputación** sobre la que asentar la construcción de las categorías aplicables a la empresa. Como veremos en el último apartado de este trabajo, ese es un reproche que formula el Consejo General del Poder Judicial a los textos del Proyecto 2006 y Anteproyecto 2008 que se han sometido a su informe.

Y resulta igualmente dificil mantener que el CPE vigente contiene suficientes instrumentos como para diferenciar entre el injusto y la culpabilidad , en el caso de las personas jurídicas. Para la persona física, el juicio de atribución de culpabilidad por el hecho injusto –cualquiera que sea el fundamento que se le atribuya–, se construye a partir de algunas de las circunstancias eximentes del art. 20 CPE (alteración mental,intoxicación plena y alteración de la percepción) y del error de prohibición (art. 14.3 CPE). Es decir, no existe una definición de la culpabilidad, sino que esta se construye en realidad a partir de una doble negación: es culpable, quien habiendo realizado un hecho injusto, **no** se encuentra en ninguna de las situaciones (causas de exculpación) que **niegan** la culpabilidad. Si se pretende aplicar un sistema paralelo para la determinación de la culpabilidad de la persona jurídica, hoy por hoy, el CPE no ofrece una base suficiente para hacerlo.

Así las cosas, según el Código Penal español vigente, *societas delinquere potest?* En mi opinión, si por *delinquere* entendemos realizar todos los presupuestos de la responsabilidad integrados en las categorías dogmáticas de injusto y culpabilidad, referidas a determinado comportamiento, hoy por hoy, en el sistema español no existe base suficiente para mantener que las personas jurídicas pueden delinquir.

(14) FEIJOO SÁNCHEZ. *Sanciones...* cit., p. 87.

Pero cabe otra conclusión que analiza la actual regulación como parte de un proceso hacia la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta línea, si por *delinquere* entendemos aquella situación en la que se soportan sanciones penales, el art. 129 CPE ha supuesto un cambio respecto a la situación anterior, porque sistematiza sanciones aplicables a la persona jurídica, aunque con el grave inconveniente de que no establece sus presupuestos. Si se entiende que ello es suficiente para afirmar la responsabilidad penal en sentido material, puede concluirse que el derecho penal español ya ha revisado el tradicional principio *societas delinquere non potest*, aunque sea en un plano material(15). Pero más allá de dicha consideración material, creo que supondría admitir una responsabilidad penal de la persona jurídica tan distinta de la de la persona física que, a mi juicio, se trata ya de algo distinto de la responsabilidad penal. El nuevo paso, con mejor o peor fortuna, es el representado por el Proyecto 2006 de reforma en esta materia, y su continuador, el Anteproyecto 2008, aunque todavía no puede saberse si llegara a ser aprobado.

Por otra parte, la Ley Orgánica 15/2003 reformó el CPE introduciendo el número 2 de su artículo 31, en el que se establece la "responsabilidad solidaria" de la persona jurídica en el pago de la pena de multa que se imponga al autor del delito. Con ello, parecía seguirse el mismo camino de dar pequeños pasos hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin declararla expresamente y sin establecer sus fundamentos, lo que es tanto como no regularla, con la consiguiente inseguridad jurídica. El vigente art. 31.2 CPE solo es aplicable a los delitos especiales (16), pero nos detendremos brevemente en él, porque dicho precepto resulta suprimido en el Proyecto 2006.

La mención de la responsabilidad "solidaria", aunque cuenta con ejemplos en el derecho comparado(17), resulta aun más enigmática que la regulación del art. 129 CPE. Y ello porque la responsabilidad solidaria es un concepto propio de la responsabilidad civil (art. 116.2 CP), no trasladable a la responsabilidad penal(18). Lo único que se desprende de dicha mención es que la empresa puede pagar la multa, pero no se dice nada acerca de si ello debe ocurrir en todo caso, a modo de responsabilidad objetiva, o si, por el contrario, es necesario "algo" que permita establecer la conexión entre el

(15) Vid. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN. *Derecho Penal. Parte General.* Valencia, 2004, p. 221.

(16) Vid. ZUGALDÍA-MARÍN DE ESPINOSA, citado en nota 7 y ZUGALDÍA, "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas". En: *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Madrid, CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, 1997.

(17) ZUGALDÍA, "La responsabilidad penal..." cit. nota 19, menciona los casos de Bélgica e Italia, con responsabilidad indirecta respecto de la multa, con derecho a repetir contra el responsable individual.

(18) GUARDIOLA LAGO. *Responsabilidad penal...* cit. p. 64. BACIGALUPO SAGGESE. *Responsabilidad...* cit., p. 176 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones....* cit. pp. 64-65.

delito y la persona jurídica, de modo suficiente como para atribuirle dicha responsabilidad.

La ciencia jurídico penal puede construir las categorías dogmáticas y desarrollar los mecanismos de imputación de la responsabilidad no claramente desarrollados en el derecho positivo. Pero no puede desarrollar categoría alguna sin partir de un mínimo asidero jurídico positivo, como ocurre especialmente en este nuevo artículo 31.2 CP, que permanece en una especie de limbo entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil[19], por mucho que la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 –que modificó el CPE introduciendo este precepto–, diga que "se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Quizá haya sido esa la intención, pero el art. 31 CPE se refiere a supuestos en que se sanciona al responsable **individual** en los delitos especiales, maneja un concepto ("responsabilidad solidaria"), absolutamente impropio de la responsabilidad penal y no dice cuáles son los mínimos presupuestos de esa supuesta atribución de responsabilidad. Todo lo anterior hace comprensible la supresión de este precepto en el Proyecto 2006, especialmente innecesario al proponerse un sistema de penas específicas para las personas jurídicas.

En suma, no puede dudarse que hemos estado avanzando hacia una futura regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que finalmente acometió el Proyecto 2006. Pero con el actual derecho positivo, el ejercicio de voluntarismo que debe realizarse para afirmar su vigencia es excesivo y no cuenta con apoyo sólido en el texto legal, o bien, debe partirse de un concepto de responsabilidad penal para la empresa tan distinto del de la persona física que permite dudar sobre su naturaleza realmente penal.

2. La naturaleza de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP vigente

El debate sobre la naturaleza de las consecuencias accesorias ha sido igualmente intenso, aunque puede considerarse mayoritario el sector que parte de la voluntad legal de **no** considerarlas ni penas ni medidas de seguridad, por lo que constituyen una tercera vía sancionadora de carácter penal[20], en

(19) MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN. Ob. cit. p. 222.

(20) MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN. Ob. cit. p. 607, MARTÍNEZ-BUJAN. Ob. cit., p. 231 y ss; MAPELLI, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal". En: *Revista Penal*, 1, 1997, p. 49; GUINARTE CABADA, en Vives (Coord). *Comentarios.* cit. p. 657; FERNÁNDEZ TERUELO, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP". En: Quintero-Morales (Coords.) *El nuevo derecho penal español. Libro Homnaje a Valle Muñiz*. Pamplona, 2001, 281; TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias..." cit., p. 1163. LANDROVE-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, 2005, p. 128; GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal,* cit. p. 80. JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995". en Gomez Colomer-González Cussac (Coords.). *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Universitat Jaume I de Castellón, 1997, p. 118. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones....* cit., p. 138.

tanto que aplicables a partir de la comisión de un delito e impuestas por un juez penal en un proceso penal. En esta línea, Prats Canut las concibe como una modalidad específica de comiso(21), puesto que este aparece en el CP también como una "consecuencia accesoria".

Existen también opiniones favorables a la naturaleza administrativa de las consecuencias accesorias(22), o negadoras de la naturaleza penal de las mismas, como es el caso de Gracia Martín, quien admite que es defendible la tesis de una nueva vía sancionadora porque se aplican en un "contexto penal", pero no la comparte porque entiende que dicho contexto también se da en la responsabilidad civil sin que se altere su naturaleza, mientras que la privación de derechos es igualmente predicable de las medidas procesales. La exclusión de la naturaleza penal conduce a este autor a concebir las consecuencias accesorias como medidas preventivas de carácter asegurativo que no necesitan basarse en la comisión de un hecho antijurídico "sino en el peligro de que este se realice (...) en la necesidad de protección de bienes jurídicos"(23).

En el extremo opuesto se sitúan quienes admiten el carácter de *pena* para las consecuencias accesorias y de forma destacada, Zugaldia, quien, por exclusión de los instrumentos reparatorios civiles, las sanciones administrativas, las medidas de seguridad y las medidas asegurativas propuestas por Gracia, concluye la naturaleza de pena porque requieren la culpabilidad de la empresa, lo que hace innecesaria la creación de una nueva categoría(24). Por otra parte, Zúñiga destaca que se trata de la privación de bienes jurídicos impuesta por órgano penal ante la comisión de un delito, lo que permite concluir que "materialmente" son penas y que no admitirlo, supondría un fraude de etiquetas(25).

En mi opinión, en una regulación tan breve e incompleta como la del vigente art. 129 CPE, no puede prescindirse de lo único que deja claro: que las consecuencias accesorias **no** son **ni** penas **ni** medidas de seguridad, porque expresamente se regulan en un Título aparte. La regulación independiente y con rúbrica propia tiene un efecto claramente excluyente, lo que no significa que se deba renunciar a la configuración de un sistema de garantías, incluso sin la necesaria ayuda del legislador.

(21) En: Quintero (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*. cit. Pamplona, 1996, p. 626. En la misma línea, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 2004, p. 768.
(22) CEREZO MIR. *Curso de Derecho penal español. PG, vol. II*. Madrid, 1998, p. 72 y ss.
(23) GRACIA MARTÍN, en Gracia Martín (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, 2004, pp. 480 a 484 y 489. En p. 512 afirma el autor que las consecuencias accesorias pertenecen, propiamente, al derecho administrativo.
(24) Entre otros trabajos, en: "La responsabilidad criminal...", cit., p. 895 y ss.
(25) *Bases...* cit., p. 213.

Por otra parte, dificilmente pueden considerarse penas cuando no guardan relación con la gravedad del hecho y son facultativas[26] *ex lege*, es decir, de forma distinta a casos de renuncia a la ejecución de la pena, como la condena condicional, en los que la imposición de la pena no es facultativa, sino obligatoria, aunque luego pueda renunciarse a ejecutarla.

En cuanto a las medidas de seguridad, si bien, como veremos, es posible atender a la peligrosidad de la empresa a partir del art. 129.3 del CPE, ello solo permite establecer una proximidad con los presupuestos de las medidas de seguridad, pero no equipararlas a las actualmente previstas en cuanto a su naturaleza: las medidas de seguridad en el Derecho Penal español son las que son, esto es, las aplicables a sujetos individuales que manifiestan una peligrosidad subjetiva basada en determinadas situaciones de inimputabilidad reguladas, exclusivamente, en los tres primeros números del art. 20 y sus concordantes 101, 102 y 103 del CPE.

A partir de esa voluntad legal de configurar un tercera categoría, veamos qué otros datos se deprenden del redactado del art. 129 del CPE.

a) Las consecuencias accesorias presuponen la realización de una "actividad delictiva", porque el número 3 del art. 129 del CPE las orienta a prevenir su "continuidad". Luego, tal actividad ya ha tenido lugar, aunque nada se dice sobre si se trata de una actividad atribuible a personas físicas o bien, una actividad propia de la empresa. En el apartado anterior hemos descartado que el art. 129 del CPE contenga los suficientes elementos como para configurar un comportamiento propio de la empresa sobre el que construir todas las categorías propias de la responsabilidad criminal.

b) En virtud del mismo art. 129.3 del CPE, las consecuencias accesorias se orientan a la prevención de delitos, esto es, a la prevención de la continuidad de la actividad delictiva

c) Las consecuencias accesorias se regulan en el Código Penal y se imponen por juez penal en un proceso penal, pero debe reconocerse que tal dato no es concluyente porque lo mismo ocurre con la responsabilidad civil y con algunas consecuencias administrativas como es la expulsión de extranjeros en situación irregular que prevé el art. 89 del CPE.

(26) LOPEZ GARRIDO-GARCÍA ARAN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 81. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN. *Derecho Penal*. cit., p. 607; FEIJOO SÁNCHEZ. *Sanciones*.... cit., p. 100.

d) Recaen sobre empresas, sociedades o asociaciones, esto es, pueden recaer sobre personas jurídicas, aunque nada impide que se apliquen, por ejemplo, a los "locales y establecimientos" de una empresa de titularidad individual. La mención separada a los "titulares o sus representantes legales", apoya esta consideración(27). Pero también en el caso del titular individual, las consecuencias accesorias recaen sobre la entidad empresarial o sus elementos. Por otra parte, pueden recaer sobre entidades que, como las asociaciones ilícitas, ni siquiera tienen personalidad jurídica (vid. art. 520 del CPE).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en mi opinión, puede mantenerse que las consecuencias accesorias son **sanciones** (privaciones de derechos consecuencia de un hecho ilícito), **penales** (porque el ilícito es un ilícito penal y se orientan a la prevención de delitos), que pueden recaer sobre **personas jurídicas**, pero que no participan de los fundamentos legales, ni de las penas ni de las medidas de seguridad, refiriéndolos al sujeto sobre el que recaen. Es decir, la culpabilidad –fundamento de la pena–, podrá ser o no exigible en la persona física contra la que se dirige el procedimiento, pero nada en el texto exige establecer una culpabilidad propia de la empresa e independiente de la culpabilidad del sujeto individual. Es más, la voluntad expresa de que **no** se consideren penas, apunta a que esa culpabilidad propia de la empresa no es necesaria, además de dificilmente construible, como desarrolla ampliamente Feijoo Sánchez(28).

Cuando la ley dice expresamente que no son penas, no puede atribuirseles tal naturaleza **porque** se considere necesaria la culpabilidad de la empresa, si nada en el texto permite construir dicha categoría aplicable a la misma. El razonamiento puede volverse del revés: si la ley excluye la naturaleza de pena aplicable a la persona jurídica, no exige para ella un juicio de culpabilidad independiente del de la persona física.

Ahora bien, esta tercera clase de sanción penal recae –o puede recaer– sobre personas jurídicas y ello obliga a construir por vía doctrinal cuáles son sus presupuestos. En tanto en cuanto recae sobre la persona jurídica, me refiero solo a los presupuestos concurrentes en ella, e independientes de la responsabilidad de las personas físicas. En el apartado siguiente abordaremos el papel que debe jugar la persona física en la imposición de estas sanciones, pero alguna relación debe existir entre persona física y persona jurídica para

(27) En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO. "Las consecuencias..." cit., p. 289.

(28) *Sanciones....* cit., pp. 56 y ss. desarrollando los problemas insuperables que la supuesta culpabilidad de empresa presenta en relación al principio de culpabilidad, tanto si se trata de desplazar la culpabilidad individual hacia la persoba jurídica, como si se pretende elaborar un concepto de culpabilidad propio de las empresas.

imponer las sanciones, precisamente porque son sanciones y no pueden establecerse de manera indiscriminada y objetiva para todos los casos en que alguna persona física ha actuado dentro de la empresa.

Al respecto, es útil la distinción formulada por Schünemann, entre la criminalidad "de empresa" y la criminalidad "en" la empresa[29]. Aunque nada en el art. 129 CPE permita establecer una culpabilidad propia de la empresa, no dejan de imponerseles sanciones y ello obliga a individualizar situaciones en que los hechos sean imputables objetivamente a la empresa.

Tales presupuestos habrá que deducirlos de la propia naturaleza sancionatoria de las consecuencias jurídicas y de los principios constitucionales imperantes en materia sancionadora, especialmente, el de proporcionalidad. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha exigido la capacidad de la persona jurídica para infringir las normas, cuando se trata de aplicarles sanciones administrativas (Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991 de 19 de diciembre), lo que haría ilógico no exigirla cuando se trata de imponer sanciones penales.

3. Presupuestos para la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP

El hecho de que no sea posible construir un concepto de culpabilidad propia de la empresa a partir de la actual regulación, no elimina la necesidad –como se ha dicho– de que se concreten los criterios de vinculación del hecho con la persona jurídica, como elemento imprescindible para la aplicación de la sanción que recae sobre ella. El primero de ellos parte de su carácter accesorio.

3.1 Consecuencias accesorias a la pena típica

La rúbrica bajo la que se ubican las consecuencias accesorias no dice **a qué** son accesorias . Especialmente las primeras interpretaciones que se produjeron en torno al art. 129 CPE coincidieron en dar por descontado que estas consecuencias son accesorias a la **pena**[30] (Sentencia del Tribunal Supremo 20.9.96). Ello se apoya, en primer lugar, en el argumento apuntado por Octavio De Toledo[31]: solo pueden ser "accesorias" a las consecuencias anteriores, esto es, a las penas y las medidas de seguridad. Pero también en el hecho de que, al no haberse establecido la responsabilidad penal de las

(29) SCHÜNEMANN. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, pp. 529-530.

(30) LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARAN. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 82, aunque allí decíamos que "la denominación 'accesorias' apunta, **en principio**, a que dependen de la existencia de un responsable penal y de pena". MARTÍNEZ-BUJAN. *Derecho penal.*. cit., p. 232.

(31) "Las consecuencias accesorias..." cit, p. 1130.

empresas, solo pueden imponerse si existe una persona física responsable(32). Como veremos al abordar el Proyecto 2006, tanto las penas como las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, exigen , al menos, la imputación de una persona física.

Si son accesorias a la pena de la persona física, las consecuencias accesorias no pueden aplicarse en un gran número de casos propios de la criminalidad de empresa en los que no es posible establecer la plena responsabilidad penal de uno o varios sujetos individuales(33). Por esta razón, es cada vez más numeroso el grupo de autores que, ante el silencio legal, se decantan por mantener que, para la imposición de la consecuencia accesoria a la persona física, debe bastar con que el sujeto individual haya realizado un hecho típico y antijurídico (34), aunque resulte exculpado.

Puesto que el art. 129 del CPE remite la aplicabilidad de las consecuencias accesorias a lo dispuesto en la Parte Especial, cabe acudir a ella para intentar aclarar la cuestión. Sin embargo –como ya ha sido denunciado varias veces–, la coherencia del legislador en dicha parte del Código es nula. Incluso, el art. 262 del CPE llega a imponer la **pena** de inhabilitación especial a las empresas, en lo que ya ha sido calificado de anomalía o *lapsus scriptoribum* del legislador(35), porque no puede calificarse de otro modo. Pero acudiendo a la accesoriedad de la consecuencia aplicable a la empresa, se encuentran algunos casos en los que el texto legal impone la consecuencia accesoria "además de la pena" (arts. 294, 298.2 y 302.2 del CPE) y otros en los que no se dice nada acerca de si la consecuencia accesoria exige la imposición de una pena al responsable individual (arts. 288, 327, 366, 430, 520 del CPE). Ello lleva a Fernández Teruelo a manifestar la imposibilidad de adoptar un criterio uniforme(36), pero antes de llegar a tal resignación, creo debe intentarse encontrar una cierta racionalidad en la regulación vigente, por muy difícil que nos lo ponga el legislador.

A mi juicio, es imprescindible la presencia procesal de una persona física imputada. El proceso penal depende de los indicios de delito y delito es

(32) Así lo mantuve en GARCÍA ARÁN, "Algunas consideraciones..." cit., p. 326.
(33) Entre otros, GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal...* cit., p. 125; MARTÍNEZ BUJAN, *Derecho penal..* cit., p. 233.
(34) TAMARIT, ob. cit., p. 1166; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal". En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, vol I.* Cuenca, 2001, 974, aunque reconociendo que las menciones a la pena en la parte especial lo hacen difícil; JORGE BARREIRO. "El sistema..." cit., p. 126; GUARDIOLA LAGO. *Responsabilidad...* cit., p. 127; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia. T I,* Madrid, 1997, p. 1563. ZUGALDIA, mantiene que son accesorias en el sentido de la teoría de la participación, es decir, accesorias al hecho típico y antijurídico, "La responsabilidad criminal..." cit., p. 897.
(35) TAMARIT y OCTAVIO DE TOLEDO, en las obras citadas.
(36) "Las consecuencias..." cit., p. 276.

una acción u omisión dolosa o imprudente, **penada por la ley** (art. 10 CP). Hasta aquí, hemos dicho –como dice el propio Código Penal–, que las consecuencias accesorias no son penas y, por tanto, nada permite iniciar un proceso penal si no existen indicios de la comisión de un hecho descrito por la ley como delito y cometido por una persona física, única capaz de recibir la imposición de una pena. La consecuencia accesoria se vincula, pues, al delito y su correspondiente pena.

Sin embargo, como hace el sector doctrinal que se acaba de citar[37], cabe plantear la cuestión siguiente: si, existiendo un hecho antijurídico imputado objetivamente a una persona física, esta resultara finalmente no culpable por concurrir alguna causa de exculpación, ¿sería ello suficiente para la aplicación de la consecuencia accesoria a la empresa, si se dieran los restantes requisitos?

En mi opinión, basta con la realización de un hecho injusto por parte de la persona física, porque las consecuencias accesorias son accesorias a la **pena típica**, no a la pena concretamente impuesta . El art. 129 CPE se remite a la Parte Especial, donde se indica, en su caso, que junto a la pena señalada al delito se puede imponer, además, determinada consecuencia accesoria a esa pena abstracta. Pero, estando previstas en el nivel típico una pena y una consecuencia accesoria recayente sobre la empresa, no es necesario que en el caso concreto recaiga sentencia condenatoria sobre el imputado individual.

Desde este punto de vista, cabe imponer la consecuencia accesoria a la empresa cuando el sujeto físico resulta exculpado, lo que da respuesta a un número limitado de casos. Dejando de lado las causas de inimputabilidad –en las que es difícil imaginar que los hechos estén vinculados a la empresa–, estamos hablando de los casos en que el autor individual padece un error de prohibición invencible o bien, se encuentra en situación de inexigibilidad (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante). Sin embargo, aunque escasos, tales supuestos pueden considerarse suficientes como para intentar aplicar la consecuencia accesoria a la empresa, pese a la absolución del imputado individual, especialmente en aquellos casos en que el error de prohibición o la situación de inexigibilidad padecida por el autor sean imputables a la organización o el funcionamiento empresarial. Como veremos, el Proyecto 2006 permite la condena de la persona jurídica en casos de absolución de la persona física.

Con todo, ello deja abiertos los temas siguientes que inciden ya, directamente, sobre los elementos que deben darse **en la empresa**, para que puedan recaer sobre ella las consecuencias accesorias.

(37) Vid. nota 33.

3.2 Sobre la culpabilidad específica de la empresa

En los apartados siguientes (c y d), abordaremos cómo pueden vincularse los hechos a la actuación de la persona jurídica para que se le apliquen las consecuencias del art. 129 CPE, desde el punto de vista del injusto y/o la peligrosidad objetiva . En cambio, de los apartados anteriores se deduce que con el actual CPE no es posible exigir una culpabilidad específica de la empresa para aplicarle esas mismas consecuencias accesorias.

Con todo, este es el lugar para formular alguna consideración sobre las propuestas doctrinales sobre la culpabilidad empresarial, porque el tema es relevante para el análisis del Proyecto 2006 (*infra,* 2). Como es sabido, la posibilidad de atribuir culpabilidad a la empresa se ha construido desde dos perspectivas: la teoría de la representación, por la que la empresa es culpable por los hechos cometidos por su órgano o representante(38) y, por otra parte, las teorizaciones destinadas a construir un concepto de culpabilidad autónomo para la empresa, que así sería responsable penal directa. En este plano no faltan construcciones sobre la imputabilidad , como capacidad de culpabilidad basada en su capacidad de autoorganización(39), asimismo, el conocido concepto de **culpabilidad por defecto de organización** mantenido por Tiedemann(40) y basado en la omisión de medidas de precaución exigibles para garantizar el desarrollo ordenado de la actividad.

En opinión de Feijoo Sánchez (41),ninguna de las dos vías puede utilizarse hoy en Derecho Penal español para, hablar de una culpabilidad propia de la empresa. Al menos, si se pretende un juicio de culpabilidad con requisitos y contenido paralelo, –aunque diferente–, del manejado para las personas físicas. La culpabilidad por representación no deja de ser una culpabilidad por los hechos de otro –la persona física–, derivación dificilmente compatible con los conceptos clásicos del Derecho Penal. Los sistemas que asumen dicha culpabilidad de la persona jurídica por representación deben asumir que el principio por el que se prohibe la culpabilidad por los hechos de otros es un principio propio del derecho penal de las personas físicas que no es necesario mantener para las personas jurídicas. Ello puede ser asumible en tanto

(38) Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ. *Sanciones*... cit., pp. 56 y ss. GUARDIOLA LAGO. *Responsabilidad penal*... cit., p. 48 y ss.

(39) GÓMEZ-JARA DIEZ. "¿Imputabilidad de las personas jurídicas?". Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodriguez Mourullo. Pamplona, 2005, p. 425 y ss.

(40) TIEDEMANN. "Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskrimilatität", NJW, num. 41, 1988, p. 1172. Del mismo, *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona, 1993, p. 233 y ss. Vease también el trabajo de ZUGALDIA-MARIN ESPINOSA, citado en nota 7.

(41) Ob. cit. p. 55 y ss, en las que desarrolla lo que, a ju juicio, son "problemas insuperables con el principio de culpabilidad".

en cuanto hablamos de un Derecho Penal distinto, pero conduce a un concepto de culpabilidad de la empresa también claramente distinto.

Respecto de la culpabilidad por defecto de organización, algunas opiniones mantienen que, en realidad, dicha construcción permite delimitar el **injusto** de la persona jurídica(42). La omisión de precauciones exigibles para asegurar la actuación correcta de la persona jurídica sería, así, el dato que puede permitir imputarles la realización del hecho cometido por la persona física, en forma parecida a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pero no permitiría construir un sistema de causas de exculpación paralelo al de la persona física, puesto que la buena organización –lo contrario del defecto de organización–, no puede operar como circunstancia que elimine la culpabilidad por el injusto cometido: si hay defecto de organización, habrá injusto, y frente a él no cabe oponer la buena organización como exculpante, porque partimos de que falta la organización exigible, como concepto objetivo que permite imputar los hechos(43).

En mi opinión, esta discrepancia doctrinal sobre si el "defecto de organización" es un concepto propio del injusto o bien, de la culpabilidad, pone de manifiesto que tales categorías dogmáticas, cuando se trata de personas jurídicas, están más próximas que cuando nos referimos a las personas físicas. O, en otras palabras, que su diferenciación es menos nítida.(44). Para desarrollarlo, partiremos de lo que ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre la **responsabilidad administrativa** de las personas jurídicas.

La jurisprudencia constitucional ha hecho algunas consideraciones interesantes sobre la culpabilidad de la empresa en la aplicación de sanciones administrativas. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 246/1991 del 19 de diciembre. En ella, se analizan los límites de dicha responsabilidad administrativa de las empresas, intentando establecer requisitos paralelos a los de las personas físicas, pero sin lograr el pleno paralelismo y, además, incurriendo en algunos errores conceptuales. Así, se parte de que en las "infracciones cometidas" por las personas jurídicas, no se suprime el elemento subjetivo de la "culpa", sino que:

> "(...) ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas (...)". En estos sujetos, "falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la **capacidad para infringir las normas** a las que están sometidos. Capacidad de

(42) PÉREZ MANZANO. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *Actualidad Penal*. 2, 1995, p. 21; FEIJOO SÁNCHEZ. *Sanciones*.... cit., p. 69 y ss.; GUARDIOLA LAGO. *Responsabilidad*... cit., p. 66.

(43) En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ. *Sanciones*.... cit., p. 70-71.

(44) En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Bases*... cit., p. 241.

> infracción y, por ende, **reprochabilidad directa** que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea eficaz" (cursiva, mía).

Como puede verse, el Tribunal Constitucional se esfuerza por introducir requisitos subjetivos, destacando la "capacidad para infringir las normas", aunque reconoce que el "elemento volitivo en sentido estricto" está ausente. Y termina por derivar la "reprochabilidad directa" de elementos claramente objetivos como la necesidad de protección eficaz del bien jurídico.

A mi juicio, esta sentencia plantea algunos motivos de reflexión(45). Me refiero a la capacidad para infringir las normas como fundamento de la reprochabilidad "directa" que la STC citada considera necesaria para la responsabilidad administrativa, y que, por tanto, debería ser exigible también para fundamentar la responsabilidad penal. La cuestión entonces, es si la responsabilidad penal puede basarse en esos mismos elementos o bien, **además**, debe añadir otros que permitan diferenciar entre aquellos que pertenecen al injusto y aquellos que pertenecen a la culpabilidad.

Partiendo de la distinta realidad de la persona jurídica respecto de la persona física, cabe plantearse si algún día será posible configurar un juicio de culpabilidad –añadido al injusto– específicamente configurado para las personas jurídicas. La distinción que conocemos entre injusto y culpabilidad se basa en la diferencia que existe entre la valoración del hecho y la de las concretas circunstancias **personales** que permiten o no, atribuir el hecho injusto a quien lo ha cometido. Y conviene plantearse seriamente si esa distinción es posible y, sobre todo, necesaria, en las personas jurídicas. Soy consciente de que con ello acudo al clásico argumento –contrario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas–, sobre su supuesta incapacidad de culpabilidad; pero si tradicionalmente ha sido utilizado para negar su responsabilidad penal, creo que puede utilizarse en un sentido distinto. Si estamos configurando un derecho penal de las personas jurídicas, paralelo al tradicional, ¿cabe seguir hablando de derecho penal en unas sanciones que se basen en el injusto cometido, sin valoración añadida de las circunstancias **personales** en las que se cometió el hecho?

Para responder a esta cuestión conviene tener en cuenta que el clásico principio de **personalidad de la pena** por la que la responsabilidad penal de las personas físicas es personal e intransferible, plantea serios problemas si se pretende trasladarlo a las personas jurídicas. Al comentar el Proyecto español de 2006, veremos cómo la responsabilidad penal de una persona jurídica puede ser transferida a otra distinta en casos de transformación, fusión o

(45) Vid. un más amplio comentario en FEIJOO SÁNCHEZ. *Sanciones....* cit., p. 60 y ss.

escisión de entidades. Obviamente, si las personas jurídicas se transforman, funden o escinden en otras, su responsabilidad penal no puede ser personal e intransferible como en el caso de las personas físicas.

En consecuencia, si la pena de la persona jurídica no es tan "personal" como la de la persona física, es muy probable que el nuevo derecho penal de las personas jurídicas termine admitiendo que el concepto de culpabilidad como imputación personal que manejamos para las personas físicas no puede ser trasladado –como una categoría absolutamente diferenciada del injusto– a las personas jurídicas. En realidad, creo que estamos asistiendo a un debate similar al que provocó la admisión de las medidas de seguridad como segunda vía penal, puesto que también en ellas la consecuencia jurídica se asienta en la realización de un injusto, cuyo autor no es culpable. Si lo que se configura es un Derecho Penal distinto, motivado por la diferente naturaleza y realidad de las personas jurídicas, no debería escandalizar que, exclusivamente en esa vía, se prescindiera de esa valoración añadida al injusto que denominamos culpabilidad y que es la que permite tomar en consideración circunstancias irrenunciablemente personales por las que se excluye la responsabilidad. O bien, retomando lo dicho más arriba, que el concepto de culpabilidad por defecto de organización incluya una valoración que, en el Derecho Penal de las personas físicas identificamos más propiamente con el injusto.

En resumen, creo que existen argumentos para admitir que, en el caso de las personas jurídicas, la diferenciación entre injusto y culpabilidad no se da en la misma forma que en las personas físicas. El juicio de culpabilidad hoy aplicable solo a las personas físicas se destina a valorar la concreta posición individual frente a las normas, en la que se valoran las circunstancias de imputabilidad y exigibilidad. Es una garantía individual gracias a la cual los ciudadanos saben que se tomarán en consideración las concretas e intransferibles circunstancias en que actuaron ilícitamente, como última barrera a la exigencia de responsabilidad. Pero en materia de personas jurídicas, les es exigible una posición común e igual frente al ordenamiento jurídico, sin que parezca aplicable a los entes colectivos, una concreta valoración de sus circunstancias "personales" e "individuales". Porque por mucho que incluyamos a la persona jurídica en el Derecho Penal, nunca podremos hacerlo con una valoración de las circunstancias individuales que, por definición, son atributo y exigencia de los seres humanos.

Y no me parece que deba dejar de serlo, sin que ello suponga negar la consideración de sanción penal a las consecuencias recayentes sobre las empresas: primero, porque también en las medidas de seguridad se prescinde de la culpabilidad y segundo, porque estamos construyendo un derecho penal distinto, precisamente porque recae sobre una distinta realidad. Posiblemente, en ese Derecho Penal distinto haya que admitir una mayor igualación

de la responsabilidad basada en la comisión de injustos, sin valoración de circunstancias individuales, lo que supondría un carácter en mayor medida objetivizante. Pero estamos hablando de un Derecho Penal aplicable a entes colectivos que no son seres humanos y por ello, creo mejor que el derecho penal de las personas jurídicas –siendo distinto–, se configure de manera paralela al de las personas físicas sin necesidad de asumir todos y cada uno de sus elementos, de forma que esa especialidad permanezca en el ámbito de las personas jurídicas sin riesgo de contaminar el derecho penal de las personas físicas

Obviamente, las sanciones aplicables a las empresas deben rodearse de garantías, pero estas deben ser las adecuadas a su naturaleza distinta a la de las personas físicas. Si el juicio de culpabilidad es una garantía basada en la consideración individual de los seres humanos y sus circunstancias personales, no resulta peor tratada la persona jurídica porque no se formule respecto a ella un juicio similar que, en esencia, no es trasladable a su condición. Las garantías materiales consistentes en los presupuestos de aplicación de la consecuencia se analizan a continuación.

3.3 Vinculación del injusto cometido por la persona física, a la persona jurídica

Se admite comunmente que la actuación de la persona física imputada debe haberse realizado en el marco de la organización de la empresa y formando parte de la actuación social. Esta conexión entre la actuación individual y la actuación de la persona jurídica, resulta imprescindible para evitar una absurda aplicación de sanciones a la empresa por todos los hechos cometidos por sus representantes u órganos, tengan o no relación con la actuación social.

La necesidad de dicha conexión, en nuestro derecho, ante el silencio del art. 129 CPE, puede derivarse de la propia naturaleza sancionadora de las consecuencias accesorias, puesta en relación con principios elementales en materia sancionadora que incluso pueden reconducirse al principio constitucional de justicia (art. 1 Constitución Española). Este se vería infringido si una persona jurídica padeciera consecuencias sancionadoras por hechos no relacionados con su actuación social.

Cuestión distinta es cómo debe establecerse tal vinculación. El Código Penal francés exige solo que la persona física actúe **por cuenta** de la persona jurídica (art.121.2), y esta es una conexión necesaria, que puede entenderse exigible en nuestro derecho, por lo que se acaba de decir. Con todo, nada en el texto del CPE obliga a exigir una especial forma jurídica para la relación entre la persona física y la empresa, por lo que en realidad, se trata de una vinculación funcional.

Cabe plantear si, además, debe exigirse que la actuación individual se lleve a cabo **en beneficio** de la persona jurídica[46], pero entiendo que, hoy por hoy, ante el silencio legal, no son planteables requisitos que no se exigen para los delitos en general. Al comentar las propuestas de reforma (*infra,* 2), nos referiremos a si es conveniente o no exigir la actuación en beneficio de la persona jurídica como hecho de conexión que fundamente su responsabilidad.

3.4 Injusto de la organización, o peligrosidad objetiva de la empresa

El injusto de la organización y la peligrosidad objetiva de la empresa son conceptos que pueden resultar próximos, pero son diferenciables teóricamente. Por injusto de la organización entendemos la individualización de un **comportamiento social** en el que asentar la aplicación de la sanción. Y por **peligrosidad objetiva**, la formulación de una prognosis en virtud de la cual, cabe afirmar que el funcionamiento de la empresa permite augurar la comisión de nuevos delitos. Si pueden resultar próximos es por el hecho de que, individualizado un injusto de la organización, de él puede desprenderse una prognosis de peligrosidad. Pero si son diferentes, es porque dicha prognosis no necesariamente debe partir de un injusto de organización, sino que puede derivarse de actuaciones delictivas individuales.

A mi juicio, a diferencia de lo que ocurre con el juicio individual de culpabilidad, es perfectamente posible establecer los límites teóricos de un supuesto injusto de la organización, aplicable, por tanto, a las personas jurídicas. La doctrina penal especializada en el tema ha establecido ya las bases del mismo, atendiendo a las características de la organización compleja y a las posibilidades de lesión del bien jurídico, en el que puede incluirse el defecto de organización [47]. Como se dijo al inicio de estas páginas, es posible la imputación de hechos a la actuación propia de la persona jurídica, porque esos mismos hechos se imputan en el ámbito del derecho administrativo y civil.

En el ámbito del injusto suelen señalarse como más problemáticos los elementos que, en terminología penal, se sitúan en el dolo y la imprudencia. Desde luego, la delimitación de un supuesto dolo de la empresa no puede desvincularse de la voluntad de concretas personas individuales[48], pero también es cierto que el derecho societario cuenta con suficientes normas sobre la formación de la voluntad social, como para que esta pueda considerarse una realidad independiente. Asimismo, los conceptos de *culpa in eligendo*

(46) Sobre los inconvenientes, vid. GUARDIOLA LAGO. *Responsabilidad....* cit., p. 60.
(47) Sobre el injusto de la organización, véase, en el sentido del texto, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Bases...* cit., p. 232.
(48) SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal..." cit, p. 365.

o *in vigilando*, son utilizables en la valoración del comportamiento social[49] para establecer un supuesto comportamiento imprudente.

Veamos ahora si ese hipotético injusto de la organización, construible teóricamente, es una exigencia derivada de la regulación del artículo 129 CPE. Al respecto, junto a las cuestiones planteadas por la naturaleza sancionadora de las denominadas consecuencias accesorias, solo contamos con la mención a la "actividad delictiva" cuya continuidad debe prevenirse, según el número 3 del mismo artículo 129. ¿Cabe entender que dicha actividad delictiva es la de la empresa y basar ahí la exigencia de un injusto de la organización, independiente del injusto de la persona física? Esta conclusión podría apoyarse en el hecho de que las consecuencias accesorias orientadas a tal prevención recaen sobre las empresas y, por tanto se refieren a **su** "actividad delictiva", como algo independiente de la actuación delictiva individual.

Sin embargo, creo que, nuevamente, la mención es demasiado parca como para basar en ella la imputación de un injusto autónomo a la persona jurídica. "Delictivo" es, según el propio Código Penal, un comportamiento doloso o imprudente, sin que nada en el artículo 129 CP permita construir dichas formas de imputación referidas a la persona jurídica. La actividad delictiva ya cometida y cuya continuidad se quiere evitar, es la del delito que, en la Parte especial, lleva aparejada la posibilidad de una consecuencia accesoria.

Lo que ocurre es que la "actividad delictiva" que se quiere prevenir mediante las sanciones a las personas jurídicas, siendo una actividad propia de personas físicas, se desenvuelve en el marco de la empresa y por cuenta de su actividad social. Por eso la sanción recae sobre la persona jurídica. Pero el fundamento de la sanción no es un supuesto injusto social, sino la aptitud de la empresa, por su forma de organización, para que en su marco y por su cuenta se cometan delitos[50].

En otras palabras, aunque la actividad delictiva a prevenir es una actividad propia de persona físicas, tiene una referencia social en tanto en cuanto se debe al marco organizativo y a la actividad social de la persona jurídica. A mi juicio, ello supone la **peligrosidad objetiva** de la empresa, suficiente para fundamentar la aplicación de la consecuencia accesoria, de acuerdo –insistamos–, al tenor legal del artículo 129 CPE. Dicha peligrosidad objetiva se manifiesta en el injusto cometido por el autor, en tanto en cuanto ha sido permitido o auspiciado por la forma de organización de la empresa y su comportamiento social.

(49) Vid. SCHÜNEMANN. "Cuestiones básicas..." cit., p. 547.
(50) Sobre la participación de la estructura de la empresa en la propia realización del hecho, SILVA SÁNCHEZ. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia, 1999, p. 143.

La peligrosidad de la empresa demanda alguna otra matización. En efecto, la empresa no resulta sancionada a partir de su consideración como **sujeto** peligroso, si con ello nos referimos a la peligrosidad subjetiva en sentido tradicional, puesto que esta se corresponde con condicionantes personales que auguran la comisión de futuros delitos. Y por otra parte, la sanción a la empresa necesita de un hecho de conexión consistente en la realización de un injusto típico por parte de una persona física que actúa por cuenta de la persona jurídica; es decir, no recibe la sanción directamente, –como sujeto peligroso–, sino a través de la realización de un delito por parte de una o varias personas físicas.

Pero tampoco resulta absolutamente exacto referirse a la empresa como un mero **objeto.** La persona jurídica es un ente con base colectiva, con una forma de organización y actuación propias que , inevitablemente, se configuran a través de la actuación de personas físicas. Es esta inescindibilidad entre lo colectivo y lo individual lo que dota a estas sanciones de una naturaleza especial. Por ello, ambos elementos deben estar presentes en el juicio sobre la peligrosidad objetiva de la empresa: esta será peligrosa objetivamente, cuando su estructura, su forma de organización y la formación de su voluntad social, haya permitido o impulsado la realización de un hecho injusto por parte de una o varias personas físicas y cuando, además, permita augurar la continuidad de dicha actividad delictiva.

En realidad, esta peligrosidad objetiva tiene mucho que ver con aquel peligro objetivo para el bien jurídico que la STC 246/1991, arriba citada, denominaba "reprochabilidad directa", vinculandola a la capacidad de acción de las empresas. Tal exigencia es planteada por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad **administrativa** de las empresas y, por tanto, sería ilógico y desproporcionado que no se exigiera para la imposición de sanciones penales como las que analizamos. No cabe exigir menos, pero, en mi opinión, tampoco cabe exigir más, en forma de injusto o culpabilidad propios de la empresa.

De esta forma, esta tercera vía sancionadora recayente sobre las personas jurídicas, toma algunos elementos que se han construido en torno al **Derecho Administrativo sancionador** y que, hoy por hoy, suponen la ausencia de un juicio de culpabilidad diferenciado del injusto. Pero también toma elementos próximos a las **medidas de seguridad**, en la medida en que para su aplicación basta con la ejecución de un hecho injusto y un pronóstico de peligrosidad, aunque en este caso, tenga fundamentos distintos de la peligrosidad individual. Es esa valoración de la peligrosidad objetiva la que debe tomarse como base para decidir la aplicación **proporcionada** de las consecuencias accesorias recayentes sobre la empresa: estas serán proporcionadas en tanto en cuanto resulten necesarias para contrarrestar el pronóstico de peligrosidad formulado sobre la empresa.

II. RESPONSABILIDAD, PENAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL PROYECTO DE REFORMA

Como se ha adelantado, el Proyecto 2006 supuso un paso adelante al declarar formalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo un catálogo de penas aplicables a las mismas. Al no ser aprobado en la legislatura correspondiente, la misma propuesta fue retomada por un Anteproyecto del Ministerio de Justicia (14 de noviembre de 2008) que, en el momento de redactar estas páginas todavía no se ha convertido en Proyecto aprobado por el Gobierno. La regulación es idéntica en ambos textos, por lo que hasta aquí hemos citado genéricamente el Proyecto 2006. Sin embargo, ambos textos han sido objeto de informes parcialmente diferentes por parte del Consejo General del Poder Judicial, (CGPJ). Por esta razón, oportunamente, nos referiremos al Informe-CGPJ 2006 o bien, 2008[51], advirtiendo de que entre uno y otro se produjo la sustitución de los miembros que componen el Consejo.

1. Elementos fundamentales de la propuesta

El artículo 31 bis que el Proyecto propone para su incorporación al CPE incluye cinco números, el primero de los cuales establece que "en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por cuenta o en provecho de las mismas", por las personas físicas que se encuentren en una de estas dos situaciones: a) las que tengan "un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad" o bien, b), quienes "estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control".

Dicha responsabilidad penal solo puede declararse si el delito cometido es uno de los que preven esa posibilidad en la Parte Especial (por ejemplo: nuevo art. 288, sobre los delitos relativos al mercado o a los consumidores). Por tanto, se opta por un sistema de números clausus de delitos que admiten la responsabilidad de las personas jurídicas, y en los correspondientes tipos se señala la pena aplicable.

La responsabilidad de la persona jurídica y la de las personas físicas no se excluyen entre sí (numero 3 del art. 31 bis, según el Proyecto) : cabe que ambas sean responsables, con la particularidad de que si la pena impuesta a

(51) El relativo al Proyecto 2006 fue aprobado el 27 de octubre de 2006 y el relativo al Anteproyecto de 2008, el 26 de febrero de 2009. Disponibles en <www.poderjudicial.es>.

ambas es de multa, los Tribunales deberán modular las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos.

Por otra parte, las eximentes, atenuantes y agravantes que eventualmente concurran en la persona física, "no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas", (art. 31 bis.3 CP del Proyecto) cuestión que afecta a alguno de los temas que hemos planteado en el apartado anterior y que comentaremos en el apartado 2.3.

Según el sistema propuesto por el Proyecto, a la persona jurídica declarada responsable se le aplican las penas enumeradas en el número 7 del artículo 33 CPE propuesto por el Proyecto. Ahí se incluye, entre otras, la pena de multa, que, curiosamente, no está en el vigente artículo 129 CPE, lo que ha constituido un argumento en contra de la consideración este precepto como un catálogo de penas, puesto que la multa constituye , por antonomasia, una de las penas más claramente aplicables a personas jurídicas. El Proyecto incluye también, como penas, la disolución, la suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos,prohibición de realizar actividades relacionadas con el delito cometido, inhabilitación para subvenciones o ayudas públicas y para gozar de beneficios fiscales e intervención judicial para salvaguardar derechos de trabajadores o acreedores.

En otro orden de cosas, el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas sigue incluyendo, como el texto del vigente art. 129 CPE, la intervención judicial "para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores" (art. 33.7.g) CP del Proyecto). Dicha pena tiene la obvia finalidad –expresada en el texto legal– de evitar perjuicios a terceros no responsables del delito y, en tal medida, resulta plenamente asumible. Sin embargo, no puede ocultarse que esta finalidad específica se aparta de los fines propios de las penas, se sitúen estos en la retribución del hecho o en la prevención de futuros delitos. Ello ha llevado a destacar, ya en relación al art. 129 CPE, que dicha intervención protectora de derechos de terceros, debería haberse previsto como complementaria de las restantes sanciones –puesto que persigue distinta finalidad–, o bien solo como medida cautelar[52].

En materia de extinción de la responsabilidad penal, el Proyecto propone añadir un número 2 al vigente art. 130 CPE en el que se declara: "La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión".

(52) BARREIRO, Jorge. "El sistema de sanciones…" cit, p. 127, nota 118. También se refiere a ello el Informe CGPJ-2008.

También se declara viva la responsabilidad penal en casos de disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Esta posibilidad de transferir la responsabilidad de una persona jurídica a otra –juridicamente "nueva" y "distinta"–, supone reconocer que el principio de personalidad de las penas, irrenunciable para las personas físicas, no es aplicable a las personas jurídicas.

Por último, esas mismas privaciones y restricciones de derechos que se prevén como **penas**, pueden ser aplicadas también como "consecuencias accesorias", en la redacción que el Proyecto propone para el actual 129 CPE, a lo que nos referiremos más adelante.

2. El sistema de imputación de la responsabilidad

Según el redactado del Proyecto que se ha resumido más arriba, la responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la comisión de un delito por una persona física. La actuación típica del autor material es imprescindible, lo que se aproxima a la fórmula del Codigo Penal francés, en el que la responsabilidad de la persona jurídica es reflejo de la de la persona física. Sin embargo, en el caso del Proyecto español, dicho "reflejo" no es absoluto, puesto que si la persona física se beneficia de alguna circunstancia eximente o atenuante (num. 3 del art. 31 bis), ello no afecta a la responsabilidad de la persona jurídica (*infra*, 2.3).

Por otra parte, en el caso de los delitos cometidos por las personas físicas sometidas a la autoridad de quienes tienen poder de dirección, –el segundo de los que se enuncian–, el texto introduce el elemento de la **falta de control** por parte de la persona jurídica, para hacerla acreedora de responsabilidad penal. Esta mención a la falta de control, plantea la cuestión de si se está estableciendo una responsabilidad **propia** de la persona jurídica y no un mero reflejo de la responsabilidad de la persona física.

En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de 2006 afirma que la "responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia, aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas (…)". En cambio, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2008, no menciona la responsabilidad propia, sino que destaca la imputación de hechos de personas físicas, explicando la adopción de un sistema con dos posibilidades de imputación: "(…) junto a la imputación de aquellos delitos cometidos por su cuenta o en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control (…)". En todo caso, lo que parece claro, en mi opinión, es que la valoración de la ausencia de control como fundamento de

la responsabilidad de la persona jurídica solo se menciona en el segundo supuesto, esto es, las infracciones de personas físicas sin poder de representación pero sometidas a la autoridad de quienes sí lo tienen.

La cuestión de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se asiente en la de la persona física es el principal objeto de los Informes del CGPJ de 2006 y 2008. En ambos se plantea críticamente la responsabilidad por el hecho de otro y la vulneración "de los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal" (Informe CGPJ-2006) o los problemas de constitucionalidad derivados de "(…) hacerlas responder por los hechos de otros (…)" (Informe CGPJ-2008).

Sin embargo, ambos informes concluyen en propuestas distintas: el de 2006, considera que el Derecho Penal de las personas jurídicas introduce elementos extraños que pueden desembocar en un retroceso de las garantías del Derecho Penal, por lo que para evitar un "virtual efecto contaminante" sería mejor regularlo en una ley especial independiente "sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorias aplicables a la persona jurídica".

En cambio, el Informe CGPJ-2008 admite que el propio Código Penal reformule las categorías clásicas de imputación de responsabilidad para adecuarlas a la persona jurídica, pero considera que el texto propuesto no lo hace correctamente. Se considera válido el concepto de "defecto de control" como base de la imputación de responsabilidad de la persona jurídica, pero le reprocha al texto que: a) solo se mencione en el supuesto de quienes no tienen poder de representación o dirección, –que el Informe denomina "empleados"–, y b) que no le dote del suficiente "contenido estructural" para que pueda ser utilizado como criterio de imputación, es decir, que no contenga "referencia a una conducta social de defecto de control u organización". El mismo Informe CGPJ-2008 considera que el art. 31 bis propuesto debe mejorarse con una imprescindible "(…) referencia expresa a que la imputación del hecho a la persona jurídica en estos casos, se debe a la ausencia de los mecanismos de control adecuados o, mejor, a un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo".

Como puede verse, ambos informes –debidos a dos momentos de la vida del CGPJ , con miembros diferentes–, discrepan sobre las posibilidades reales de construir una imputación de responsabilidad para la persona jurídica que respete las exigencias clásicas del principio de culpabilidad. El de 2006 parece renunciar a ello, abogando por una regulación independiente y "no contaminante", mientras que el de 2008, apuesta por la mejora de la regulación,

dentro del sistema penal tradicional. A mi juicio, la discrepancia manifiesta el objeto de un debate que, aun a riesgo de simplificación, puede resumirse en la disyuntiva entre buscar **algo distinto** (e independiente) **del Derecho Penal** o bien, un **Derecho Penal distinto** pero integrado en el Derecho Penal tradicional, con sus mismas garantías. Pero incluso optando por un concepto de culpabilidad propio para las personas jurídicas que pueda considerarse tan garantista como el concepto de culpabilidad de la persona física, creo que las garantías exigibles no pueden ser las mismas en uno y otro caso, precisamente porque nos referimos a realidades distintas. En otras palabras, –como hemos expuesto *supra*, en el apartado 1.2 b)–, el empeño en aplicar, miméticamente, las garantías propias de la persona física a la persona jurídica puede llegar a resultar tan insatisfactorio como pretender aplicarles el mismo concepto de acción o de culpabilidad.

Con todo, el régimen de las eximentes y atenuantes aplicables a la persona física, que no alcanzan a la persona jurídica, permite todavía algunas consideraciones sobre la relativa independencia de la responsabilidad de esta última.

3. La cuestión de las eximentes y las atenuantes

En efecto, como hemos adelantado, el artículo 31 bis.3, propuesto por el Proyecto establece que las eximentes, atenuantes o agravantes que concurran en el autor material o en quien haya hecho posible el delito por no haber ejercido control, no afectan a la responsabilidad de la persona jurídica. En este sentido, se da respuesta al problema que antes hemos planteado en relación a las consecuencias accesorias actualmente vigentes, relativo a la posibilidad de mantener la sanción del ente colectivo, aunque la persona física resulte exculpada.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto 2008 afirma: "Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física". Efectivamente, si las eximentes que concurran en la persona física no se extienden a la persona jurídica, es posible que esta resulte condenada mientras su representante o su empleado resultan absueltos, por el mismo hecho. Sin embargo, ello no significa que el Proyecto haya establecido claramente un sistema de responsabilidad penal **propia** de la persona jurídica. Las consideraciones del Informe CGPJ 2008 que hemos recogido en el apartado anterior, siguen siendo válidas: si el autor material es condenado, solo debe comprobarse la falta de control en el caso de personas sometidas a la autoridad de quienes tienen poder de dirección; y si el autor material resulta exculpado por concurrencia de alguna eximente, pervive la responsabilidad penal del ente colectivo, sin que el texto establezca ni defina la falta de control como requisito en todos los casos.

Por otra parte, el art. 31 bis 3 que ahora comentamos se refiere genéricamente a las "eximentes", sin distinguir entre las causas de justificación y las de exculpación. Ello es lógico teniendo en cuenta que el CPE no las diferencia en su catálogo general del art. 20. Es la dogmática penal la que establece los distintos efectos de unas y otras, también en esta materia. Y acudiendo a tales efectos, parece coherente concluir que si el hecho del autor material está justificado, no cabe demandar responsabilidad penal a la persona jurídica.

En materia de atenuantes, el número 4 del art. 31 bis propuesto por el Proyecto, enumera una serie de circunstancias que podrían ser interpretadas como disminuciones de la culpabilidad de la empresa; sin embargo, de su lectura se desprende que *no* pueden interpretarse como modulaciones del elemento de la culpabilidad –como en cambio ocurre con la mayoría de atenuantes aplicables a la persona física–, porque **todas ellas**, se basan en hechos **posteriores** a la consumación del delito: confesión, colaboración en la investigación, reparación de los efectos del delito, establecimiento, antes del juicio, de medidas para prevenir futuros delitos. Son todos ellos hechos que tampoco en el caso de las personas físicas (vid. circunstancias 4ª y 5ª del vigente art. 21 CPE), pueden considerarse referidos a la culpabilidad, precisamente por ser posteriores al hecho.

En suma, aun enunciándose en el Proyecto los elementos que fundamentan la imposición de la pena para la persona jurídica, resultará difícil diferenciar en ellos cuáles –en terminología del derecho penal de las personas físicas–, corresponden al injusto y cuáles a la culpabilidad. El futuro nos dirá si, finalmente, debemos renunciar a formular para las personas jurídicas un juicio de culpabilidad como imputación **personal**, en el que se valoren las circunstancias individuales como en el caso de las personas físicas.

A continuación comentamos otras cuestiones relevantes de la regulación propuesta por el Proyecto 2006.

4. La actuación "por cuenta y/o en provecho" de la persona jurídica

El articulo 31 bis propuesto por el Proyecto 2006 exige que quienes tienen poder de representación o de dirección actúen "por cuenta *o* en provecho de la persona jurídica" (alternativamente), mientras que al referirse a los empleados utiliza una fórmula acumulativa: deben actuar "por cuenta *y* en provecho" de la empresa. Puede tratarse de un error de redacción, pero ha sido advertido por el Informe CGPJ-2008, en el que se afirma que, de mantenerse este requisito, se regule de forma idéntica en ambos casos. Sin embargo, el mismo Informe considera que en un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica **no** debería tenerse en cuenta quién resulta beneficiado por el delito, sino que el defecto de organización resulte relevante para cometerlo.

Comparto la anterior observación. La conexión de la actuación individual con la resposabilidad de la persona jurídica debería limitarse a actuar por cuenta de la misma, con independencia de que el autor busque o no beneficio para ella o para si mismo. En todo caso, el sistema propuesto por el Proyecto 2006 utiliza la actuación "por cuenta y/o en provecho" de la persona jurídica solo en el art. 31 bis, es decir, solo para fundamentar la aplicación de las penas. En cambio, no lo exige para la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129, de modo que parece concebirlo como el vínculo de conexión imprescindible para la responsabilidad penal. Con ello, se da más importancia a este hecho de conexión que al concepto de culpabilidad por defecto de organización, escasamente desarrollado y, además, no previsto para todos los supuestos sino solo para los delitos de los empleados.

5. Las consecuencias accesorias en el Proyecto de reforma

El Proyecto 2006 (y el Anteproyecto 2008) modifica el vigente art. 129 del CP con el siguiente texto:

> 1. "El juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente, a las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, como medidas orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7.
>
> 3. Será requisito necesario para la imposición de las medidas que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros.
>
> 4. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas, también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7".

Lo primero que conviene destacar es que, pese a que en el texto las sanciones se denominan "medidas", no se propone el cambio de la rúbrica que, –de aprobarse la reforma en estos términos–, seguirá refiriéndose a las "consecuencias accesorias". Por otra parte, siguen concibiéndose como consecuencias accesorias a la pena de la persona física. Obsérvese también que no existe un catálogo independiente de "consecuencias accesorias", sino que estas coinciden con las que el artículo 33.7 enumera como "penas".

En segundo lugar, dichas consecuencias accesorias son aplicables a todo tipo de entes colectivos, tengan o no personalidad jurídica, y sea cual sea el delito cometido. Por tanto, es un sistema de númerus apertus de delitos, que se diferencia del númerus clausus previsto para las penas.

Por otra parte, aquí no se exige que el delito haya sido cometido por cuenta y/o en beneficio de la organización. Por tanto, habida cuenta que en este caso no se atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica, dicha actuación "por cuenta o en beneficio" del ente colectivo, se confirma como el elemento central de la atribución de responsabilidad y la correspondiente imposición de **pena**.

El Informe CGPJ-2008 ha sido muy crítico con esta regulación, planteando incluso su inconstitucionalidad. Considera que establece un *tertium genus* de consecuencia jurídica, distinta de las penas y las medidas de seguridad, pese a utilizarse el término "medida". El principal motivo de crítica se sitúa en el **fraude de etiquetas** que supone utilizar las mismas restricciones de derechos que están previstas como penas, cambiándoles el nombre para aplicarlas como "consecuencias accesorias". Desde este punto de vista, el Informe afirma que el númerus clausus de delitos establecido en las penas es puramente simbólico, puesto que pueden ser aplicadas a cualquier delito como consecuencias accesorias. Y, especialmente, el mero cambio de nombre no autoriza a prescindir de instrumentos de imputación en los que basar la aplicación de la consecuencia accesoria. Por estas razones, –concluye el Informe–, debería haberse desarrollado un auténtico sistema de medidas de seguridad, estableciendo claramente el presupuesto de la peligrosidad de la entidad.

En mi opinión, el texto del Proyecto da un paso adelante al establecer un sistema de **doble vía** de consecuencias jurídicas, paralelo al sistema de penas y medidas de seguridad propio de las personas físicas, pero sin decidirse a formularlo claramente así: no utiliza el concepto de "medidas de seguridad" y sigue aferrándose al confuso concepto de "consecuencias accesorias", no declara expresamente el presupuesto de la peligrosidad, pero mantiene la referencia a la prevención de la continuidad de la actividad delictiva. Y sobre todo, simplemente se remite al catálogo de penas, para establecerlas también como medidas.

De aprobarse algun día el texto propuesto, deberá precisarse dogmáticamente cuáles son los fundamentos de la aplicación de estas "consecuencias accesorias", de forma similar a como lo hemos intentado con la regulación actualmente vigente. A estos efectos, pueden tenerse en cuenta algunas cuestiones.

En primer lugar, habrá que concretar cuál debe ser la vinculación del delito con la persona jurídica para aplicar la consecuencia accesoria, teniendo

en cuenta que, según el sistema del Proyecto, no se exige aquí que la persona física actue "por cuenta o en provecho" de la persona jurídica.

En efecto, al referirnos al fundamento de las actuales consecuencias accesorias, hemos debido distinguir entre la realización de un injusto propio de la organización, basado en la actuación por cuenta de la misma y la peligrosidad objetiva de la misma organización, revelada en la realización del injusto. En cambio, en el sistema propuesto por el Proyecto, la realización de un injusto de la persona jurídica, basado en su relación con el delito individual (por cuenta o en beneficio de la primera), es, como acabamos de decir, el fundamento de las penas aplicables a las personas jurídicas. Por tal razón no es extraño que, al regularse las "consecuencias accesorias" en el Proyecto, no se exija que el delito individual haya sido cometido por cuenta o en beneficio de la organización, ya que dicho dato es el que se utiliza para fundamentar la pena.

Por otra parte, la finalidad de las consecuencias accesorias en el Proyecto es, *ex lege*, la de "prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma" (art. 129.1 CP propuesto por el Proyecto). Es decir, es necesaria una valoración de futuro que, en un sistema de doble vía como el propuesto, se corresponde con la valoración de la peligrosidad. A mi juicio, ello conduce a la conclusión de que, mientras el injusto de la organización es el fundamento de la pena, la peligrosidad objetiva de la misma es el fundamento de la aplicación de las consecuencias accesorias que así, participan de la naturaleza de las medidas de seguridad. Como hemos dicho, la doble vía prevista en el Proyecto pretende aclarar la confusa naturaleza de las vigentes consecuencias accesorias aunque sin establecer claramente su naturaleza de medidas de seguridad.

La peligrosidad objetiva debería referirse a la organización, en tanto en cuanto las consecuencias accesorias recaerán sobre ella. Sin embargo, ello requiere una precisión sobre la "actividad delictiva" que, según el texto del Proyecto, deben prevenir estas medidas. Al respecto, recuérdese que en este caso no es necesaria la responsabilidad penal de la organización, sino solo de la persona física. En efecto, el número 2 del art. 129 CP propuesto, indica como requisito para la aplicación de la medida "que el delito objeto de la condena haya sido cometido por" quienes dirigen la organización o por quienes actúan bajo sus órdenes o gracias a su permisividad. De acuerdo con ello, la "actuación delictiva" que debe prevenirse mediante las medidas es la de las personas físicas que hayan resultado condenadas, esto es, la de los responsables penales. Y si hay que prevenirla mediante medidas recayentes en la organización, su aplicación deberá valorar si esta última, por sus caracteristicas y modo de funcionamiento, favorece la comisión de delitos o sus efectos.

En suma, de aprobarse el Proyecto hasta aquí comentado, sigue siendo necesario un esfuerzo de la dogmática penal para precisar los elementos que fundamentan la aplicación del sistema sancionador para personas jurídicas, organizaciones y asociaciones, del mismo modo en que lo ha hecho mediante las construcciones manejables para las personas físicas. Para ello, contará con el asidero de un texto positivo que toma partido en algunas cuestiones esenciales y contará también con el bagaje dogmático histórico de la teoría del delito. Con relación a este último, habremos de ser conscientes de que estamos construyendo un Derecho Penal distinto que, pese a ello, no debe dejar de ser Derecho Penal. Y para considerar que sigue siendolo, no es despreciable el hecho de que una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas permite aplicar el Código Penal en sentencias condenatorias de hechos que hoy resultan impunes porque la persona jurídica no puede ser declarada responsable.

Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español

Prof. Dr. Luis GRACIA MARTÍN
(España)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La discusión doctrinal sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. **III.** Crítica de las diferentes atribuciones de naturaleza penal a las consecuencias accesorias. **IV.** Toma de posición: las consecuencias accesorias como reacciones jurídicas no sancionadoras. **V.** Sobre los presupuestos y condiciones de aplicación de las consecuencias accesorias a partir de su naturaleza no sancionadora. Especial consideración del llamado "hecho de conexión" y del "defecto de organización" de la persona jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

En los sistemas jurídicos continentales y en el Derecho de la Unión Europea se observa desde hace tiempo una tendencia favorable al establecimiento de sanciones penales contra las personas jurídicas. Así, ya en 1976 la legislación penal holandesa introdujo la posibilidad de imponer a las sanciones penales a las personas jurídicas, el Código Penal portugués lo hizo en 1983, y en 1992 y 1993 tomaron también esta dirección las legislaciones penales noruega y francesa respectivamente[1]. En Alemania, Suecia e Italia se ha establecido un sistema de **sanciones administrativas** contra las personas jurídicas que, como señala Tiedemann, están fuertemente vinculadas al Derecho Penal[2]. Un caso extremo lo constituye la normativa sobre multas de la Comunidad Económica Europea, en la cual, a partir de los arts. 85 y 86 del Trata-

(1) Véase TIEDEMANN, Lecciones de Derecho penal económico, PPU, Barcelona, 1993, p. 232 y ss. y Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2004, p. 121 y ss.

(2) Véase TIEDEMANN, Lecciones (n. 1), p. 232.

do de la Comunidad Europea, no solo se imponen multas a las empresas sino que **no es posible** imponer sanciones a las personas físicas que hayan actuado en nombre de la empresa(3). En la doctrina europea parece haberse consolidado la opinión favorable a la imposición de **sanciones administrativas** a las personas juridicas, lo cual, sin embargo, no significa que se haya alcanzado al respecto una convincente fundamentación dogmática del presupuesto de hecho de tales sanciones. Se observa, además, un creciente movimiento a favor del reconocimiento de una responsabilidad **penal** de las personas jurídicas(4). En la doctrina española, tras las primeras tomas de posición a favor de Zugaldía(5), se han sumado ya a esta tendencia otros varios penalistas(6).

Independientemente de la cuestión –que no es objeto específico de este estudio– de si es posible o no construir dogmáticamente una teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas, lo cierto es que las modernas legislaciones penales establecen un número mayor o menor de consecuencias jurídicas asociadas al delito cuando este se ha cometido en el curso de la actividad de una persona jurídica. Este es el caso del Código Penal español, el cual establece para las personas jurídicas unas consecuencias accesorias como las reguladas en su art. 129, según el cual: "1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias(7): *a)* Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carác-

(3) Lo que es criticado por la doctrina, véase por ejemplo TIEDEMANN, Lecciones (n. 1), p. 73 y Wirtschaftsstrafrecht (n. 1) p. 126 y ss.; SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho penal en Alemania", Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, p. 42.

(4) Véase, por ejemplo, ACKERMANN, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 1984, p. 186 y ss.; sorprendentemente HIRSCH, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände, Westdeutscher Verlag Opladen, 1993, p. 9 y ss.; FIGUEIREDO DIAS y LOPES ROCHA, en Direito penal económico, Coimbra, 1985, p. 27 y ss. y 109 y ss. respectivamente.

(5) Véase ZUGALDÍA, CPC núm. 11, 1980, p. 67 y ss., 80 ss.; *el mismo*, RPJ n.º 46, 1997, p. 327 y ss.; el msimo, en QUINTERO/MORALES (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, p. 885 y ss.; *el mismo*, CPC n.º 53, 1994, p. 613 y ss.; *el mismo*, en HURTADO/DEL ROSAL/SIMONS. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

(6) Véase, entre otros, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 2ª ed., Aranzadi, 2003; BACIGALUPO SAGESSE. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch, Barcelona, 1998; la misma, en Enrique Bacigalupo (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 81 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, en Enrique Bacigalupo (dir.). *Curso de Derecho penal económico*. 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 61 y ss.; GÓMEZ-JARA. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

(7) Este primer párrafo del art. 129.1, ha sido modificado por la LO 15/2003, de 23 de noviembre, en el sentido, por un lado, de ampliar la audiencia previa al ministerio fiscal, y por otro de dejar a salvo la aplicación de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica en el pago de la multa impuesta a sus administradores que sean condenados por un delito de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo apartado 2 del art. 31, el cual también ha sido introducido por aquella ley.

ter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años; *b)* Disolución de la sociedad, asociación o fundación; *c)* Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; *d)* Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años; *e)* La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado *a)* y la suspensión señalada en el subapartado *c)* del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma". Además de estas consecuencias reguladas en la Parte General, en la Especial se establecen de modo particular para determinados delitos algunas otras que, según una opinión muy extendida, también deben de ser adscritas a esta clase de las accesorias. Este es el caso, por ejemplo, de "la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social" por un tiempo determinado, prevista para el delito de blanqueo de capitales (art. 302.2.*b*) o para los delitos contra la Hacienda pública (arts. 305.1 y 308.3)[8].

II. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE EL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

La doctrina parte con razón de la premisa de que en un sentido **formal**, es decir, en vista de su expresa denominación por el mismo Código como "consecuencias accesorias", estas reacciones jurídicas no son penas ni medidas de seguridad, así como tampoco medidas reparadoras de daños o de indemnización de perjuicios[9]. De este modo, pues, se plantea un problema

(8) Véase, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN. *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 73 y ss.; *el mismo*, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 578 y ss.; dudoso OCTAVIO DE TOLEDO, en LH-Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1122 s. y 1125; ROCA AGAPITO. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. LEX NOVA, Valladolid, 2003, p. 74, nota 97. Críticamente, y atribuyéndole –a mi juicio, sin fundamento– la naturaleza de una **medida de seguridad**, véase BAJO/S. BACIGALUPO, Delitos contra la Hacienda pública, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 104 y 158; los mismos, *Derecho penal económico.* (n. 6), pp. 260 y 297.

(9) V., en este sentido, por ejemplo, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 81; GARCÍA ARÁN, en LH-Torio, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 326 y ss.; LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 57 y ss.; GARCÍA VICENTE et. alt., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas*

relativo a descubrir y a determinar cuál puede ser la naturaleza jurídica específica de estas consecuencias accesorias.

Sin duda, la denominación que se utilice en un contexto determinado para designar a un objeto no es siempre decisiva para dilucidar su auténtica naturaleza, pero hay que partir de que en la mayor parte de los casos sí tendrá ese valor decisivo en un sentido **negativo**, es decir, para descartar y excluir que el objeto designado por un nombre propio y diferenciado pueda tener la naturaleza propia de otros a los que se designa con otro nombre. Este parece ser el caso de las consecuencias accesorias, ya que no puede pensarse en que la elección de semejante denominación haya sido producto de un error en el uso del lenguaje, sino más bien de la determinación consciente de un legislador que se ha decidido por completar el dispositivo de consecuencias jurídicas del delito con una clase nueva y distinta de reacciones jurídicas respecto de las que –ya desde un principio– debe quedar descartado que tengan la naturaleza jurídica de penas, de medidas de seguridad, o la propia de la **responsabilidad** civil. Y esto es así por mucho que las mismas consistan en privaciones y restricciones de bienes y derechos, por mucho que estén ubicadas en el Código Penal, por mucho que la competencia para su imposición se atribuya al juez penal, y por mucho que su imposición deba figurar en el fallo de la sentencia penal, pues debería estar fuera de discusión que estos datos carecen de valor para determinar la naturaleza jurídica de una institución(10). La doctrina española, sin embargo, no tiene en cuenta estas elementales consideraciones y se afana desde el principio en quitar importancia –y en privar prácticamente de toda relevancia– a la precisa terminología empleada por el legislador. Partiendo de la observación de que las consecuencias en cuestión se traducen siempre en una intervención estatal sobre la esfera de un sujeto que –igual que en el caso de la imposición y aplicación de

procesales. Bosch, Barcelona, 1998, p. 350 y ss.; JORGE BARREIRO. En: Gómez Colomer/González Cussac (coordinadores). *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*). Castellón de la plana, 1997, p. 118; MAPELLI, en RP n.º 1, 1998, p. 49; AGUADO CORREA, *El comiso*. Edersa, Madrid, 2000, pp. 32 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, en LH-Valle (n. 6), p. 278 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, t. I, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 980. Para el Derecho alemán, que denomina a este conjunto de reacciones jurídicas «medidas» (§ 11.8 StGB), véase, también en el mismo sentido, MÜLLER-DIETZ, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, R.v. Decker's Verlag, Heidelberg/Hamburg, 1979, p. 67 y ss.; ZIPF, en Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht. Allgemeiner Teil 2, 7ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1989, p. 525, n.º 3; para el Código penal suizo, que las agrupa en sus arts. 57 a 62 bajo la denominación «otras medidas», véase STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1989, p. 39 y ss. Por otro lado, el PLOCP 1992, en su Exposición de Motivos, reconocía en ese sentido que estas consecuencias accesorias "no tendrían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad"; véase *Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 24.

(10) Véase al respecto GRACIA MARTÍN. RDPC n.º 13, 2004, p. 480 y ss.

penas y de medidas de seguridad– en todo caso supone materialmente la privación o restricción de bienes y de derechos de quien la sufre, la doctrina española prescinde por completo del dato terminológico, y, denostándolo incluso como perturbador, plantea el problema de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como uno para el que las únicas soluciones que se ofrecen a priori tienen que consistir en atribuirles materialmente bien la naturaleza de penas o de medidas de seguridad, que justamente se les niega en el plano formal y terminológico, o bien una naturaleza sui géneris que, en cualquier caso, tiene que ser de carácter **penal**(11).

Para un sector de la doctrina española, por ahora no mayoritario, las llamadas consecuencias accesorias, y, dentro de ellas, especialmente las medidas aplicables a empresas y organizaciones contenidas en el art. 129 CP, tienen la naturaleza jurídica propia de auténticas **penas**(12). Presupuesto necesario para poder sostener esta tesis es el reconocimiento de la **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, y por lo tanto la capacidad de acción y de culpabilidad de estas, pues los defensores de esta postura dicen y proclaman aceptar que, en todo caso, el fundamento de la pena no puede ser otro que la culpabilidad(13). En lo que concierne a la fundamentación y explicación del carácter de **penas** de estas consecuencias accesorias, la doctrina española que defiende esta tesis se caracteriza no por la pobreza y por la debilidad de los argumentos materiales que es capaz de esgrimir a su favor. En lo que alcanzo a ver, el carácter de pena de las consecuencias accesorias se

(11) V., por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS. *La Ley*. N.º 4136, de 3 de octubre de 1996, p. 2 ("en este tema hay que huir de la hipocresía dogmática, de los juegos de palabras, de la logomaquia, y no perder de vista que estamos ante consecuencias aflictivas que limitan los derechos de las personas jurídicas, por lo que lo fundamental es someterlas a los principios que inspiran el Derecho sancionador en el Estado de Derecho"); ZUGALDÍA. RPJ nº 46, 1998, p. 329, quien siguiendo a Rodríguez Ramos, añade además que el legislador, al referirse a ellas, "utiliza intencionadamente … un lenguaje enigmático y críptico … y no llama a estas sanciones ni penas ni medidas de seguridad"; GARCÍA ARÁN. En LH-Torio (n. 9), p. 327 ("poco puede esperarse de la coherencia terminológica de la ley y, desde un punto de vista material podríamos preguntarnos si las denominadas consecuencias accesorias son, en realidad, penas aplicables a las personas jurídicas; pero, por la misma razón, podríamos preguntarnos también si son medidas de seguridad"); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Bases (n. 6), p. 209 y ss. ("el legislador de 1995 lo que ha hecho es eludir una cuestión de fondo … acudiendo a una fórmula terminológica, donde no aparecen claros los fundamentos de tal consecuencia"; ello no obstante, el legislador "sanciona, pero no le denomina sanción" y ahí radica "la contradicción de la norma", en que la hace "funcional para cierta eficacia simbólica, en base al 'fraude de etiquetas'").

(12) V. en este sentido, ZUGALDÍA. RPJ nº 46, 1998, p. 332 y ss.; el mismo, Artículo 129, en Cobo (dir.), Comentarios al Código penal, Tomo IV, artículos 95 a 137, Edersa, Madrid, 1999, p. 1053 y ss.; el mismo, en LH-Valle (n. 5), p. 896 y ss.; se adhiere BACIGALUPO SAGESSE. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (n. 6), p. 284 y ss.; la misma, en BAJO/S. BACIGALUPO. *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, nota 33 de p. 152; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Bases (n. 6), p. 213, si bien esta autora, a diferencias de los anteriores, reivindica la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 solo de *lege ferenda*.

(13) V. por todos ZUGALDÍA. RPJ nº 46, 1998, p. 337 y ss. y ya con anterioridad a la vigencia del CP 1995 en CPC nº 53, 1994, p. 620 y ss.

fundamentaría, según esta doctrina, en primer lugar, y de un modo negativo, en que si las mismas no pueden ser ni medidas de seguridad penales, ni medidas de carácter no penal, ni reacciones indemnizatorias civiles, entonces y forzosamente solo puede quedar para ellas el carácter de penas(14), en segundo lugar, por que las consecuencias accesorias solo podrían tener como fundamento la culpabilidad de la persona jurídica(15), y en tercer lugar, por que "si realizamos un proceso de abstracción para establecer su conceptualización, observamos que se trata de privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial (última parte del precepto)" y porque esto "coincide materialmente con el concepto de pena"(16). Además, la referencia a la prevención especial en el art. 129.3 no convierte a las consecuencias accesorias en medidas de seguridad, pues la pena también se orienta a ese fin(17).

A las consecuencias accesorias se las designa frecuentemente con el nombre de **medidas de seguridad**, pero esta denominación no se utiliza en general en un sentido estricto, pues mayoritariamente se rechaza que aquellas tengan la naturaleza propia de las auténticas medidas de seguridad, es decir, de

(14) Así sobre todo ZUGALDÍA, RPJ nº 46, 1998, p. 331 y ss. [si "no son instrumentos reparatorios civiles porque no tienden en absoluto a reequilibrar patrimonios" (p. 331); si no pueden ser "sanciones administrativas, porque (…) no dejarían de ser unas *extrañas* sanciones administrativas aquellas que están previstas por el Código Penal, impuestas por el Juez **Penal**, como consecuencia de una infracción **penal**, en el curso de un procedimiento **penal** y orientadas a los fines de la **pena**" (p. 332); si tampoco pueden ser "consecuencias jurídicas preventivas reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción porque de ser así no tendrían por que estar sometidas, y esto es inadmisible, a las garantías constitucionales exigidas para el Derecho sancionador"; si tampoco pueden ser "sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica", porque entonces se trataría a esta como a un "objeto" y porque en tal caso la consecuencia debería afectar solo a la persona física (p. 332); y si, finalmente, tampoco puede ser medidas de seguridad porque estas "no exigen la culpabilidad de quien las sufre y las consecuencias accesorias sí" y porque ello "obligaría a redefinir (…) el concepto de peligrosidad pasando del biosicológico de la persona física a otro 'objetivo' –no recogido en el CP– para la persona jurídica" (p. 333); de ahí que, según ZUGALDÍA, no sea posible llegar a conclusión distinta a que "si llamamos penas a las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad (sancionan a los autores culpables) y llamamos medidas de seguridad a las sanciones penales limitadas por el principio de proporcionalidad (ya que operan en ausencia o aminoración de culpabilidad), **las consecuencias accesorias del artículo 129 constituyen auténticas penas**", pues si el TC exige una culpabilidad propia de la persona jurídica para poder imponerle una sanción, y "si la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP a la persona jurídica exige como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica" entonces, y por fuerza, "**es que esas consecuencias accesorias son penas**" (pp. 332 s.)]; en idéntico sentido se expresa ZUGALDÍA, Artículo 129 (n. 12), pp. 1051 ss. y en LH-Valle (n. 5), p. 895 y ss.; y adhiriéndose en todo a su opinión, BACIGALUPO SAGESSE. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (n. 6), p. 284 y ss.

(15) Así ZUGALDÍA, como en nota anterior.

(16) V., en este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Bases (n. 6), p. 213.

(17) V., en este sentido, ZUGALDÍA, RPJ nº 46, 1998, p. 333: el mismo, Artículo 129 (n. 12), p. 1053; el mismo, LH-Valle (n. 5), p. 896; BACIGALUPO SAGESSE. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (n. 6), p. 286.

las que encuentran su fundamento en la peligrosidad criminal(18). El análisis de las elaboraciones y explicaciones doctrinales sobre las consecuencias accesorias pone de relieve que, en realidad, se las entiende generalmente como sanciones de carácter penal diferentes no solo de las penas, sino también de las medidas de seguridad en sentido estricto tanto por los fundamentos de su aplicación como por las finalidades específicas que se les atribuye(19). No obstante, Conde-Pumpido Ferreiro parece atribuirles el carácter de medidas de seguridad en sentido estricto, pues según él "la naturaleza de tales 'consecuencias' es la propia de una medida de seguridad, en cuanto su fin confesado es preventivo y su fundamento la peligrosidad de una actividad revelada por la comisión de un hecho delictivo, tal como exige el artículo 6.1 del Código Penal"(20).

Prescindiendo aquí de matices tanto terminológicos como de fondo, en la doctrina española se ha impuesto como mayoritaria la tesis de que las accesorias constituyen una nueva y cuarta clase de consecuencias jurídicas del delito, cuya naturaleza jurídica en general es la de **sanciones o medidas sui géneris** diferentes de la pena y de las medidas de seguridad pero que, en cualquier caso, tienen un carácter asimismo **penal**(21). Como sucede con las tesis

(18) Sobre ellas, véase por todos, GRACIA MARTÍN. En: Gracia/Boldova/Alastuey. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, capítulo XI, p. 429 y ss.

(19) Así sucede de modo paradigmático en la doctrina alemana que elabora un específico Derecho penal de medidas para personas jurídicas; cfr. al respecto la clara y magnífica exposición crítica de FEIJOO. *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Civitas, Madrid, 2002, p. 113 y ss.

(20) Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Código penal*. t. I, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 1563 y ss., donde añade, además, que "el propio legislador, pese a su propósito de desligar en este artículo las 'consecuencias accesorias' que regula de las medidas de seguridad objeto del Título IV, del Libro I, traiciona con frecuencia su subconsciente de estimarlas como medidas de seguridad, cuando en el Libro II, y al imponerlas como sanción de determinados delitos, pasa a denominarlas *medidas* y no *consecuencias*". También SILVA SÁNCHEZ considera ahora que estas medidas contra personas jurídicas tienen la naturaleza de "medidas de seguridad jurídico-penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de la lesión de una norma jurídico-penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro"; véase *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 347. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que SILVA entiende que también la peligrosidad de la persona física se basa en la mera lesión de normas de valoración y en el pronóstico de futuras lesiones de esa misma clase de normas; cfr. *infra* nota 46. Recientemente, manifiesta un completo acuerdo con la tesis de Silva, si bien de *lege ferenda*, MIR PUIG, RECPC 06-01 (2004), p. 6 nota 19.

(21) Véase, en este sentido, con diversos matices, LUZÓN PEÑA, Curso I (n. 9), p. 58 («las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídico-penal»); MUÑOZ CONDE, RP, n.º 1, 1998, p. 71 («sanciones de carácter penal aplicables a personas jurídicas»); MARTÍNEZ-BUJÁN, Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 540 («no son meramente administrativas, sino propias del Derecho penal»); ARROYO ZAPATERO, RP, n.º 1, 1998, p. 14 («consecuencias accesorias con idénticos efectos preventivos a las penas»); MAPELLI, en RP n.º 1, 1998, p. 53 ("consecuencias muy próximas a las medidas de seguridad"); TERRADILLOS, RP, n.º 1, 1998, p. 80 ("otro tipo de consecuencias jurídico-penales"); AGUADO CORREA, El comiso (n. 9), p. 36 ("las consecuencias accesorias tienen carácter de sanción penal"); FERNÁNDEZ PANTOJA, Título VI. De las consecuencias accesorias, en Cobo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, artículos

anteriormente expuestas, la atribución de un carácter precisamente **penal** a estas consecuencias está motivada fundamentalmente por la preocupación de dotarlas de garantías idénticas o similares a las que rigen para penas y medidas de seguridad, dado que aquellas, como estas, también consisten en la imposición de una privación o restricción de derechos y de bienes que encuentra su fundamento en la previa comisión de un delito(22). Ahora bien, esta tesis tiene que enfrentarse de inmediato a la cuestión relativa a cómo es posible que pueda atribuirse un carácter específicamente **penal** a unas medidas que, sin embargo, no tienen naturaleza ni de pena de ni de medida de seguridad. Esta cuestión la resuelve la doctrina mayoritaria en el sentido de que si bien el supuesto de hecho de las consecuencias accesorias sería uno diferente a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal, su naturaleza tiene que ser no obstante penal porque también se orientarían a algunos de los fines propios de las penas y de las medidas, en particular a los de prevención especial.

Según la opinión mayoritaria, el supuesto de hecho de las consecuencias accesorias estaría constituido por la "peligrosidad", pero entendida no como estado subjetivo que revela la probabilidad de comisión en el futuro de hechos delictivos por el sujeto peligroso, sino como **peligrosidad objetiva**. Esta se define como la probabilidad de comisión futura de hechos delictivos por determinadas personas, pero no en razón de su inclinación o predisposición subjetivas a la comisión de delitos, sino en virtud de su relación o contacto con ciertas cosas, objetos y situaciones objetivas, o en razón de su implicación y participación en la práctica de determinadas actividades(23)/(24).

95 a 137, Edersa, Madrid, 1999, p. 945 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, en LH-Valle (n. 6), p. 280 ("nueva categoría penal con características propias"); DE LA CUESTA ARZAMENDI, en LH-Barbero Santos (n. 9), p. 980 y ss. ("nueva categoría penal de respuesta al delito"); FEIJOO. Sanciones para empresas (n. 19), pp. 109, 139 y 147 ("se trata, pues, de consecuencias que pertenecen al Derecho penal"); OCTAVIO DE TOLEDO, en LH-*Cerezo Mir* (n. 8), p. 1129 ("las consecuencias accesorias de que se ocupa el artículo 129 CP poseen carácter penal"); TAMARIT, en LH-*Cerezo Mir* (n. 8), p. 1163 ("tercera forma de sanciones penales"); GUARDIOLA LAGO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004p. 117 ("naturaleza de sanciones penales en sentido amplio"). Esta parece ser también la tesis de la jurisprudencia, como se aprecia en STS de 20 de septiembre de 2002, al decir respecto del comiso que "no constituye una pena por no incluirse en el catálogo del art. 33 CP, lo que no impide que esté sometido a los principios de **culpabilidad**, proporcionalidad y legalidad".

(22) Así lo dicen expresamente la mayor parte de los autores citados en nota anterior; *cfr*. por todos, FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), pp. 109 y 146 y ss.

(23) Este concepto de peligrosidad objetiva o de la cosa se debe fundamentalmente a la doctrina alemana, y en especial a SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958, pp. 199 ss., 230 ss.; SEILER, *Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967, pp. 258 ss.; BRICOLA, "Il costo del principio "societas deliinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenómeno societario", en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1970, p. 1013; y en nuestra doctrina, ya antes del CP 1995, fue asumida entre otros, y por ejemplo, por BAJO FERNÁNDEZ, Derecho penal económico, Ed. Civitas, Madrid, 1971, pp. 118 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1977, pp. 230 s; *el mismo*, "Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal", en S. Mir (ed.), «*La*

Y en lo que concierne a la estricta atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias mismas como tales, la doctrina mayoritaria considera que aquella se funda en que las mismas, de igual modo que penas y medidas de seguridad, no solo pueden tener un carácter represivo, sino sobre todo en que sirven a los fines de prevención, particularmente a los de prevención especial –y eventualmente a los de prevención general–, y que esta finalidad preventiva es, además, precisamente la que les asigna expresamente el propio art. 129 del CP, al decir que "las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a **prevenir** la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma". Por otro lado, su imposición conlleva la privación de derechos y de bienes, están previstas en la ley penal, se aplican por un órgano judicial penal en un proceso penal y como consecuencia de la comisión previa de un delito(25).

III. CRÍTICA DE LAS DIFERENTES ATRIBUCIONES DE NATURALEZA PENAL A LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

En mi opinión, las tesis expuestas favorables a la atribución de la naturaleza de penas o de medidas de seguridad a las consecuencias accesorias son

reforma del Derecho penal», Bellaterra, Barcelona, 1980, p. 178; GRACIA MARTÍN, Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, p. 104 y ss.; ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, Bosch, Barcelona, 1986, p. 72 y ss.

(24) Así, dentro del sector doctrina que atribuye naturaleza *penal* a las consecuencias accesorias, consideran que la peligrosidad objetiva o de la cosa constituye el fundamento de las mismas, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, Parte General (n. 21), p. 231 y ss. ("peligosidad sintomática, objetiva o instrumental de la persona jurídica"); TERRADILLOS, RP, n.º 1, 1998, p. 80 (peligrosidad "derivada objetivamente de la utilización de la estructura de la persona jurídica") y en relación con el PCP 94, TERRADILLOS, Derecho penal de la empresa, Trotta, Madrid, 1995, p. 62 ("tendrían como presupuesto la llamada peligrosidad objetiva de la entidad, que no es sino la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales"); FERNÁNDEZ TERUELO, en LH-Valle (n. 6), p. 280 ("peligrosidad objetiva de la cosa [sociedad, local, etc.]"); FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), pp. 139 y ss., 147 y ss, 154 y ss. ("esta reacción jurídico-penal *sui generis* tiene su fundamento en la 'peligrosidad objetiva o instrumental' o 'peligrosidad de la cosa' [p. 139]"); OCTAVIO DE TOLEDO, en LH-*Cerezo Mir* (n. 8), p. 1132 ("peligrosidad criminal objetiva"); MIR PUIG, en RECPC 06-01 (2004) http://criminet.ugr.es/recpc, p. 4 ("la peligrosidad de un instrumento").

(25) V. en este sentido, por ejemplo, MAPELLI, en RP n.º 1, 1998, p. 53 ("todas ellas [son] de carácter preventivo"); FERNÁNDEZ PANTOJA, Título VI. De las consecuencias accesorias (n. 21), p. 945 ("figura híbrida orientada fundamentalmente por fines preventivos"); AGUADO CORREA, El comiso (n. 9), p. 36 ("ya que son impuestas por un órgano penal, están previstas en una ley penal, tienen una función preventiva e incluso represiva, e implican la restricción de derechos tan fundamentales"); OCTAVIO DE TOLEDO, en LH-*Cerezo Mir* (n. 8), p. 1132 ("normalmente también desplegarán efectos preventivo generales … [aunque] únicamente cabe imponer las indicadas consecuencias accesorias de la pena si se aprecia la concurrencia del presupuesto preventivo especial a que se refiere el número 3 del artículo 129 CP"); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases (n. 6), p. 213 ["se trata de privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial (última parte del precepto)]"; esta última autora considera, sin embargo, que de las consecuencias accesorias deberían ser penas *lege ferenda*.

insostenibles. Pese a las profundas diferencias que existen entre las tres posturas examinadas, parece que todas ellas comparten ciertos postulados comunes que, a mi juicio, no son convincentes. La tesis conforme a la cual estas consecuencis serían sanciones o medidas sui géneris de carácter **penal**, parte de presupuestos que en algún caso son absolutamente correctos, pero aun así considero que tampoco es aceptable.

El argumento de que todo lo relativo a las consecuencias accesorias está vinculado a un contexto penal, es decir, que están reguladas en el Código **penal**, que son consecuencias **del delito**, que se imponen en un proceso **penal** por un órgano jurisdiccional **penal** y en el fallo de una sentencia **penal**, y de que las mismas, además, consisten materialmente en la privación o restricción de bienes y derechos del sujeto a quien se imponen, no es decisiva para fundamentar una naturaleza jurídica precisamente **penal** de las consecuencias accesorias. Para ello, basta con reparar en que **todas** estas circunstancias, sin excepción, se dan también en la responsabilidad civil derivada del delito[26], cuya naturaleza jurídica, aun siendo una consecuencia **del delito** es inequívocamente **civil**[27]. De aquí debería resultar, pues, que las mencionadas circunstancias no dicen absolutamente nada ni a favor ni en contra de la supuesta naturaleza penal de las consecuencias accesorias[28] y, en consecuencia, que los argumentos que giran en torno a las mismas no pueden ser atendidos en ningún debate riguroso sobre la materia que nos ocupa.

Lo mismo cabe oponer al argumento de que la atribución de una naturaleza **penal** a las consecuencias accesorias venga exigida por el hecho de que las mismas consistan materialmente en la privación o restricción de bienes y derechos del afectado. Por si los ejemplos relativos a la medidas cautelares de naturaleza **procesal** de la detención y de la prisión provisional no fueran ya suficientemente demostrativos de la falta de rigor y de validez de este argumento, recordaremos no solo ya que todas las sanciones **no penales** consisten en privaciones y restricciones de bienes y derechos, sino sobre todo

(26) Salvo las relativas al proceso penal en los casos, claro está, en que, de acuerdo con lo previsto en el art. 112 LECri., el actor haga reserva de ejercitar la acción civil con posterioridad al juicio criminal.

(27) Cfr. sobre ello, ampliamente, GRACIA MARTÍN. En: Gracia/Boldova/Alastuey. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 36 ss. y el aparato científico civil y penal ahí manejado.

(28) Cfr. GRACIA MARTÍN, RDPC n.º 13, 2004, p. 480. No veo, pues, justificada la afirmación que hace FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), pp. 146 s., en el sentido de que porque "no le falta cierta razón a Zugaldía Espinar cuando señala frente a la posición de Cerezo Mir que, con independencia de que la aplicación de una consecuencia por los órganos de la Justicia penal no sea un dato determinante de la naturaleza de dicha consecuencia como mantiene la doctrina dominante, no dejan de ser unas 'extrañas' sanciones administrativas aquellas que están previstas por el Código Penal, son impuestas por un órgano jurisdiccional penal como consecuencia de una infracción penal, en el curso de un proceso penal", entonces "se trata, pues," –concluye Feijoo– "de consecuencias que pertenecen al Derecho Penal".

–y por si acaso se estima que esto remite a un plano solo formal–, que el ordenamiento jurídico conoce y dispone de multitud de reacciones o de consecuencias jurídicas específicas que pese a afectar materialmente a bienes y derechos –algunos de ellos idénticos a los que se ven afectados incluso por la penas criminales– ni siquiera tienen naturaleza y carácter de **sanción** de ninguna especie. Este es el caso, por ejemplo y sin que pueda haber discusión al respecto, de todo el arsenal de medidas, instrumentos y aplicaciones prácticas de la denominada "coacción administrativa"(29) (entre los que cuentan, por ejemplo, las llamadas "multas coercitivas", que no tienen "**nada** que ver con las multas-sanción"(30), todas las formas de "compulsión directa sobre las personas"(31), o el desahucio administrativo(32)), y ese es el caso también, y sobre todo, del dispositivo de "operaciones administrativas de gravamen" o de policía(33), entre las cuales cuentan desde luego las sanciones, pero también otras manifestaciones que nada tienen que ver con lo sancionador y que, por ello, se encuentran sustraídas a los principios del Derecho sancionador. En efecto, como describe García de Enterría, "la actividad administrativa de policía se caracterizaría por ser una actividad de **limitación de derechos de los ciudadanos**, con objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad, y tal actividad se expresaría en ***formas típicas***, las más peculiares de las cuales serían **órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones**"(34). A estas formas típicas de actividad administrativa de policía que suponen limitaciones –a veces considerablemente onerosas– de bienes y de derechos, y que no obstante carecen de modo absoluto de la naturaleza de sanción, pertenecen todas aquellas que caen en el ámbito de las llamadas "potestades ablatorias reales", mediante cuyo ejercicio ya "no (solo) se limitan los derechos afectados, sino que más bien **se destruyen, se extinguen como tales derechos**, total o parcialmente"(35). Es especialmente

(29) *Cfr.* sobre ello TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en García de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 763 y ss.

(30) Así, literalmente, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en Curso I (n. 29), p. 779; además, véase Ignacio PEMÁN GAVIN, El sistema sancionador español, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 88 y ss.

(31) V. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en Curso I (n. 29), p. 781. Esta compulsión sobre las personas "se traduce pura y simplemente en el empleo de fuerza sobre las personas, eliminando la libertad de las mismas", hasta el punto de que Tomás-Ramón Fernández, (loc. cit.) se ve en la necesidad de advertir que los límites de su ejecución los traza el respeto debido a la persona humana y a los derechos fundamentales.

(32) V. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en Curso I (n. 29), p. 782.

(33) V. sobre ellas, en general y en particular sobre algunas, GARCÍA DE ENTERRÍA, en García de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho administrativo II, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 104 y ss.

(34) V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), p. 104 y ss., los subrayados son míos, y en la enumeración que hace García de Enterría de las formas más peculiares de esta actividad administrativa he dejado sin subrayar "sanciones" para realzar y enfatizar que las otras tienen una naturaleza diferente pese a que también consisten en una actividad **limitativa de derechos y de bienes**.

(35) V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), p. 120 (el resaltado es nuestro).

ilustrativo que entre los instrumentos específicos o típicos de ejercicio de una potestad **no sancionadora** como la indicada, estén incluidas medidas como la **incautación de industrias**(36), y sobre todo que "entren también dentro del género de la ablación real los **comisos y decomisos** (administrativos) de instrumentos de actuación ilícita, o peligrosos para la salubridad, o de objetos o productos obtenidos ilegalmente"(37). Esto debiera bastar ya para poner en desahucio al argumento de que si las consecuencias accesorias consisten en la afectación de derechos y bienes, tienen que tener **por eso** una naturaleza penal. Como se ha demostrado, existen multitud de intervenciones jurídicas en que tal circunstancia no da lugar a la configuración de los correspondientes instrumentos ni siquiera como **sanciones** ni por ello mismo a someterlos a los principios del Derecho sancionador(38).

Como ha puesto de relieve de un modo parcial Feijoo, carece de fundamento la justificación de la atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias en virtud de una supuesta necesidad de someterlas a las garantías **penales**(39) (o a las del Derecho sancionador). Según el autor citado, esta argumentación presenta ya un defecto de fundamentación si se tiene en cuenta que la doctrina y el Tribunal constitucional mantienen una tesis unitaria respecto de los principios del Derecho sancionador (penal y administrativo)(40). Desde esta perspectiva garantista, pues, nada cabría oponer a la atribución a las consecuencias accesorias de una naturaleza sancionadora meramente **administrativa**. Pero además, contra la tesis favorable a atribuirles naturaleza penal, cabe decir que, desde el punto de vista del principio de última ratio, no deja de ser preocupante "abogar por una intervención penal en sentido estricto por razones garantistas para el sujeto activo del delito", pues ello "resulta chocante en un Estado de Derecho"(41). Por otro lado, y como también dice con razón Feijoo, "no es obligatorio llegar a la conclusión de que las penas en sentido estricto implican mayores garantías que otras consecuencias jurídicas que pueden imponer órganos jurisdiccionales penales (…) y, desde luego, no existen diferencias sustanciales con respecto a las garantías

(36) V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), p. 122.
(37) V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), p. 123.
(38) Al respecto, debe advertirse que no debe llevar a engaño el hecho de que en el lenguaje ordinario, e incluso en contextos técnicos que no necesitan de precisión, se utilice con frecuencia la palabra "sanción" para designar a lo que a todas luces no lo es. Sobre ello, véanse las advertencias y precisiones que hace Ignacio PEMÁN GAVIN, El sistema sancionador español (n. 30), pp. 47, 60, 62 y ss., 69 y 76. Asimismo, véase GRACIA MARTÍN, "Prólogo" a José Luis Castillo Alva. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Idemsa, Lima, 2001, pp. 44 y ss., 53 y ss.
(39) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal", en Consejo General del Poder judicial, *Manuales de Formación Continuada*, n.º 14, 2002, p. 346 y ss.
(40) V. FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 107.
(41) V. FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 107.

procesales cuando un órgano jurisdiccional penal se ocupa de una determinada consecuencia"[42].

No comprendo bien, sin embargo, la razón por la que Feijoo, que opone esta impecable argumentación contra la tesis que reivindica naturaleza de **pena** para las consecuencias accesorias, utiliza al final el argumento de las garantías en idénticos términos que aquella para reivindicar él mismo que las consecuencias accesorias, aunque no sean penas ni medidas de seguridad, tengan que ser comprendidas como consecuencias de naturaleza **penal**[43]. Es cierto que Feijoo advierte sobre la relativa importancia que cabe atribuir a la mera denominación, pero ello no afecta en nada a lo esencial de su tesis, que se resume en que, **por razones garantistas**, las consecuencias accesorias –se las denomine como se las denomine– deben someterse a los principios y garantías del Derecho sancionador[44]. Las objeciones que opone Feijoo a la consideración de las consecuencias accesorias como penas por razones garantistas, sin embargo, son completamente válidas, y en los mismos términos, no solo frente a la configuración de las mismas como consecuencias **penales**, sino también frente a su configuración como **sanciones** de cualquier especie, es decir, en general frente a la reivindicación de que las mismas deban someterse a –y regirse por– los principios del Derecho **sancionador**. Negar a dichas reacciones jurídicas una naturaleza no solo penal, sino sancionadora no implica bajo ningún concepto ni circunstancia que la imposición de las mismas quede huérfana de garantías, del mismo modo que multitud de reacciones (consecuencias) jurídicas que evidentemente carecen de esa naturaleza están rodeadas también de garantías apropiadas y suficientes. A este respecto, convendría no olvidar que muchas de las garantías de que está dotado el Derecho Penal y el Derecho sancionador en general, no constituyen ni mucho menos un monopolio de este sector, sino que son garantías básicas y comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, por tanto también a los no sancionadores, y que si bien experimentan en los diferentes campos jurídicos concreciones y derivaciones específicas impuestas por las características de la materia de cada uno, en ningún caso resultan afectadas en su núcleo por

(42) V. FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 108, donde ilustra la afirmación con los ejemplos de la detención y de la prisión provisional, las cuales, conforme al art. 34 del CP, no se reputan penas.

(43) V. FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 109 ("por razones garantistas se puede insistir en que las consecuencias para empresas son consecuencias penales pero no es preciso mantener su carácter de penas"). Sin embargo, en "La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?". En: *Revista Peruana de Ciencias penales*. N.º 9, Año V, p. 264 y ss., Feijoo, remitiéndose además a una investigación suya anterior, las califica como "medidas de índole preventivo-policial".

(44) V. FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 109 ("incluso se debe tener en cuenta la relativa importancia de esta denominación [sc. penales] ya que en todo el Derecho sancionador, no solo en el Derecho penal, existen ciertas garantías materiales y procesales básicas que son propias de un Estado de Derecho").

tales concreciones. Piénsese, por ejemplo, en principios y garantías como los de legalidad, de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, y, sobre todo, en los de necesidad y proporcionalidad. Ahora bien, si esto es así, entonces, y tomando las palabras y argumentos mismos de Feijoo, pero ahora en contra de su propia tesis favorable a reconocer a las consecuencias accesorias naturaleza penal o sancionadora, tampoco es concluyente que el sometimiento de una determinada intervención estatal a los principios y garantías del Derecho Penal o del sancionador en general, implique que dicha intervención esté rodeada de garantías superiores a las que revisten las intervenciones estatales que no están sometidas al Derecho sancionador porque carecen de naturaleza sancionadora. Una tesis, pues, que atribuya a las consecuencias accesorias la naturaleza de reacciones jurídicas **no sancionadoras**, por ejemplo la de medidas propias de la más arriba descrita potestad ablatoria real de la Administración, no solo no dejaría desprovistas de garantías constitucionales a las mismas, sino que las dotaría inmediatamente de todo el arsenal de garantías que ofrece a tales medidas el Estado de Derecho y que se muestra además como el adecuado y suficiente para tales medidas(45).

Por otro lado, creo que el sometimiento de las consecuencias accesorias a los principios y garantías del Derecho sancionador sería perturbador y disfuncional, pues entonces aquellas no podrían cumplir sus finalidades de modo satisfactorio. Es cierto que los diferentes campos jurídicos conocen y monopolizan garantías específicas que no están presentes en otros sectores jurídicos diferentes. Este sería el caso, por ejemplo, de la garantía del principio de culpabilidad, que es una propia del Derecho sancionador y ajena por completo a las consecuencias jurídicas propias de ese Derecho Administrativo de potestades ablatorias del que hemos hablado más atrás. Estas garantías propias y específicas de un determinado sector jurídico, sin embargo, constituyen una exigencia necesaria de –y, por ello, vienen impuestas por– la propia estructura lógico-objetiva de la singular materia que es objeto de su regulación y que

(45) Sobre los arsenales de garantías constitucionales de que están dotadas todas estas manifestaciones no sancionadoras de la intervención estatal, y, por ello, sobre la absoluta conformidad de las mismas con el Estado de Derecho, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso I (n. 29), p. 782 y ss. (para los medios de ejecución forzosa) y p. 795 y ss. y 798 y ss. (para el ejercicio de coacción administrativa directa), y GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), p. 104 y ss., 110 y ss. y 114 y ss. (para la actividad administrativa limitativa de derechos). Por todo ello, solo de radicalmente insostenibles e inadmisibles pueden ser calificadas las simples –y, en absoluto argumentadas– afirmaciones de Guardiola Lago en el sentido de que mis tesis supondrían una vulneración de garantías constitucionales; véase GUARDIOLA LAGO. La responsabilidad penal (n. 21), p. 83 y ss. Por otro lado, el círculo vicioso en que incurre esta autora es patente. Según ella (Ob. cit., p. 115) "la negación del carácter sancionador a las consecuencias accesorias conduciría a una aplicación de las mismas sin respetar siquiera los mínimos principios garantistas expresados en la Constitución para toda imposición de sanciones". Esto, naturalmente, es así y no puede ser de ningún otro modo. Pues ¿cómo se van a aplicar las garantías del Derecho sancionador a lo que no son, de ningún modo que se las mire, **sanciones**?

ha sido delimitada así por dicho sector, es decir, con **esos** precisos elementos estructurales y no con otros diferentes, precisamente en función de los fines específicos que persigue y le compete realizar. De este modo, parece obvio que será incompatible con el fin de una determinada regulación jurídica, y por ello perturbador, tanto la sustracción a la misma de alguna de las garantías que necesariamente impone la materia que le es propia de acuerdo con la finalidad de la regulación, como también la **adición** de garantías propias de una regulación diferente que aquella materia no solo no impone o exige en absoluto, sino que para ella son, por eso mismo, absolutamente innecesarias. Pues bien, a esto precisamente llevaría, sin duda, el sometimiento de las consecuencias accesorias de los arts. 127 a 129 CP a los principios y garantías del Derecho sancionador, pues ello dotaría a las mismas de un régimen jurídico inadecuado y disfuncional, es decir, contrario a su finalidad. Si se les atribuyera la naturaleza de una **pena**, entonces deberían quedar sometidas de inmediato a la garantía del principio de culpabilidad, de modo que solo podrían ser impuestas a sujetos que hayan sido declarados culpables. Pero entonces, en los casos en que no haya ningún culpable por el hecho realizado, el fin de estas consecuencias no podrá ser cumplido pese a la necesidad existente de que se cumpla en el mismo grado y medida que cuando hay un sujeto culpable. En efecto, pues el riesgo de comisión de nuevos delitos con los instrumentos peligrosos o a través de la persona jurídica desorganizada, o la situación patrimonial ilícita creada por el hecho antijurídico realizado existen igualmente y, por ello, están necesitados, respectivamente, de prevención o de remoción mediante la aplicación, también respectivamente, del comiso de los instrumentos, de la intervención sobre la persona jurídica o del comiso de las ganancias, aunque no haya ningún sujeto que haya podido ser declarado culpable. Lo mismo cabría decir si la naturaleza que se atribuyera a las consecuencias accesorias fuera la de las **medidas de seguridad**, pues en tal caso las posibilidades de satisfacción de sus fines quedarían condicionadas a la efectiva comprobación de la existencia de un sujeto criminalmente peligroso. Es cierto no obstante, que sería posible atribuir a las consecuencias accesorias una naturaleza –al menos nominalmente– penal, y entender que el supuesto de hecho de aplicación de las mismas esté constituido únicamente, según la clase de consecuencia de que se trate en cada caso, por la peligrosidad objetiva o de la cosa o por la situación patrimonial ilícita, y que la culpabilidad y la peligrosidad queden completamente fuera de él. En este caso, desde luego, sí podrían satisfacerse, en principio, las finalidades de las consecuencias accesorias del delito también en los supuestos en que no hubiera ningún sujeto culpable ni criminalmente peligroso. Pero de este modo, el Derecho penal **material** estaría absorbiendo –y también usurpando– campos que únicamente competen al Derecho Administrativo y al Derecho Civil. Esto, desde luego, no tendría que ser por sí mismo digno de rechazo, pero

en este caso debe serlo, no obstante y de un modo contundente, solo por la razón de que, como ya hemos visto y nadie discute, si hay alguna naturaleza jurídica que pueda ser negada con toda seguridad a las consecuencias jurídicas **típicas** de la peligrosidad objetiva o de la cosa o de las situaciones patrimoniales ilícitas, aquella no es otra que la **sancionadora**. No veo entonces cómo podría justificarse y explicarse que el Derecho sancionador en general, pero sobre todo el Derecho penal en particular, asumiera funciones y tareas claramente no sancionadoras, y tampoco veo qué se gana con denominar **sanciones** (penales o administrativas) a algo que, como es el caso de las consecuencias accesorias, carece claramente de ese carácter tanto por su fundamento como, sobre todo, por su finalidad. Por todo lo expuesto, si el argumento de las garantías se analiza en profundidad, se vuelve contra la pretensión de convertir a las consecuencias accesorias en consecuencias jurídicas de naturaleza penal o de naturaleza sancionadora en general.

Si dejamos de lado ahora al comiso de la ganancia, el cual tiene una naturaleza inequívocamente civil, es cierto que todas las demás consecuencias accesorias tienen una finalidad **preventiva**, tal y como establece expresamente el art. 129.3 CP para las medidas aplicables a personas jurídicas. Ahora bien, carece del mínimo fundamento remitir a **esta** finalidad preventiva –y deducir luego de ella– la necesidad de atribuir naturaleza penal o sancionadora a las consecuencias accesorias. Esto sería correcto únicamente si resultara que la finalidad preventiva de tales consecuencias fuera la propia de las penas y de las medidas de seguridad –e incluso de las sanciones administrativas–, es decir, si se tratara de la prevención especial o, en su caso, de la prevención general, como parecen creer algunos representantes de la teoría de la naturaleza penal de estas consecuencias. Ocurre, sin embargo, que tiene que calificarse como errónea cualquier identificación que se haga de la finalidad preventiva de las consecuencias accesorias con la finalidad preventiva **penal** e incluso sancionadora en general, pues mientras que la primera es una prevención de aseguramiento frente a cosas o estados de cosas, la segunda es una prevención disuasora de voluntades(46). En efecto, como ha

(46) De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ. La responsabilidad penal (n. 39), pp. 344 s. al entender, en el sentido de JAKOBS, que la prevención especial en el Derecho penal de medidas (de seguridad en sentido estricto) se orienta a la "estabilización cognitiva de la norma", y que sus efectos "tienen lugar básicamente por vía causal-fáctica". Esta posición lleva a SILVA a sustraer del presupuesto de aplicación de las medidas a todos los factores subjetivos del hecho, como el dolo, y a entender, por un lado, que para que se dé aquel presupuesto basta con "la realización de un hecho **objetivamente** antijurídico de carácter penal (lesivo de una norma de valoración), sin que sea preciso que concurran ni la acción en sentido psicológico ni el dolo ni la imprudencia", y, por otro, que "la peligrosidad de futuro debe referirse tan solo a la probabilidad de realizar hechos objetivamente antijurídicos –de carácter penal– en el futuro y no requiere tampoco que esos hechos futuros hayan de mostrarse como acciones típicamente antijurídicas, en lo objetivo y en lo subjetivo" (Ob. cit., p. 345). Aunque es evidente que no puedo compartir estas tesis, no me es posible plantear y desarrollar aquí una toma de posición ante la misma, pues dado el

destacado Hirsch, "los fines de la pena o fines del Derecho penal se refieren, por lo tanto, a consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de instrumentos de actuación **sobre el autor**"(47). La prevención –por supuesto de la comisión de delitos– a que se orientan las consecuencias accesorias, en cambio, se realiza mediante una intervención directa sobre situaciones y objetos para neutralizar su potencial criminógeno o dificultar así su utilización en sentido delictivo(48). Ahora bien, esta finalidad preventiva, que nada tiene que ver con la finalidad preventiva penal, sí es, por el contrario, la propia de –y la que corresponde a– la potestad ablatoria administrativa y a los instrumentos típicos de ejercicio de esta que tienen idénticos o similares contenidos materiales que las consecuencias accesorias y que, sin embargo, carecen del mínimo carácter sancionador(49). De todo esto, sin embargo, tiene que resultar que es precisamente la específica finalidad preventiva que se adjudica a las consecuencias accesorias la que veta toda y cualquier posibilidad de atribuir a aquellas una naturaleza penal o sancionadora en general.

IV. TOMA DE POSICIÓN: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS COMO REACCIONES JURÍDICAS NO SANCIONADORAS

En mi opinión –y por todo lo expuesto hasta aquí–, las consecuencias accesorias reguladas el Título VI del Libro I CP, **no tienen naturaleza penal y ni siquiera sancionadora**(50). A partir de aquí, sin embargo, hay que tener en

rigor y el gran calado dogmático que –como todo lo que escribe SILVA– tiene su construcción, tal toma de posición precisaría de un mayor espacio que el disponible aquí. Cfr. no obstante, una exposición y crítica de esta tesis de SILVA, en FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), nota 1 de p. 137 y ss.

(47) HIRSCH, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, p. 709.

(48) V. GRACIA MARTÍN, "Prólogo" (n. 38), p. 56 ss. y en RDPC n.º 13, 2004, p. 480 y ss.; y en el mismo sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 607 ("se orientan a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, pero esta pretensión de evitar futuros delitos no se corresponde con la función contramotivadora sobre el responsable con que se entiende la tradicional orientación preventivo-especial de las penas" sino que "se realiza actuando sobre cosas materiales, bienes o efectos del delito que, de mantenerse a disposición de los responsables, favorecerían la continuidad en la actuación delictiva"); DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO. En: Hurtado/Del Rosal/Simons. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 36 ("tienen un presupuesto autónomo, que es *la peligrosidad de la organización o entidad*, el cual lleva a considerar que las mismas han de tener como finalidad fundamental evitar y prevenir dicho estado de cosas"); y también, aunque limitándose a una comparación solo con los fines de prevención especial de la pena, FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 99 (la "finalidad [de] prevenir la continuidad en la actividad delictiva (…) no casa con los fines de la pena en nuestro ordenamiento donde los fines de prevención especial se proyectan sobre hechos culpables").

(49) V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), pp. 105 y 123.

(50) V., en el mismo sentido, aunque no de un modo tan radical como el afirmado en el texto, DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO. En: Hurtado/Del Rosal/Simons (n. 48), p. 42 ("no se trata de medidas eminentemente **sancionadoras**"). En la doctrina alemana, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 799, sostienen

cuenta que no puede encontrarse para todas ellas un único principio fundamentador, pues gozan de muy diversas naturalezas, y cada una de ellas, o bien cada grupo de ellas, se orienta a fines específicos y diferentes a los de otras(51).

Así, algunas de estas consecuencias, como por ejemplo el llamado comiso de la ganancia, encuentra su fundamento en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita(52), y, en este sentido, tiene la naturaleza de una medida **civil** de compensación(53).

Otras, en cambio, como ocurre por ejemplo con el comiso de los instrumentos del delito, solo encuentran su fundamento en la necesidad de aseguramiento de la comunidad frente al peligro objetivo de la comisión de delitos que emana de determinadas cosas, objetos y de situaciones(54). La peligrosidad, en el sentido de probabilidad de comisión de hechos delictivos, puede provenir no solo de las personas, sino también de ciertas cosas, situaciones objetivas o actividades con independencia de que las lleve a cabo una persona determinada(55). En estas situaciones de peligrosidad objetiva de una cosa o situación se tienen que arbitrar medidas que tendrán carácter de **aseguramiento** de la colectividad frente al peligro de que tales cosas sean utilizadas

con respecto al comiso de aseguramiento que el mismo "no tiene ningún carácter punitivo, sino que sirve únicamente al **fin de policía** de protección de la población frente a peligros, especialmente frente a la comisión de hechos punibles".

(51) V., en este sentido, por ejemplo, MAPELLI, en RP n.º 1, 1998, pp. 48 y 49; y en la doctrina alemana JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch (n. 50), p. 785; ZIPF, Strafrecht (n. 9), p. 525 n.º 3; MÜLLER-DIETZ, Grundfragen (n. 9), p. 67 y ss.

(52) V. en este sentido MANZANARES SAMANIEGO, REPenit., n.º 216, 1977, p. 35; el mismo, Las penas patrimoniales en el Código penal español. Bosch, Barcelona, 1983, p. 256; el mismo, ADPCP, 1981, p. 620; el mismo, RDPC, n.º 2, 1992, p. 439; GRACIA MARTÍN, Responsabilidad (n. 23), p. 100 y ss.; MAPELLI, en RP n.º 1, 1998, p. 50.

(53) V., en este sentido, por ejemplo, ESER, Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969, pp. 89 ss., 284 ss.; el mismo, en Schönke/Schröder, comentario previo al § 73 n.º 18; SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen (n. 23), p. 219; GÜNTERT, Die Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983, p. 17; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch (n. 50), p. 792; GRACIA MARTÍN, AP nº 39, 1993, p. 607.

(54) Véase, en este sentido, por ejemplo, ESER, Die strafrechtliche Sanktionen (n. 53), p. 83 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch (n. 50), p. 796 («el comiso de aseguramiento sirve a la protección de la comunidad frente a cosas que son *per se* peligrosas o que pueden ser aplicadas para la comisión de delitos»); WIESENER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, p. 34; MANZANARES SAMANIEGO, REPenit., n.º 216, 1977, p. 36 y ss.; el mismo, Las penas patrimoniales (n. 52), p. 256 y ss.; el mismo, ADPCP, 1981, p. 616 y ss.; GRACIA MARTÍN, Responsabilidad (n. 23), p. 98.

(55) V. sobre ello, por ejemplo, SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen (n. 23), pp. 199 ss., 230 ss.; SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen (n. 23), pp. 258 ss.; BRICOLA, Il costo del principio "societas deliinquere non potest" (n. 23), p. 1013; y en nuestra doctrina, por ejemplo, BAJO FERNANDEZ, Derecho penal económico (n. 23), pp. 118 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1977, pp. 230 s; el mismo, Directrices" (n. 23), p. 178; GRACIA MARTÍN, Responsabilidad (n. 23), pp. 104 s.; ROMEO CASABONA, Peligrosidad (n. 23), p. 72 y ss.

para la comisión de delitos(56). Estas medidas de aseguramiento, sin embargo, están desprovistas de todo carácter punitivo y pertenecen al ámbito o sector sustantivos o materiales del Derecho **administrativo** que regula, con todas las garantías propias del Estado de Derecho, las potestades administrativas que podemos denominar como de incidencia negativa en la esfera de los ciudadanos, de injerencia o de gravamen, entre las cuales destacan de un modo especial las denominadas **potestades ablatorias**, que pueden definirse, con García de Enterría, como los poderes administrativos –se entiende que absolutamente legítimos– "de sacrificar situaciones patrimoniales de los particulares"(57) para la salvaguarda de un interés colectivo. Estas medidas preventivas de carácter asegurativo son aquellas que, sobre la base de fundamentos objetivos de peligrosidad de la cosa, por ejemplo de una persona jurídica en cuanto instrumento apto para la realización de hechos ilícitos, pretenden, como señala con carácter general Suay Rincón, "impedir que se consume una determinada violación del ordenamiento jurídico; se adoptan, por tanto, **antes** de producirse la violación y su efectividad va a estar en función precisamente, de que aquella no tenga lugar"(58). Es preciso señalar que, dado el fin y el fundamento de tales medidas su aplicación no debe encontrar su principio legitimador en la comisión real del hecho antijurídico previo(59) sino únicamente en **el peligro** de que se realicen con posterioridad otros nuevos y concretamente **en la necesidad de protección de bienes jurídicos**(60). A mi juicio la efectiva realización de un hecho antijurídico previo como hecho de conexión –en nuestro caso delictivo–, es un presupuesto

(56) V. en este sentido, por ejemplo, ESER, Die strafrechtliche Sanktionen (n. 53), p. 57; MÜLLER-DIETZ, Grundfragen (n. 9), pp. 67 s.; ZIPF, Strafrecht (n. 9), p. 525 n.º 3; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch (n. 50), p. 796; GRACIA MARTÍN, AP nº 39, 1993, p. 607 y ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 64. En este sentido, según creo, cabría entender la caracterización que hace Silva Sánchez de estas medidas –si bien las denomina sanciones– como unas de carácter *inocuizador*, véase SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 362 y 365.

(57) V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II (n. 33), p. 119 y ss.

(58) Véase SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas (n. 56), p. 64.

(59) Pues este es precisamente el presupuesto de la *sanción* (penal o administrativa), como acertadamente señala SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas (n. 56), p. 64: «por el contrario, las sanciones administrativas *son consecuencia* de la comisión de una infracción administrativa. Constituyen, pues, una represión, *presuponen* la realización de un *comportamiento prohibido* y representan, en fin, un *posterius*». Véase STRATENWERTH, FS-Rudolf Schmitt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992 p. 307.

(60) Como sugiere SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität *und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin,Bonn, München, 1979, p. 236 y ss.; *el mismo*, wistra, 1982, p. 50. Muy próximo a esta fundamentación STRATENWERTH, FS-Rudolf Schmitt (n. 59), p. 304 y ss., al matizar la tesis de SCHÜNEMANN en el sentido de que las medidas aplicables a las personas jurídicas encuentran su justificación en el principio del interés público preponderante y que el interés público de la medida contra la persona jurídica se fundamenta en las dificultades de imposición del Derecho Penal en los delitos que se cometen a partir de una empresa.

necesario de la aplicación de las consecuencias accesorias(61), pero el mismo no debe formar parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tales medidas. El hecho antijurídico previo constituirá normalmente un síntoma del peligro objetivo de realización de futuras infracciones. En este grupo de medidas deben incluirse algunas que solo cito a título de ejemplo y teóricamente, es decir, independientemente de si están o no incluidas en los catálogos de nuestro Derecho Positivo. Así, serán medidas accesorias preventivas de carácter asegurativo, por ejemplo, el comiso de los instrumentos, las cauciones, la disolución de sociedades y organizaciones, la prohibición o suspensión de actividades, el cierre o clausura de locales y de establecimientos, o, como medida especialmente importante que ya es objeto de atención especial por la doctrina, la intervención judicial o gubernativa de la empresa(62).

De las anteriores, cabe distinguir las llamadas medidas coercitivas. Estas, como señala Suay Rincón, "al igual que las sanciones administrativas, se traducen en la utilización de instrumentos de fuerza y traen su causa del incumplimiento previo de una *obligatio* (ilícito)"(63). Difieren, sin embargo, de las sanciones en su finalidad, pues dichas medidas, como dice Suay Rincón, "tienden a vencer ese incumplimiento y a forzar el comportamiento efectivamente debido"(64). Estas medidas son una expresión del denominado, desde Otto Mayer, "poder coercitivo" del Estado (*Zwangsgewalt*), cuyo ejercicio se legitima por principios diferentes de los que legitiman el del "poder punitivo" (*Strafgewalt*), y se orienta a finalidades que, aun cuando puedan estar próximas, no pueden confundirse con las de este último(65). Tales medidas, desprovistas de carácter represivo, pueden orientarse también a finalidades preventivas(66), pero estas deben distinguirse claramente de la finalidades preventivas del Derecho sancionador y, en particular, de la prevención general y especial del Derecho Penal.

(61) GUARDIOLA LAGO parece no haber entendido bien la tesis expuesta, pues del texto se desprende con toda claridad que la previa comisión de un hecho típico y antijurídico es un requisito **indispensable** para la imposición de alguna de estas consecuencias accesorias; según esta autora, sin embargo (vid. GUARDIOLA LAGO, La responsabilidad penal (n. 21) pp. 83 y 115), yo sostendría la tesis de que estas medidas preventivas de carácter asegurativo podrán imponerse "incluso **antes** de la producción del hecho ilícito" (el resaltado es nuestro).

(62) V. sobre una medida de «curatela de la empresa» SCHÜNEMANN, en Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, p. 290 y ss. (= Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 594 y ss.). V. asimismo GRACIA MARTÍN, AP nº 39, 1993, p. 607 y ss.

(63) V. SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas (n. 56), p. 60.

(64) Ídem.

(65) V. sobre ello SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas (n. 56), p. 60 y ss.; GRACIA MARTÍN, AP nº 39, 1993, p. 608; el mismo, *Prólogo* al "Código penal y leyes penales especiales", 1.ª ed., Egido Editorial, Zaragoza, 1996, p. 30.

(66) V. en este sentido, para el caso de las medidas, aplicables a personas jurídicas, GRACIA MARTÍN, AP nº 39, 1993, p. 607.

De acuerdo con lo expuesto las medidas del art. 129 CP aplicables a personas jurídicas, no tienen naturaleza ni carácter sancionadores, sino la de **medidas preventivas de carácter asegurativo** de la comunidad social frente al peligro de utilización de la persona jurídica u organización para la comisión de delitos por las personas físicas que actúan para ellas, peligro puesto de manifiesto por la previa comisión de un hecho delictivo a través de ella y por la deficiente organización de la misma.

Aun cuando estén reguladas en el Código Penal, sean la consecuencia de un delito, y su imposición corresponda a los jueces y tribunales de la jurisdicción penal, estas medidas pertenecen propiamente al Derecho Administrativo, pues las mismas remiten a –y emanan y constituyen una manifestación típica de– las netamente administrativas y denominadas potestades ablatorias para la prevención de peligros para la colectividad, en este caso para la prevención del peligro de una continuidad delictiva a través de la empresa y de los que representen los efectos producidos por el o por los delitos ya previamente cometidos a través de ella(67). Como advierte con razón Mir Puig, con estas medidas se trata de privar a las personas físicas del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o de controlar su uso(68). En sentido material, pues, se trata de medidas de **policía** de prevención de peligros para la comunidad social. Aunque en el art. 129 CP no se incluyen todas las medidas contra asociaciones que serían convenientes, no hay duda sobre que las que están contenidas en ese precepto se orientan a la prevención en el sentido que se ha expuesto. Así lo dice expresamente el propio art. 129 en su apartado 3: "Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas **a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma**".

Esta naturaleza jurídico-administrativa de las medidas no resulta afectada en lo más mínimo por el hecho de que su imposición, cuando sea a consecuencia de la comisión de un delito, corresponda al juez penal en el proceso penal. Esta concentración en el juez penal de poderes punitivos y de potestades administrativas se explica por razones prácticas y de economía procedimental, y además parece no solo lógico sino conveniente que un mismo órgano aplique **todas** las consecuencias que se deriven de un mismo suceso. Sin embargo, y lo mismo que sucede ya con respecto a la responsabilidad civil derivada del delito, la cual puede ser sustanciada en la jurisdicción **civil** si el actor, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 112 LECri, hace reserva de la acción civil, nada impediría que la ley desgajara el enjuiciamiento en

(67) V., en un sentido próximo, DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en Hurtado/Del Rosal/Simons (n. 48), p. 36.
(68) V. MIR PUIG, PG, n.º 63, p. 749.

un procedimiento penal para depurar la responsabilidad penal y en otro administrativo para comprobar la peligrosidad objetiva de la persona jurídica y aplicar las medidas que establece ahora el art. 129 CP, y que atribuyera la competencia para esto último a órganos administrativos. De hecho, esto sería ya posible en los casos en que procediera la aplicación de una medida de esta clase no prevista en el Código Penal pero sí en una Ley administrativa. Piénsese, por ejemplo, en un caso de comisión de un delito contra la competencia en que aparezca indicada la aplicación de una multa coercitiva como consecuencia accesoria, la cual no está prevista en el art. 129 CP, pero sí en el art. 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuyo caso será competente para aplicarla el Tribunal (administrativo) de Defensa de la Competencia.

V. SOBRE LOS PRESUPUESTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS A PARTIR DE SU NATURALEZA NO SANCIONADORA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL LLAMADO "HECHO DE CONEXIÓN" Y DEL "DEFECTO DE ORGANIZACIÓN" DE LA PERSONA JURÍDICA

En el artículo 129 del CP, así como en los preceptos de la Parte Especial que establecen de modo expreso y específico consecuencias accesorias, no encontramos una descripción ni siquiera de mínimos ni de los presupuestos de aplicación ni tampoco del supuesto de hecho que les sirve de fundamento[(69)]. El legislador se ha limitado a decir en el precepto general que los jueces y Tribunales podrán aplicarlas "en los supuestos previstos en este Código", pero en ninguna parte ha descrito los "presupuestos" determinantes de su aplicación. En algunos de los supuestos en que aparecen previstas expresamente en la Parte Especial, pero no en todos, suele describirse, sin embargo, algún elemento del supuesto de hecho, como por ejemplo que se haya **utilizado** el local o establecimiento para la comisión del delito[(70)], o que el culpable **pertenezca** a una organización dedicada a las actividades delictivas de que se trate en cada caso[(71)]. No cabe duda sobre que estas circunstancias deben

(69) V. en el mismo sentido JORGE BARREIRO, en Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann (n. 9), pp. 124 ss.; FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 161.

(70) V., por ejemplo, el art. 194 CP, dentro de los delitos contra la libertad sexual, que dice: "En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título, **cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público**, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva"; o el art. 221 CP, relativo a los delitos de suposición de parto y alteración del estado civil, el cual establece que "**Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños**, (...) se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos".

(71) V., por ejemplo, el art. 189.8, el cual establece en relación con la corrupción de menores que se podrán aplicar las medidas del art. 129 cuando **el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a tales actividades**; o el art. 369.2, que remite

estimarse constitutivas del supuesto de hecho de aplicación de las medidas, pero tampoco puede haber duda sobre que tales circunstancias representan solo un fragmento del supuesto de hecho y que este, por consiguiente, debe ser completado con otros sobre los que la ley guarda el más absoluto silencio. Para la integración del supuesto de hecho completo, como dice Feijoo, cobran especial relevancia las aportaciones doctrinales(72), a lo que cabría añadir que también las jurisprudenciales.

El art. 129.1 CP impone al juez o al tribunal la obligación de conceder **audiencia previa** al ministerio fiscal y a los titulares o representantes legales de la persona jurídica u organización. Evidentemente, esta exigencia no puede formar parte del supuesto de hecho propio de las medidas, sino que ha de ser entendida como un **presupuesto** procesal de necesaria práctica para poder aplicar la medida(73). Con anterioridad a la reforma de la LO 15/2002, de 23 de noviembre, esta obligación se contraía a la concesión de audiencia previa únicamente a los titulares y representantes legales de la persona jurídica, pero ahora se ha ampliado también al ministerio fiscal, lo que apunta a que la decisión del juez o tribunal de aplicación o no de las medidas y, en el primer caso, la decisión por una medida concreta de las posiblemente aplicables, deberá fundarse en los resultados de un debate contradictorio(74).

La decisión sobre la imposición de las medidas, dice el art. 129.1, deberá ser **motivada**. Esta referencia expresa a la motivación puede estimarse en cierto modo supérflua, puesto que la misma es una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) y del art. 120.3 CE(75). La motivación deberá extenderse a todos los términos que fundamenten el fallo de la sentencia, por lo que dicha motivación deberá mostrar tanto que se da el supuesto de hecho que fundamenta la imposición de la medida como la razón por la que aparece necesaria la aplicación de la me-

la posibilidad de aplicación de las medidas a los supuestos agravados de tráfico de drogas consistentes en que **el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional** (art. 369.1.2ª), **participare de en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito** (art. 369.1.3ª), o en que **los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos** (art. 369.1.4ª).

(72) V. FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 161.

(73) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 355.

(74) Esta ampliación de la previa audiencia al ministerio fiscal, al suponer la introducción de la contradicción en el procedimiento, supone que ya no sea supérfluo el requisito, como lo era antes al referirlo únicamente al titular o representante de la persona jurídica u organización, ya que el mismo es en todo caso obligatorio para todo supuesto de injerencia estatal. Véase al respecto GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 408 y BAJO/S. BACIGALUPO, Derecho penal económico (n. 12), p. 155.

(75) V. en este sentido BAJO/S. BACIGALUPO, Derecho penal económico (n. 12), p. 156.

dida concreta que se imponga(76). Cuál sea el supuesto de hecho abstracto de estas medidas, que el juez o tribunal deberán tomar como modelo en cada caso concreto, es una cuestión que, como ya hemos dicho, no está resuelta por la ley, y por ello se hace necesario construirlo interpretativamente a partir de las pocas referencias que proporciona el Derecho positivo y de la finalidad a la que se orientan tales medidas. Por otra parte, parecen de utilidad a tal efecto los textos prelegislativos, y entre ellos, particularmente, el art. 138 PANCP de 1983, pues en él sí había una descripción casi completa del supuesto de hecho de estas consecuencias accesorias, al establecer que la posibilidad de aplicación de las mismas se daría solo "si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos"(77).

Como sucede en el caso de las medidas de seguridad en sentido estricto, también las que ahora nos ocupan podrían ser predelictivas o postdelictivas en función de que su aplicación tuviera lugar antes o después de la comisión de un hecho delictivo. No parece que pueda dudarse sobre que estas consecuencias accesorias del art. 129 del CP únicamente pueden tener un carácter posdelictivo(78), pues así resulta de los preceptos de la Parte Especial en que se establece la posibilidad de su aplicación, los cuales vinculan esta a la realización al menos de los hechos típicos con respecto a los que están previstas. Por otra parte, así lo establecía de modo expreso el art. 138 PANCP 1983 anteriormente reproducido. La comisión, pues, de un hecho delictivo previo constituye un requisito indispensable para la aplicación de estas medidas (doctrina unánime)(79). De acuerdo con la doctrina alemana relativa al § 30 OWiG, el cual exige como presupuesto de aplicación de la multa administrativa contra personas jurídicas la previa comisión de un hecho delictivo o una contravención por determinadas personas vinculadas a aquella por determinadas relaciones, denominaremos al hecho delictivo previo como "hecho de conexión" (*Anknüpfungstat*)(80).

(76) V. BAJO/S. BACIGALUPO, Derecho penal económico (n. 12), p. 157; SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 356.

(77) V. *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 48.

(78) V. en el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 349.

(79) V. SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 349 y ss., para quien es preciso que se realice por una persona física un tipo de autoría consumado de la Parte Especial, y considera, no obstante, que se podrá dar el supuesto de hecho de la medida cuando las personas físicas integradas en la empresa hayan realizado actos de mera participación.

(80) V. por ejemplo, TIEDEMANN, NJW 1988, p. 1172; BRENDER, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft, pp. 110 ss. En la doctrina española, califican también así al hecho delictivo previo, por ejemplo BACIGALUPO SAGESSE, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (n. 6), p. 390 y ss.; FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 168 y ss.

En mi opinión, el hecho de conexión debe ser comprendido como un presupuesto necesario para proceder a la comprobación de si se ha realizado el supuesto de hecho de la medida y no, como sin embargo estima la doctrina mayoritaria, como un elemento del supuesto de hecho mismo(81). Esto ha de ser así por razón del fundamento y de los fines de las medidas. Si estas se fundamentan en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica y se justifican por su finalidad de neutralizar las posibilidades de utilización delictiva de la misma en el futuro, entonces deberán guardar una relación de adecuación y de proporcionalidad solo con la gravedad de la peligrosidad objetiva y con el carácter de los delitos a cuya prevención se oriente la medida que se imponga, y no con el hecho delictivo previo(82). Este hecho de conexión no será el fundamento de la aplicación de la medida, sino solo un síntoma de la peligrosidad objetiva de aquella, que es lo que constituye el verdadero supuesto de hecho de las medidas de las citadas medidas(83).

La ley guarda silencio en cuanto a las características que deban concurrir en el hecho de conexión o hecho delictivo previo que haya de ser tomado como síntoma de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización, pero es evidente que no podrá integrarse en la base del juicio de peligrosidad cualquier hecho punible que se haya cometido a partir de la actividad de la persona jurídica u organización. A la hora de proceder a la delimitación del hecho de conexión debe tenerse en cuenta que aquí, contra lo que piensa a menudo la doctrina(84), no se trata de resolver ningún problema estricto de **imputación** a la persona jurídica, sino que se trata más bien de la formación de la base a partir de la cual pueda procederse a la inferencia del juicio de peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización.

La doctrina formula y desarrolla determinados criterios delimitadores y, por tanto, restrictivos de los hechos punibles a los que cabe atribuir el valor de hecho de conexión. Se considera que solo pueden tener este valor aquellos hechos que guarden una **relación funcional** con la actividad de la

(81) V. en este sentido, por ejemplo, ZUGALDÍA, RPJ nº 46, 1997, p. 341; el mismo, "Artículo 129" (n. 12), p. 1056; el mismo, LH-Valle (n. 5), p. 898.

(82) V. también FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 99. Alude asimismo –y exige el sometimiento de las consecuencias accesorias– a los principios de necesidad y revisabilidad, SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 347.

(83) Considera también al hecho previo como un síntoma de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, OCTAVIO DE TOLEDO, en LH-*Cerezo Mir* (n. 8), p. 1132.

(84) V., por ejemplo, ZUGALDÍA, RPJ nº 46, 1997, p. 341; el mismo, Artículo 129 (n. 12), p. 1056; BACIGALUPO SAGESSE, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (n. 6), p. 379 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 352 y FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), pp. 168, 170, hablan de la imputación objetiva del hecho a la persona jurídica. En la doctrina alemana, véase RANSIEK, Unternehmensstrafrecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, p. 340 ("se trata de un problema de imputación") y DANNECKER, GA 2001, p. 118 y ss.

empresa, y se estima en general que aquella relación se dará cuando el hecho punible realizado sea uno que esté vinculado con la actividad **típica** de la persona jurídica y se haya realizado en beneficio e interés de la misma. De este modo no podrían ser valorados como hechos de conexión los cometidos por un individuo de la empresa en su propio interés, los cometidos meramente "con ocasión" de una actividad de la empresa y los que se realicen *ultra vires*, o sea al margen de las atribuciones y competencias que tenga el autor dentro de la empresa(85). Estas limitaciones me parecen discutibles de *lege ferenda*, pues como he dicho, aquí no se trata de **imputar** un hecho a la empresa para aplicar una consecuencia jurídica con base en esa imputación, sino solo de comprobar si de un hecho determinado puede inferirse una peligrosidad objetiva de la misma que revele la necesidad de intervención con medidas preventivas en interés de la protección de bienes jurídicos. Ahora bien, entonces no parece que pueda negarse que dicha peligrosidad podrá inferirse de cualquier hecho que se haya realizado utilizando la estructura organizativa de la empresa con independencia de si el mismo es o no uno relativo a la actividad típica de la persona jurídica o del interés con que se haya realizado. Este era, a mi juicio, el criterio del art. 138 PANCP 1983, según el cual debía bastar con la utilización de la organización para favorecer la comisión del hecho o para encubrirlo. De *lege lata*, sin embargo, hay que tener en cuenta que los hechos punibles con respecto a los que cabe plantear la comprobación de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización para imponer la correspondiente medida están ya parcialmente delimitados en la Parte Especial y en virtud de la adopción al respecto por nuestro Derecho de un modelo de números clausus. Por otro lado, se plantea también la cuestión relativa a si es preciso que el hecho de conexión sea realizado por sujetos en quienes concurran determinadas características o si es indiferente, por el contrario, la cualidad del sujeto que lo realice. En algunos ordenamientos, como por ejemplo en el § 30 OWiG, la ley limita lo que pueda estimarse como hecho de conexión mediante la exigencia de que el autor lo haya cometido en calidad de órgano o representante legal o voluntario de la persona jurídica(86). Por la misma razón que en el caso de la restricción del hecho mismo, también me parecen discutibles estas restricciones relativas al círculo de autores. En nuestro Derecho, donde no hay ninguna regulación expresa de la cuestión, cabe entender que el autor del hecho de conexión puede ser cualquier persona que pertenezca a la

(85) V., sobre todo ello, FEIJOO. Sanciones para empresas (n. 19), p. 168 y ss.

(86) V. al respecto, por ejemplo, RANSIEK. Unternehmensstrafrecht (n. 84), p. 112 y ss.; DANNECKER, en Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 25 y ss. En nuestra doctrina, véase, por ejemplo, la propuesta de *lege ferenda* de BACIGALUPO SAGESSE. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (n. 6), p. 381 y ss.

empresa u organización con independencia de su posición jerárquica en la misma(87). Por lo demás, así se establece ya en algunos de los preceptos de la Parte Especial que, como es el caso por ejemplo del art. 369.2.2ª CP, en conexión con el art. 369.1.2ª y 4ª, delimitan al autor del hecho de conexión por su pertenencia a la organización y por ser responsable o mero empleado del establecimiento.

Otra cuestión que se plantea con respecto al hecho de conexión es la relativa a si el mismo deberá ser uno que fundamente o no la responsabilidad de su autor de modo que pueda aplicarse la pena o si bastará con un hecho típico y antijurídico. Según Guinarte, las medidas del art. 129 CP son "accesorias, no porque acompañen siempre a una pena o medida, sin necesidad de su previsión específica, sino porque su imposición no es posible al margen de la de una pena o medida"(88), abundando el citado autor en que las medidas "solo podrán decretarse en caso de una sentencia en la que se imponga, a una persona natural, alguna pena o medida de seguridad de las previstas en el Código"(89). En mi opinión, sin embargo, no solo no se dice en el art. 129 CP que la aplicación de una medida solo será posible si se ha impuesto una pena a una persona natural(90), sino que exigirlo sería contrario al fundamento de tales medidas. Al fundamento de estas medidas deben ser ajenas la culpabilidad y la peligrosidad criminal del autor individual del hecho, pues aquel radica únicamente en la peligrosidad objetiva de la organización o de las concretas actividades que se llevan a cabo a través de la estructura de la organización o de la empresa y su imposición es también expresión del ejercicio de un poder coercitivo, y no punitivo. Creo, por todo ello, que de acuerdo con ese fundamento que es común a todas las consecuencias accesorias, para su aplicación debería bastar con que en el curso de la actividad de la persona jurídica se haya realizado un hecho típico y antijurídico, sin que sea preciso que sea, además, culpable ni que se imponga la pena(91). No

(87) V. en este sentido FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 163 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), pp. 351 s, en cambio, parece decantarse por que el autor del hecho sea un sujeto con capacidad de decisión orgánica o representativa, aunque advierte que no puede adoptarse al efecto ninguna determinación apriorística.

(88) V. GUINARTE, en Tomás Vives (coord.) Comentarios al Código penal de 1995, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 666.

(89) V. GUINARTE, en Tomás Vives (coord.) (n. 88), p. 666; OCTAVIO DE TOLEDO, en LH-*Cerezo Mir* (n. 8), pp. 1130 s.

(90) V. en el mismo sentido, MAPELLI, en RP n.º 1, 1998, p. 53.

(91) V. en el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal* I (n. 20), p. 1563 y ss., aunque la razón es que las considera como medidas de seguridad; JORGE BARREIRO, en Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann (n. 9), p. 126; MARTÍNEZ RUIZ, en AA.VV., Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 594 y ss.; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en Hurtado/Del Rosal/Simons (n. 48), p. 47; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en LH-Barbero Santos (n. 9), p. 974; FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 181; MIR PUIG, RECPC 06-01 (2004), p. 5 y ss.

obstante, debo reconocer que *de lege lata* será problemático sostener la validez de esta tesis con carácter general, pues como ha observado con acierto Fernández Teruelo, en la Parte Especial parece requerirse a veces la condena de un sujeto individual y la imposición de la pena como condición de la posibilidad de aplicación de las medidas del art. 129 CP[92]. Así cabría entenderlo, por ejemplo, en el caso del art. 294 CP, cuando habilita para la imposición de las medidas "**además de las penas** previstas" para el delito, o en el art. 194 CP, donde se dice que la clausura de la empresa podrá decretarse "en la sentencia **condenatoria**".

Ya que el fundamento de las medidas que nos ocupan es la peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización, es evidente que para la imposición de aquellas no puede bastar con la realización de algún hecho delictivo en el curso de la actividad de la persona jurídica o utilizando su estructura organizativa. Este, como ya hemos reiterado, solo constituye un síntoma o indicio de dicha peligrosidad. Por consiguiente, la imposición de estas medidas solo puede estar fundada en la comprobación de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización, que es lo que realmente integra el supuesto de hecho de aquellas[93]. El juicio de peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización se basa en el pronóstico de la probabilidad de comisión de hechos delictivos futuros mediante la utilización de la estructura organizativa de aquellas. La realización de dicho pronóstico, que habrá de ser motivado en la sentencia, debe iniciarse a partir del examen del hecho previo sintomático[94], pero a continuación habrá que ponerlo en relación con la situación o estado fáctico real de la persona jurídica u organización con el objeto de comprobar si a la vista del modo concreto en que está organizada y funciona se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas y si ello pone de manifiesto la necesidad de intervenir mediante la aplicación de medidas preventivas tendentes a neutralizar esa situación criminógena[95]. Para la inferencia de la peligrosidad objetiva, resulta de considerable y especial interés y utilidad el criterio del **defecto de organización**, sugerido principalmente en la doctrina alemana por Tiedemann y tomado por él y por otros autores como base real para la construcción de un concepto de culpabilidad de las personas jurídicas al que denominan "culpabilidad

(92) V. FERNÁNDEZ TERUELO, en LH-Valle (n. 6), p. 276 y ss.

(93) Independientemente de si se atribuye carácter penal o no a las consecuencias accesorias, quienes niegan a estas el carácter de pena en sentido estricto y, por tanto, consideran que no son consecuencias de un hecho delictivo **propio** de las personas jurídicas, aceptan que la peligrosidad objetiva de la cosa es el fundamento de dichas consecuencias; cfr. las referencias doctrinales incluidas supra en nota 20.

(94) En sentido similar, cfr. FEIJOO. Sanciones para empresas (n. 19), p. 176.

(95) En lo fundamental en cuanto a los resultados, cfr. también así SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal (n. 39), p. 352 ("lo fundamental es que el delito de la persona física exprese el defecto de organización de la persona jurídica que permite prever una continuidad delictiva, de no ser corregido").

por defecto de organización"[96]. El defecto de organización, a mi juicio, no puede fundamentar ningún concepto de culpabilidad propio de la persona jurídica[97], pero me parece válido como base empírica para la inferencia de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica[98]. En general, puede afirmarse la existencia de un defecto de organización relevante cuando la actividad de la persona jurídica se lleva a cabo en ausencia de las medidas de precaución que son exigibles para un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de la empresa[99], y a mi juicio también las que lo sean para impedir que la misma sea utilizada e instrumentalizada para la realización de actividades delictivas aunque estas sean ajenas al ámbito del tráfico de la empresa. En nuestro Derecho, sin embargo, debe tenerse en cuenta de *lege lata* la vigencia del modelo de númerus clausus respecto de los supuestos de aplicación de estas medidas, lo cual parece que debe levar a la conclusión de que la peligrosidad de la persona jurídica que podrá fundamentar la aplicación de la medida en cada caso deberá basarse en defectos de organización que favorezcan o faciliten la realización futura no de cualquier actividad delictiva, sino solo del o de los delitos con respecto a los cuales se ha previsto la posibilidad de aplicación de la medida.

Si el fundamento de las medidas que nos ocupan es la peligrosidad de la persona jurídica u organización en el sentido ya explicado, parece obvio que la aplicación de las mismas únicamente estará justificada cuando se aprecie *necesidad* de ello y si la medida se revela como **adecuada** para neutralizar la situación criminógena que provoca el defecto de organización. Por ello, como advierte con razón Feijoo, la medida impuesta debe cesar o ser sustituida o modificada en función de las variaciones que se produzcan en el estado de peligrosidad de la persona jurídica, variaciones que tendrán lugar en función de las actuaciones que se lleven a cabo para la remoción del defecto de organización en que se base la peligrosidad[100].

De la regulación contenida en el art. 129 CP, así como de las disposiciones de la Parte Especial que establecen la posibilidad de aplicar estas medidas, se deduce que la imposición de estas tiene un carácter **facultativo**, pues tales preceptos se limitan a decir que el juez o Tribunal "podrán" aplicar las medidas previstas. Esta facultad debe entenderse, a mi juicio, en el sentido

(96) Véase TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1172 ss. y además, por ejemplo, BRENDER, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft, p. 110 y ss. y DANNECKER, GA 2001, p. 115 y ss., y en nuestra doctrina, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases (n. 6), p. 241 y ss.

(97) Véase al respecto, GRACIA MARTÍN, en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 62 y 68 y ss.

(98) Véase en un sentido similar, FEIJOO. Sanciones para empresas (n. 19), pp. 173 ss.

(99) Véase TIEDEMANN. NJW 1988, p. 1172. Más precisiones en FEIJOO, Sanciones para empresas (n. 19), p. 173 y ss.

(100) V. FEIJOO. Sanciones para empresas (n. 19), p. 176.

de que la aplicación de las medidas será posible solo si se dan los presupuestos que fundamentan las mismas, a saber: la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos y si la medida es necesaria para hacer frente a la peligrosidad. Este ha de ser, por otro lado, el contenido de la motivación de la decisión judicial de imposición de la medida. No me parece convincente una opinión expresada por algunos autores en el sentido de entender la facultad de imposición de las medidas como sinónimo de arbitrio judicial, de modo que el juez o tribunal tendrían libertad para no aplicarlas aun cuando concurrieran tanto sus presupuestos como la necesidad de su aplicación(101). En mi opinión, si se dan los presupuestos de la medida, el juez o tribunal **deberá** aplicar la que corresponda, y en consecuencia, su decisión de no aplicarla será susceptible de recurso. En este sentido puede interpretarse, a mi juicio, la ampliación por la LO 15/2003, del 23 de noviembre, del deber del juez de concesión de audiencia previa al ministerio fiscal (art. 129.1 del CP) y la introducción de este modo del debate contradictorio como base del fallo judicial.

(101) V., en este sentido, BAJO/S. BACIGALUPO. *Derecho Penal económico*. (n. 12), p. 156.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas Contexto europeo y solución italiana(*)

Vincenzo MILITELLO
(Italia)

SUMARIO: I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas entre la política criminal europea y la armonización de las soluciones nacionales. **II.** (Des)Orientación doctrinal. **III.** Técnicas de configuración de la responsabilidad penal. **IV.** Tres Tipos de responsabilidad. **V.** Unión Europea y armonización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ENTRE LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA Y LA ARMONIZACIÓN DE LAS SOLUCIONES NACIONALES

Entre los temas, cada vez más numerosos, que están conectados con la progresiva europeización del Derecho Penal, la responsabilidad de las personas jurídicas adquiere un importante papel e interés particular. A este respecto, aparece al descubierto la asimetría entre el estado embrionario del derecho penal europeo y el desarrollo tumultuoso de la política criminal europea. La dialéctica normal entre estos dos extremos esenciales en la evolución de cada ordenamiento jurídico se revela desfasada si se proyecta sobre el escenario europeo: aquí la posición de objetivos político-criminales no se traduce directamente en un verdadero y propio Derecho Penal europeo, sino que más bien orienta elecciones ulteriores de los singulares legisladores nacionales. La relativa concreción interna no es, sin embargo, automática en cuanto que está condicionada a las decisiones políticas particulares de

(*) Traducción del original italiano "Reponsabilità da reato delle persone giuridiche. Contesto europeo e soluzione italiana" a cargo de *Dulce María Santana Vega*, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

los diversos Estados miembros y al filtro de los respectivos arsenales dogmáticos y de cultura jurídica(1).

De todo esto se deriva, como consecuencia, un movimiento de circulación de modelos jurídicos de rasgos muy innovadores(2): a diferencia del análogo fenómeno que ha acompañado a la época de las codificaciones penales en Europa, caracterizadas por una amplia importación de algunos países de soluciones jurídicas que habían sido experimentadas con éxito(3), el proceso en curso tiende, sobre todo, a una síntesis de las diferentes realidades jurídicas que conviven en Europa y por eso difumina, cuando no destruye, la peculiaridad de origen de las respectivas soluciones normativas(4). Se trata de captar si la transformación de las características del fenómeno depende de un déficit teórico o de exigencias prácticas, más o menos contingentes: más concretamente, si esto es fruto de la actual e insuficiente maduración de una dogmática penal unitaria y coherente a nivel europeo(5) o, más bien, representa un compromiso necesario para lograr traducir en el plano normativo

(1) VOGEL, *Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union*, in *Goltdammer's Arkiv* (GA) 2003, 315. El ámbito nacional de manobra aparece descuidado por quien (SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea. I,* Militello (cur. ed. it.), Milano 2007, p. 8 y ss.) criticara la política penal europea de reducir al legislador nacional en un "lacayo de Bruselas".

(2) Los procesos de comunicación y adaptación de modelos jurídico-penales en contextos de ordenamientos diferentes constituyen un tema clásico de la comparación, cuya importancia, sin embargo, ha crecido con la progresiva superación de las barreras nacionales tanto de los fenómenos criminales, como de las respectivas formas de lucha. Sobre el tema, en general, cfr. SIEBER, *Strafrechtsvergleichung im Wandel*, in Sieber/Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin, 2006, p. 80 y ss.; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1982, p. 127 y ss.; GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2001.

(3) PERRON, *Sind die nationale Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW),* 1997, p. 284.

(4) A este respecto es expresiva la imagen de "un derecho penal de síntesis", regido por una "lógica pluralista", usada por DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale europeo?*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale (RIDPP)*, 1997, p. 553. Considera una aplicación significativa del Corpus Juris a la tutela de los intereses financieros, cfr. BACIGALUPO, *Il Corpus Juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Grasso (cur.), Milano 1998, p. 51 y ss.

(5) La cuestión es crucial y encuentra respuestas diferentes en el debate internacional: la falta de una ciencia penal europea, además del carácter fundamentalmente nacional de la dogmática penal, son constatados por KÜHL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, ZStW 1997, p. 779-780, 786-788; por el contrario, se observa la profesión de fe en una dogmática penal independiente de contextos nacionales en cuanto ciencia fundada sobre estructuras lógicas no dependientes de variables histórico-políticas, repetidamente expresada por *Hirsch (Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, en *Festschrift für G. Spendel*, Berlin - New York 1992, p. 43). Esta última construcción es criticada también por voces concentradas en desarrollar el debate penal sobre una escala no limitada al ámbito nacional: SCHÜNEMANN, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, in *Festschrift für R. Schmitt*, Tübingen 1992, p. 117 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Sobre las posibilidades y límites de una dogmatica supranacional del derecho penal*, en Silva Sanchez (ed. española)/Schünemann/de Figueiredo Dias (coods.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona 1995, p. 15; MILITELLO, *Dogmática penal y politica criminal en perspectiva europea*, en Arrojo Zapatero/ Neumann / Nieto Martin (coods.), *Crítica y justificatíon del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca 2003, p. 52 y ss.

las exigencias comunes de política criminal en un contexto de ordenamientos diversos por tradición y configuración actual(6).

Una cuestión relevante para las etapas posteriores del proceso de europeización en materia penal puede ser la constituida por la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La intervención en esta materia constituye desde hace tiempo uno de los objetivos principales de las directrices de la política criminal europea, volviéndose más uniforme y, por tanto, más eficaz la acción de lucha contra la criminalidad en una economía no limitada por las fronteras nacionales(7). Se trata en efecto de un elemento central en una estrategia de conjunto para garantizar que las condiciones de competencia no se alteren por la disparidad en el tratamiento normativo de sujetos económicos. Objetivo este que es tanto más importante en cuanto que la articulación normal en grupo de los principales operadores económicos –las sociedades– favorece su ubicación en el sistema jurídico, el cual ofrece las condiciones generales más favorables; los órganos de decisión están protegidos ante la imputación de las consecuencias de las estrategias de grupo cuando estas se producen en un contexto nacional diverso.

No obstante la fundamentación de la exigencia de una responsabilidad delictiva de las personas jurídicas, la variedad de contribuciones que se han producido y la pluralidad de fuentes que intervienen en la materia en el último cuarto de siglo es un hecho que, a día de hoy, esta categoría no ha asumido el rol de piedra angular del sistema penal europeo(8). Sobre el carácter incompleto de tal camino pesan ciertamente las constantes incógnitas de un derecho penal europeo en sentido fuerte, superables solo si y cuando las

(6) Señala críticamente que solo los compromisos políticos contingentes y no el soporte de los conocimientos (dogmáticos) adecuados podrá fundar un código penal europeo, ROXIN. *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, en Eser/Hassemer/Burkhrdt (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, p. 391, y deduce una opción a favor de mantener, en un futuro próximo, una competencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales.

(7) Cfr. HEINE, *Unternehmen, Strafrecht und europäische Entwicklungen*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 2000, 871 s.; VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, GA 2002, p. 517; BAHNMÜLLER, *Strafrechtliche Unternehemensverantwortlichkeit im europäischen Gemainschafts- und Unionrecht*, Frankfurt a.M., 2003, p. 3 y ss. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche in diritto comparato*, *RIDPP* 1995, p. 615 y ss.; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas juridicas*, Elcano, 2000, p. 135 y ss., p. 151 y ss. SZWARC, *Strafbarkeit juristischer Personen aus polnischer Sicht*, en Hirsch (Hrsg.), *Krise des Strafrechts und der Rechtswissenschaften*, Berlin 2001, p. 235 y ss., p. 237.

(8) En lo que se refiere a tal responsabilidad siguen existiendo reservas en Europa, por ejemplo: KAIAFA – GANDHI, *Ein Blick auf Brennpunkte der deutschen Strafrechtsdogmatik vor der Jahrtausendwende aus der Sicht eines Mitglieds der griechischen Strafrechtswissenschaft*, en Eser / Hassemer / Burkhrdt (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 277 y ss.; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n.231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* (*RTDPE*) 2002, p. 884 y ss.; LÜDERSSEN, *Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung*, GA, 2003, p. 81.

instituciones europeas se estabilicen en términos compatibles con el sistema de garantías esculpidas en el principio *nullum crimen sine lege*(9).

Sin embargo, más allá del contexto institucional más general, sobre el terreno específico en examen no se puede olvidar que es innegable un creciente acuerdo sobre la fundamental exigencia de una mayor responsabilización de los sujetos colectivos de forma que se luche más eficazmente contra las manifestaciones más graves de criminalidad económica. Actualmente es muy diferente el panorama de las respuestas en los diversos ordenamientos europeos en relación a cuestiones esenciales en la materia: los presupuestos de la responsabilidad, la naturaleza y criterios de imputación, las sanciones adecuadas(10).

Se concreta así el interrogante de fondo ya anticipado: ¿una posición estructurada sobre el terreno crucial de la responsabilidad de las personas jurídicas es reconducible por razones de naturaleza dogmática o preferiblemente por razones de orden político-criminal? Para ahondar en la estrategia a seguir es determinante clarificar el núcleo más profundo del problema: ¿lo que falta es la fundamentación teórica de la mejor solución normativa, de forma que se dote de un estándar europeo uniforme para los elementos constitutivos de una responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea no solo eficaz en la lucha contra la criminalidad de sujetos colectivos, sino que también sea legítima a la luz del superior marco de garantías que es patrimonio común a los sistemas penales nacionales?(11) ¿O, por el contrario, esta materia se revela por el momento refractaria a una solución normativa íntegramente unitaria, permitiendo, todo lo más, una aproximación entre las diversas legislaciones sobre la materia, lo que supone un objetivo político-criminal menos ambicioso, pero, al mismo tiempo, más realizable?(12)

(9) La falta de legitimación democrática de las normas europeas en materia penal es subrayada por LÜDERSSEN, *Europäisierung*, 78 s. 84; SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehltritte in der Strafrechtspflege der EU, GA* 2004, 200 s. Sobre el principio de legalidad como principal obstáculo a la posibilidad actual de un Derecho penal europeo en sentido propio, entre otros muchos: PERRON, *Strafrechtsvereinheitlichung in Europa*, in Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, Baden Baden 1997, 140 s. 146; TERRADILLOS BASOCO, *Politica y derecho penal in Europa*, en ID., *Empresa y derecho penal*, Buenos Aires, 2001, p.86 s. (ed in *Revista penal*, 1999, fasc. 3); JESCHECK, *La tutela dei beni giuridici dell'Unione Europea*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Picotti (cur.), Milano, 1999, 121; PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del diritto penale*, in *Indice Penale*, 2002, 454 s.; SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua*, in *Riv.it.dir.proc.pen*., 2002, p.188 s.; MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della carta europea*, in *Diritto Penale XXI sec*., 2003, p. 61 s.

(10) Cfr. BERNARDI, *"Europeizzazione" del diritto penale commerciale?*, *RTDPE* 1996, 34 s.; ZÚNIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 152; PERRON, *Strafrechtsvereinheitlichung*, 142, 152; DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società,* Milano 2002, 230 s.

(11) Cfr. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale europeo?*, 550; PERRON, *Sind die nationale Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, 298 s

(12) Sobre la diferencia entre procesos de armonización del Derecho penal en Europa y unificación del Derecho, cfr. MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione". Progetti e nuovi codici*

II. (DES)ORIENTACIÓN DOCTRINAL

Si se atiende a los más recientes debates europeos sobre el tema, la atención puede dirigirse a la toma de posición que, dentro de su diversidad, parece dar a la cuestión una orientación precisa, que la hace salir fuera de la dimensión jurídica para afianzarse, por el contrario, en un acto de voluntad política. En particular, dos acontecimientos pueden aparecer como emblemáticos en la actuación difusa sobre el tema por parte de la ciencia penal europea: el camino tiene su inicio en el Coloquio Europeo de Coimbra de 1991, dedicado a los fundamentos del Derecho penal europeo, hasta llegar al proyecto de "euro-delitos" en materia económica publicado en el 2002 y coordenado por el profesor que ahora se jubila, el profesor Klaus Tiedemann.

En el primer encuentro la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas y de sus órganos se presentaba como uno de los posibles terrenos para desarrollar una dogmática penal europea y esta era, a su vez, considerada como ciencia, si no común, cuanto menos comunicable entre sujetos pertenecientes a las distintas comunidades nacionales. El discurso vislumbraba, ciertamente, un horizonte comparativo bien definido, moviéndose en un contexto que estaba ya dotado de una notable capacidad de superación de las barreras jurídicas y lingüísticas: los países implicados en la iniciativa fueron Alemania, Italia, Portugal y España, sistemas en los que desde hace tiempo se utilizan instrumentos dogmáticos comunes, si bien con diferencias en los respectivos regimenes positivos, lo que sucede también en relación al problema específico de la responsabilidad de los entes colectivos(13).

En la década siguiente el tema de las personas jurídicas explota por urgencia político-criminal y por interés teórico, no solo en Europa, ya que son los años en los que surge y se desarrolla el tercer pilar de la Unión dedicado a "Justicia y asuntos internos", lo que imprime a la cooperación en materia penal una fuerte aceleración. No obstante estos más recientes desarrollos, si se mide la cuestión específica sobre la respuesta que se da en el segundo evento primeramente reseñado, se permanece casi estupefacto: el *team* cualificado de juristas europeos que participa en la iniciativa no incluyen una propuesta sobre el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Una laguna en ese momento más evidente en cuanto que el proyecto de eurodelitos motiva sobre el particular la necesidad de armonización del Derecho Penal de la economía.

---

penali in Francia, Italia, Spagna, Inghilterra, *RIDPP* 1995, 760. También VOGEL, *Harmonisierung des Strafrechts*, 315.

(13) Silva Sanchez (ed. spagn.) /Schünemann / de Figueiredo Dias (coods.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 357 s.; Schünemann / de Figueiredo Dias, *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln-Berlin-München 1995, X s., 281 s.

Se requiere no solo estandars normativos para los específicos hechos ilícitos, sino reglas comunes de imputación y de disciplina de las formas de manifestación del delito, esto es, una auténtica parte general del derecho penal europeo. A los fines de las cuestiones que inicialmente se suscitaron, asume particular interés el argumento aducido por el principal artífice del Proyecto de no incluir una propuesta sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: se reconoce expresamente que sobre la base de la experiencia por parte de numerosos ordenamientos no se trata de una cuestión sobre la cual la doctrina deba ejercitarse en su "lógica constructiva", sino más bien de "una elección de valoración política"(14).

Sin minusvalorar la relevancia del componente político en la traducción de cada exigencia de tutela penal en el Derecho positivo, la lectura que se deduce sorprende, sin embargo, por la fuente y la ocasión en la cual ha sido avanzada: más que provenir de la presentación de un proyecto de sistema penal económico europeo por parte de uno de los más autorizados patrocinadores del proceso de europeización en el campo penal, aquella concepción parecía más bien confirmar la fundamentación de los argumentos lanzados por quien ha visto en el avance del Derecho europeo, también en el campo penal, como un peligroso abandono del cuadro clásico garantista fundado sobre cánones de derecho penal liberal. De hecho, en el actual esquema institucional europeo la voluntad política es expresada en el ámbito gubernativo y la voz parlamentaria tiene en Europa un rol inadecuado a la tradición de los estados modernos; el texto recordado termina por confiar el problema de la responsabilidad de las entes colectivos a los críticos del proceso de europeización, especialmente a los que condenan la atención privilegiada que se presta a la economía en lugar de a la protección de "los derechos de los más débiles"(15).

Con toda probabilidad los mismos que sostenían aquella posición que pone de relieve el agotamiento actual de la dimensión jurídica del problema, no suscribirían un éxito tan paradójico para la responsabilidad de las

(14) TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union (Freiburg-Symposium)*, Köln-Berlin-München 2002, 17.

(15) MOCCIA, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del* corpus juris, en Bartone (cur.), *Diritto penale europeo*, Padova 2001, 34. Cfr. tambièn P.A. ALBRECHT/BRAUM, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, *Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 1998, 465 s.; HASSEMER, *"Corpus Juris": Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, *ivi* 1999, 133 s., 136; BRAUM, *Das "corpus juris" – Legitimität, Erforderlichkeit und Machtbarkeit*, in *Juristenzeitung* 2000, 493 f.; KAIAFA-GBANDI, *Bemerkumgem zur Entwicklung rechtstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, *KritV* 2001, 290; P.A. ALBRECHT ET ALII, *11 Thesen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen euuropäischen Strafrechts*, *KritV* 2001, 279 s.; PRITTWITZ, *Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa*, in *ZStW* 2001, p. 797 s.

personas jurídicas: de estandarte de la europeización del derecho penal a la actual preocupación ante tal proceso. Esto evidencia ciertamente la falta de previsión al respecto en el Proyecto de los Euro-delitos, al renegarse de la idea, afirmada hace un decenio en el recordado Congreso de Coimbra, en donde el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suponía una "piedra angular" en la construcción del Derecho europeo. Y que en efecto aquel proyecto adoleciera de un exceso de optimismo a favor de una construcción del Derecho penal europeo guiada por una ciencia penal fuerte, capaz de condicionar las decisiones a tomar en las sedes institucionales europeas se deduce de la panorámica sobre la principal realidad de la Unión Europea: como mejor se verá a continuación, el marco que se deduce de los respectivos ordenamientos está ahora más articulado, tanto en lo referente a los elementos constitutivos de la responsabilidad, como sobre el plano de las consecuencias sancionadoras y de la misma finalidad político-criminal perseguida en los diversos sistemas penales de los estados miembros. El mismo recurso creciente a instrumentos europeos de armonización en esta materia es indicativo de la aspiración a superar la actual falta de un perfil unitario en el contexto europeo sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.

Por lo demás, las contribuciones para la armonización no están configuradas como el fruto de una elección política a favor de un particular modelo de construcción de tal responsabilidad. Más bien se fijan fórmulas de síntesis sobre las cuales es más fácil alcanzar un acuerdo difuso por parte de varios estados miembros; los estándar así delineados permiten una aproximación de las normas nacionales, previniendo, al mismo tiempo, una reacción ante cuerpos extraños a la respectiva tradición jurídica. No estamos, por tanto, ante una elección política que conceda hegemonía a un particular modelo normativo en su articulación específica, sino que se confirma también sobre este punto neurálgico la importancia del ya mencionado proceso de circulación de soluciones jurídicas, el cual tiende a colocar la solución supranacional adoptada en un punto intermedio en el mapa de decisiones adoptadas por los diversos sistemas jurídicos.

Una aclaración sobre la situación general anterior es a este respecto necesaria.

III. TÉCNICAS DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Hoy la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se centra en su admisibilidad o no, sino en la modalidad con la que viene construida y en la naturaleza que, en consecuencia, se le debe atribuir. De esta forma, la problemática que lleva implícita se puede sistematizar convencionalmente

en dos grandes áreas, según se refieran a la estructura interna de la responsabilidad o más bien al ámbito en el cual esta viene reconocida.

En el ámbito interno, se toman en consideración en primer lugar los criterios de imputación del hecho a la persona jurídica, con particular referencia tanto al componente objetivo (causación/omisión), como al subjetivo (la culpabilidad: en la forma tradicional del dolo o de culpa, o más bien como culpa de la organización por la falta de adopción de medidas cautelares generales). No menos complicado es el problema de la tipología de sanciones adecuadas en esta materia (pecuniarias e interdictivas, o también rehabilitadoras mediante formas de administración sustitutiva). Las respuestas a tales problemas condicionan la solución al tema de fondo de la naturaleza atribuida a la responsabilidad respectiva, penal o administrativa, cuestión esta respecto a la cual pueden adoptarse criterios de tipo formal (*nomen iuris*), sustancial (bienes afectados) o procesal (regulación del órgano que aplica las sanciones).

Por otro lado, en relación a las por así decirlo líneas externas de delimitación del ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas, están en juego: la individualización del carácter exclusivo o cumulativo con la responsabilidad penal individual; el alcance general o, por el contrario, solo sectorial para grupos o supuestos de delitos; la limitación de la responsabilidad a la sociedad en sí misma o, por el contrario, la consideración de la estructura del grupo al que pertenece.

Si alguna de estas líneas recibe respuestas diferentes en los distintos sistemas penales positivos, puede determinarse en el contexto europeo común en la aparición de la tendencia internacional a una mayor responsabilización por parte de las empresas(16). En los últimos veinte años las respuestas de los respectivos ordenamientos han incrementado cada vez más los ámbitos y han hecho más incisivas las sanciones en los casos en los que las personas jurídicas son llamadas a responder por las consecuencias de los delitos, poniendo, de hecho, en evidencia la crisis del antiguo pensamiento *societas delinquere non potest*. A la luz de las soluciones avanzadas por los distintos sistemas penales sobre la cuestión de la estructura y el ámbito de la responsabilidad, se trata de captar qué naturaleza se atribuyen a la respectiva responsabilidad: administrativa, penal o una forma específica para las personas jurídicas, intermedia entre estas dos más tradicionales. Este examen no debe seguir criterios formales o nominalistas, es decir, basarse en la reconducción de la disciplina singular a categorías abstractas, sino que más bien, según enseña el

(16) Establecida en las Conclusiones del XIV Congreso de Derecho Comparado sobre este tema: cfr. TIEDEMANN, *Strafbarkeit von Juristischen Personen? –Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblicken für das deutsche Recht–*, en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN, *Freiburg Begegnung*, Heidelberg, 1996, p. 32.

método comparativo contemporáneo, la investigación se debe desarrollar en clave teleológica, constatando las consecuencias concretas sobre el alcance y criterios que regula la respectiva responsabilidad. Una vez establecidas tales soluciones será útil verificarlas en relación a los perfiles que la responsabilidad de las personas jurídicas asume en el derecho europeo.

IV. TRES TIPOS DE RESPONSABILIDAD

El modelo de referencia de la responsabilidad administrativa de las empresas es el ofrecido por el sistema alemán, el cual en el parágrafo 30 de la Ley sobre Ilícito Administrativo la configura de forma pormenorizada: en la formulación vigente se prevé una sanción pecuniaria contra personas jurídicas y asociaciones por hechos delictivos que les hayan reportado ganancias. La entidad de la sanción pecuniaria no se mide según el sistema de las penas de la misma clase (sistema de días-multa), sino únicamente en atención al beneficio obtenido con el delito (absorbiendo así la función de la correspondiente sanción penal del comiso del parágrafo 73 del StGB). Es interesante también hacer notar que, sin embargo, en los últimos años en el panorama de la doctrina alemana despuntan autores favorables a una conexión del sistema penal con funciones y objetivos de la política criminal, prefiriendo mantener cerrado el camino hacia una regulación en términos auténticamente penales de la responsabilidad de los entes colectivos: de estos, Jakobs apoyándose en la noción de identidad de la persona, utiliza la necesidad de la culpabilidad configurada en términos de conciencia y no de mera adecuación al fin de las norma penal (desviándose por tanto de precedentes adoptados sobre la categoría)[17]; o quien como Schünemann, atendiendo a la gravedad de cierta criminalidad económica, pero, sin embargo, manteniéndose firme en el rechazo a una responsabilidad penal solo en términos de imputación del resultado, propone un instrumento sancionador más eficaz que la sanción pecuniaria del citado parágrafo 30, que acompañaría a la misma con una subposición de curatela (administración controlada) por parte del juez, pero que quedaría sin embargo siempre en el ámbito administrativo[18].

El modelo de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se configura esencialmente como una respuesta a las exigencias de impedir la función criminógena de las empresas, sin fracturar la barrera dogmática de una intervención propiamente penal. Este modelo ha prevalecido asimismo en Austria y, por mucho tiempo también, en Italia, además de haber

(17) Cfr. JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, en *FS für K. Lüderssen*, C. Prittwitz et al. (Hrsg.), Baden Baden, 2002, p. 559 y ss.

(18) SCHÜNEMANN, *Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel*, in *Unternehmenskriminalität*, Schünemann (Hrsg.), Köln 1996, p. 129 y ss., y sobre la propuesta del nuevo sistema de curatela, p. 173 y ss.

sido recibido en los países exsocialistas más próximos al debate en lengua alemana, como así sucedió con Polonia en el año 2004. En estos sistemas la especialidad de la regulación respecto al sistema penal en sentido estricto se refleja en una normativa externa al código penal, teniendo una naturaleza cuando menos mixta (es el caso del Derecho Penal Administrativo-*Verwaltungsstrafrecht*): al ilícito se le dota de todas las garantías penales (legalidad, determinación, culpabilidad), si bien su estructura se simplifica respecto a las diversas formas de manifestación y sobre todo, se mantiene un tratamiento diferente en lo concerniente a los órganos de investigación. En general, se observa un progreso con relación al hecho de limitar de forma radical la responsabilidad de las personas jurídicas a sanciones administrativas carentes de garantías penales: solución esta de origen francés y que actualmente solo existe en Grecia.

Como ejemplo de solución idealmente opuesta, caracterizada por atribuir una naturaleza exclusivamente penal a la responsabilidad de las personas jurídicas, se presenta el actual sistema francés. El nuevo Código de 1994 regula por primera vez de manera general y detallada la responsabilidad de las **personas morales**: esta se basa, sin excluirla, en la de las personas físicas que han concurrido a la realización del hecho cometido por cuenta de la persona jurídica, de la cual se es órgano o representante (art. 121.2). Esta previsión de principio se fundamenta en una amplia escala de sanciones penales ad hoc (pecuniarias, interdictivas, de control de la actividad, de publicación de la sentencia de condena, hasta la misma liquidación de la persona jurídica), diferenciadas por clases de delitos cometidos y cuyos contenidos se adecuan a las características de las personas jurídicas (arts. del 131-37 al 131-49; para los casos de reincidencia arts. del 132-12 al 132-15). Por otra parte, la fundamental elección político-criminal francesa a favor de tal responsabilidad penal de las personas jurídicas es completada por una especificación de los casos en los que esta viene reconocida: a la previsión en la parte general de los requisitos de la responsabilidad en cuestión, se acompaña la indicación en la parte especial de casos singulares de delitos en los que las personas jurídicas pueden ser responsables(19).

El sistema francés no está ciertamente aislado en la actualidad: a la relevante tradición favorable a la punibilidad de las *corporations* del Reino Unido, se han añadido numerosos otros países europeos que, en los últimos treinta años, han adoptado la forma de responsabilidad directa de las

(19) Esta novedad ha suscitado también interés en la Doctrina italiana: cfr. SALAZAR, *Il nuovo codice penale francese*, *Cassazione penale*, 1992, 2271 s.; GUERRINI, *La responsabilità delle "Personnes Morales" nel nuovo codice penale francese*, *Le Società*, 1993, 691 s.; DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle* personnes morales, *RIDPP* 1994, par. 5 s.

personas jurídicas. Así, Holanda en 1976, Portugal (que en el Código Penal de 1982 preveía la posibilidad de una responsabilidad penal de sujetos distintos de las personas físicas y que ha hecho ampliamente uso de tal posibilidad: cfr. Art. 3D.L. 28/84, de 20 de enero: sobre régimen legal de las infracciones económicas, pero también de delitos tributarios, financieros y ambientales), Suecia (que en el año 1986 ha introducido en la Sección 36 de su código criminal las *corporales fines*: sez. 7-11), Noruega en el año 1992, Finlandia (decreto-ley 95/93, junio), Dinamarca en el año 1996 (par. 25-27 del Código penal), y finalmente, Bélgica en 1999. De otra parte, la misma solución existe desde hace tiempo, fuera de los confines europeos, al menos en los sistemas del capitalismo avanzado: USA, también Canadá, Japón y Australia(20).

Entre los dos polos extremos de la responsabilidad existe una gama muy amplia de soluciones intermedias: algunos ordenamientos, fundamentalmente favorables a la responsabilidad de las personas jurídicas, son, de hecho, reticentes a su regulación directa en términos propiamente penales. En el Código Penal español de 1995 la dificultad señalada surge del art. 129, el cual prevé sanciones específicas para las empresas, pero las regula como consecuencias accesorias y no principales, dejando del todo indeterminada la precisión de los respectivos requisitos de imputación(21). Sin embargo, la autonomía de una solución ad hoc surge con particular claridad en Italia, donde al dar cumplimiento a una serie de obligaciones internacionales(22), se ha configurado una tipología de responsabilidad de las personas jurídicas que, pese a ser declarada su naturaleza administrativa, presenta significativos caracteres penales. El Decreto Legislativo n. 231 n. 300 ("Regulación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de la sociedad y de las asociaciones privadas con personalidad jurídica") ha instituido un complejo e innovador sistema que abarca los presupuestos y

(20) Cfr. KREMNITZER/GHANAYIN, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, *ZStW* 113 (2001), p. 539 y ss.

(21) Cfr. DE LA CUESTA, *Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal*, in Arroyo Zapatero/Berdugo (Dir.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, Castilla La Mancha - Salamanca, p. 967 y ss.; ZÚÑIGA, *Bases para un Modelo*, p. 209 y ss.

(22) Ley 300/2000, de 29 de septiembre, la cual ratifica y da ejecución a los siguientes convenios internacionales elaborados en base al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea: Convención sobre la tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea, hecha en Bruselas el 26 de julio de 1995, del primer Protocolo hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996, del Protocolo concerniente a la interpretación en vía prejudicial, por parte de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea de dicha Convención, con anexa declaración, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1996, además de la Convención relativa a la lucha contra la corrupción en la cual estén involucrados funcionarios de la Comunidad Europea o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecha en Bruselas el 26 de mayo de 1997 y de la Convención OCSE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios público extranjeros en las operaciones económicas internacionales, con anexo, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, delegando al Gobierno la disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de los entes privados con personalidad jurídica.

los límites de la responsabilidad, pero también aspectos de prevencion de los ilícitos cometidos por los entes colectivos, como el relativo al sistema de investigación.

La idea de fondo, afirmada en el inicio de la ley (art. 1), es simple: de la comisión de un delito por parte de una persona física que se encuentra en una determinada relación con un ente colectivo deriva (también) un ilícito administrativo imputable a este último. El delito cometido por un sujeto ligado a un ente colectivo produce un efecto doble y contradictorio: por un lado de dependencia, por otro de alteridad. De hecho, la responsabilidad individual se apoya en la del ente colectivo, la cual, sin embargo, procediendo idealmente de un delito abstractamente atribuible a una persona física viene, por el contrario, calificada como administrativa.

Sin embargo, debido a que la naturaleza de una disciplina deriva no de la calificación atribuida por quien se la pone, sino del conjunto de su regulación, no se tarda en superar esta etiqueta administrativa proclamada por la denominación de la Ley. En primer lugar, la responsabilidad está dotada de un marco de garantías de origen penal –como el principio de legalidad (art. 2), la retroactividad de la ley más favorable al reo (art. 3), las condiciones para la aplicación de la ley italiana a hechos cometidos en el extranjero (art. 4)– que expresan y desarrollan un patrimonio procedente del derecho penal administrativo, el cual encuentra en Italia su sistematización en la Ley 689/1981. Por lo demás, numerosas disposiciones representan una adaptación al terreno específico de modelos elaborados en el contexto penal y que ahora son implantados en el ámbito de la responsabilidad penal administrativa de la Ley 689/1981 (tentativa y desistimiento: art. 26; reiteración: art. 20; pluralidad de ilícitos: art. 21; prescripción: art. 22; renuncia a la amnistía: art. 8.3). La vertiente sancionadora presenta tanto sanciones pecuniarias (configuradas por primera vez en Italia según el sistema de días-multa) como un nutrido arsenal de sanciones interdictivas, como el comiso y la publicación de la sentencia condenatoria (art. 8). Pero, sobre todo, la prueba más evidente de la contaminación penal de la responsabilidad en cuestión se ofrece en la vertiente relativa a la investigación procesal: la competencia para conocer los ilícitos administrativos de los entes colectivos se atribuye al juez penal competente por los delitos de los cuales se derivan los citados ilícitos administrativos (art. 36); el ente colectivo asume también la posición procesal de imputado y, en cuanto le sean compatibles, se les aplicará las disposiciones respectivas (art. 25).

En cuanto a los criterios de imputación previstos, es necesario, ante todo, que el delito se haya cometido en interés o en beneficio de la persona jurídica por dos categorías de sujetos (art. 5):

a) sujetos situados en la cúspide del ente colectivo (también bastan solo funciones de hecho, de representación, administración o dirección del ente colectivo o de una parte dotada de autonomía administrativa o financiera);

b) sujetos sometidos a los primeros, cuando se pruebe que estos han omitido la respectiva vigilancia (art. 7.1).

Por otra parte, la responsabilidad del ente colectivo, que presupone la comisión del delito por parte de las personas físicas indicadas, no depende de estas necesariamente, afirmándose, por el contrario, la autonomía de las dos responsabilidades: el ente colectivo responde también en caso de que la persona física no sea imputable, o no esté identificada o concurra una causa de extinción del delito distinta de la amnistía (art. 8).

La parte más innovadora de la ley es, sin embargo, la incorporación de mecanismos de prevención interna dirigidos a anticipar la lucha contra hechos ilícitos respecto al momento puramente represivo: sobre la base de la experiencia americana del *compliance programms,* se prevé la posibilidad de que la persona jurídica quede libre de responsabilidad (salvo el comiso del beneficio obtenido por el delito: art. 6, último apartado), si prueba haber adoptado específicos procedimientos de organización y gestión "dirigidos a prevenir delitos de la clase de los que se han cometido" (art. 6.1 a), y que, al mismo tiempo, se hayan creado órganos internos de control de la evolución de tales programas internos que hayan vigilado efectivamente a los directivos (art. 5.1 a) que han actuado eludiendo fraudulentamente a sus órganos internos de control.

Los mecanismos preventivos que la entidad ha de adoptar deben responder a ciertos requisitos expresamente regulados en el art. 6.2 y pueden generalizarse en códigos de comportamiento aprobados por las asociaciones del ramo y comunicados al Ministerio de Justicia.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad por el delito de las personas jurídicas, existen numerosas previsiones al respecto: al núcleo originario de los delitos de percepción indebida de fondos y estafa relativa a la financiación pública, el fraude informático (art. 24), corrupción y extorsión (art. 25), se han agregado: la falsificación de moneda y tarjetas de crédito (art. 25 *bis*), delitos societarios (art. 25 *ter*), delitos de terrorismo (art. 25 *quater*), los relacionados con la trata de seres humanos (art. 25 quinquis) y, por último, delitos de *insider trading* (art. 25 *sexies*).

A pesar de la indiscutible complejidad de esta disciplina, lo que no facilita una rápida articulación en la práctica, la misma presenta, sin embargo, rasgos muy innovadores respecto a los polos tradicionalmente llamados

a absorber las alternativas sobre la materia. No obstante, esta valiente elección de integrar intervenciones preventivas en el mecanismo previsto por la ley, debemos reconocer que difícilmente este tercer modelo puede asumir un valor de atracción en el contexto europeo. Los numerosos documentos de la Unión Europea que se ocupan de problemas relativos a la responsabilidad de las personas jurídicas no solo dejan abierto del todo la cuestión de la naturaleza, sino que, sobre todo, desconocen absolutamente el efecto de incentivo de los mecanismos de prevención internos, confiados a códigos de comportamiento aprobados por las mismas asociaciones del ramo a las que pertenecen las entidades en cuestión.

V. UNIÓN EUROPEA Y ARMONIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El *trend* a favor de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, evidenciado en el último decenio, tiene como transfondo sustancial la creciente conciencia de la importancia de oponerse a las ofensas de sujetos colectivos contra los bienes penalmente tutelables, lo que sobre el plano formal ha sido favorecido por una serie de procedimientos de armonización adoptados por la Unión Europes. Ya el Consejo de Europa a fines de los años ochenta –mediante un típico instrumento de *soft law* como es la recomendación– invitó a los estados miembros a adoptar un amplio abanico de sanciones contra las empresas dotadas de personaliad jurídica por los delitos cometidos en el ejercicio de su actividad. Pero ha sido sobre todo la Unión Europea, en el ámbito de la nueva competencia en el sector de la cooperación penal a partir del Tratado de Maastrich, la que ha ampliado progresivamente la obra de la armonización a favor de la responsabilidad de los entes colectivos en los ordenamientos de los estados miembros.

El emergente filón normativo supranacional está ligado a los intereses financieros de la Unión Europea, siendo el bien jurídico institucional europeo que, antes que ningún otro, ha emergido con la suficiente nitidez para reclamar una tutela ad hoc, al menos a través de una respuesta normativa coordinada en todos los estados miembros de la Unión. Por ejemplo, la ya recordada solución vigente en Italia en el 2001 ha sido introducida para dar cumplimiento, entre otras, a la Convención de la Unión Europea de 1995 sobre la tutela de los intereses financieros y al Protocolo de 1996.

Pero el proceso señalado ha tenido súbitamente una decisiva aceleración con los nuevos instrumentos normativos que, siempre en el ámbito del tercer pilar –el relativo a la Justicia y a los asuntos internos– han sido puestos a disposición de la Unión con la finalidad de armonización normativa: primero las acciones comunes y luego la versión de los Tratados suscrita en Amsterdam y que entró en vigor en 1999. Por lo que se refiere a las decisiones marcos han

sido utilizadas para diseñar los rasgos comunes en el ámbito europeo sobre temas centrales de política criminal. En estas es frecuente que la previsión de la responsabiliad de las personas jurídicas tenga un denominador común: se centra, en términos generales, en el título II de la acción común de febrero de 1997, en la trata de seres humanos y en la explotación sexual infantil, así como en el art. 3 de la acción común, en la punición de la participación criminal de diciembre de 1988. Posteriormente y con mayor precisión, se adoptan las decisiones marcos sobre la falsificación del euro, de mayo de 2000 (art. 8: responsabilidad; art. 9: sanciones); de los medios de pago distintos del monetario, de mayo de 2001 (art. 7: responsabilidad; art. 8: sanciones); sobre la lucha contra el terrorismo, de junio de 2002 (art. 8: responsabilidad; art. 9: sanciones); de la lucha contra la trata de seres humanos, de julio del mismo año (art. 4: responsablidad; art. 5: sanciones); sobre el trafico ilicito de stupefiantes de 2004 (art. 6: responsablidad; art. 7: sanciones).

Este elenco es ejemplificativo de la frecuencia con la que tales instrumentos europeos han hecho uso de previsiones de armonización de la materia. En particular, se encuentran reglas sobre el nexo de conexión entre la persona física y la jurídica (el ilícito debe ser cometido a beneficio de esta última o por quien ocupa una posición dirigente o por una persona dependiente frente al cual el primero ha omitido el deber de control), sobre la autonomía de las dos responsablidades, sobre la exclusión de las personas jurídicas públicas como el estado y las organizaciónes internacionales, así como un catálogo de las sanciones que llegan a la clausura de uno o más establecimientos (sin indicar, sin embargo, la liquidación de la persona jurídica). No obstante esa profusa regulación, falta una mención sobre la calificación de la responsabilidad o de las respectivas sanciones en términos penales o no: aspecto del que no se ha querido adelantar nada para así no vincular a los estados miembros a atribuir una específica naturaleza a la responsabildiad con relación a la cual se pide su introducción.

El efecto de armonización de la Unión Europea no afecta por tanto a la intangibilidad formal del antiguo pensamiento de *societas delinquere non potest:* en una realidad económica caracterizada por la presencia de los entes colectivos, frecuentemente asociados en estructuras de grupo, la alternativa no pasa más por la disyunción entre reconocer o no la responsabilidad de las personas jurídicas, sino más bien en cómo configurarla: a este fin el análisis comparativo aparece como un instrumento de gran utilidad y enriquecimiento para las soluciones que se están experimentando sobre un terreno tan delicado, como al mismo tiempo, tan importante.

Programas de "compliance" en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica(*)

Prof. Dr. Ulrich SIEBER
(Alemania)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Programas de "compliance" en la realidad jurídica. **1.** Designación y difusión de los programas. **1.1.** Conceptos variados. **1.2.** Investigaciones empíricas. **2.** Contenido de los programas. **2.1.** Objetivos y valores. **2.2.** Concepciones procesales. **2.3.** En especial: los programas "compliance" para impedir la criminalidad empresarial. **3.** Características de los nuevos sistemas de regulación. **3.1.** Creadores. **3.2.** Espacios de libertad y formas de regulación. **3.3.** Interacción funcional entre los sistemas de regulación. **III.** Programas de "compliance" en el vigente Derecho Penal de la empresa. **1.** Bases pertinentes del Derecho Penal de la empresa. **1.1.** La responsabilidad penal individual de los trabajadores de la empresa. **1.2.** La responsabilidad contravencional de las empresas. **2.** Consideración de los programas de "compliance" en el Derecho Penal y contravencional vigentes. **2.1.** Relevancia de los programas de "compliance" para la responsabilidad individual. **2.2.** Relevancia de los programas de "compliance" para la responsabilidad de la empresa. **3.** Resultado parcial. **IV.** Programas de "compliance" y prevenciòn criminal. **1.** Idoneidad de los programas de "compliance" para la prevención de la criminalidad. **1.1.** Conocimientos criminológicos. **1.2.** Ventajas de la autorregulación y de la corregulación. **1.3.** Contenidos específicos de la prevención de la criminalidad. **1.4.** Límites fácticos. **1.5.** Límites jurídicos. **1.6.** Resultado parcial y consecuencias. **2.** Obligaciones legales para medidas de "compliance". **3.** Estructuras de estímulo en el Derecho Penal de la empresa. **V.** Resumen.

(*) Traducción hecha por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez. El artículo fue publicado anteriormente en "Festschrift für Klaus Tiedemann", Colonia, 2008, pp. 449-484, bajo el título "Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität".

I. INTRODUCCIÓN

La obra científica del homenajeado y venerable maestro académico mío Klaus Tiedemann se caracteriza por la investigación de cuestiones actuales mediante el empleo de una amplia concepción metodológica. Prueba de esto son sobre todo sus investigaciones en el campo del Derecho penal económico y del Derecho penal europeo, investigaciones que siempre se adelantaron a su tiempo y anticiparon importantes desarrollos jurídicos. Lo característico de la "escuela" de Klaus Tiedemann se manifiesta sobre todo en su proceder metodológico, el cual además de la dogmática penal incluye también a la criminología, el Derecho comparado y la investigación interdisciplinaria.

La presente contribución prosigue esta escuela en el campo de investigación central de Klaus Tiedemann: el Derecho penal económico. Aquí se investiga en qué medida los programas de "compliance" desarrollados en los EE. UU., también podrían tener importancia en Alemania y, especialmente, influir en el Derecho penal de la empresa que el homenajeado ha estudiado tanto. Dado que los programas de "compliance" frecuentemente son creados por la vía de una corregulación estatal y privada, este análisis también tiene que ver con el ámbito límite entre el Derecho, la teoría del Derecho, la criminología, la sociología y la economía. En esto se verá que los cambios que conllevan los programas de "compliance" plantean fundamentales cuestiones de futuro relacionadas con una privatización de la prevención del delito y del control de la criminalidad a través de sistemas autorreferenciales de "autorregulación regulada".

Los programas de "compliance", así como los nuevos controles dirigidos a prevenir la criminalidad vinculados con aquellos, constituyen una reacción a los espectaculares escándalos en el campo de la criminalidad económica que ocurrieron hace poco tanto en los EE. UU. como también en Europa: los desastres empresariales p. ej. de *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* y *Flowtex* han corroborado, en los últimos años, el diagnóstico dado pioneramente por Tiedemann en el sentido de que la criminalidad económica también puede llevar a la ruina de empresas grandes y a graves perjuicios para toda la sociedad[1]. Por ello, tanto en las empresas como también en el

(1) Las falsedades contables de la empresa *Woldcom,* que se declaró en insolvencia el 2002, causaron en los EE. UU. un perjuicio de 107 mil millones de dólares americano (cfr. <http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy>, al 10 de enero de 2008). En el caso de la empresa *Enron* que entrara en insolvencia el 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, importaba alrededor de 60 mil millones de dólares americanos (cfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Enron_scandal>, al 10 de enero de 2008). En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta *Flowtex* causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes (cfr. el panorama ofrecido en "Manager-Magazin", <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,159227,00.html>, al 10 de enero

legislador han tenido cabida, a nivel mundial, nuevos conceptos para una mejor dirección de la empresa. Entre los conceptos más usados están: "programas de compliance", "risk management", "value management" y "corporate gobernance", así como "business ethics", "integrity codes", "codes of conduct y "corporate social responsibility". Estas palabras-clave describen medidas destinadas a orientar la dirección empresarial en valores éticos y que, bajo procedimientos especiales, también están destinadas a impedir la criminalidad empresarial. En el ámbito legislativo de los EE.UU., como consecuencia de los escándalos de *WorldCom* y *Enron*, especialmente la "Sarbanes-Oxley Act de 2002 prevé deberes generales y especiales de organización dirigidos a las empresas(2). Además, como incentivo para crear las correspondientes medidas preventivas, el Derecho Penal empresarial estadounidense, en sus "sentencing guidelines" al igual que el Derecho Penal empresarial italiano del 2001, concede rebajas de pena en caso de haber existido programas apropiados de "compliance"(3). También en Japón se está pensando sobre una concepción similar en el marco de la reforma del Derecho Penal de la empresa(4). En Alemania existen deberes legales de organización en determinados ámbitos de actividad y la cuestión referida al control de la criminalidad empresarial a través de planteamientos de compliance se ha puesto en evidencia para un público más amplio, a más tardar a partir de 2007 a través de la investigaciones en el caso de corrupción de Siemens.

Teniendo como escenario este desarrollo internacional, el presente trabajo se dedica, en su primera parte, a analizar primero en qué medida los nuevos "corporate codes" también tienen importancia en Alemania, cuál es su contenido, quién ha sido su creador y que modificaciones fundamentales están unidas a ellos en cuanto a la prevención de la criminalidad empresarial y a la dirección jurídica de las empresas. La segunda parte del trabajo investiga si los programas de "compliance" tienen ya ahora importancia de lege lata en el Derecho penal de la empresa. La tercera parte analiza, finalmente, cuál sería el potencial que estos nuevos sistemas de dirección de

de 2008). En el caso del consorcio italiano *Parmalat*, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente 23 mil millones de euros (comp. "Arie The Observer" del 4 de enero de 2004, <http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,1115471,00.html>, al 4 de enero de 2008). A este perjuicio material de la criminalidad económica se suman los daños inmateriales enfatizados tempranamente por Tiedemann, especialmente a través de los efectos de contagio y de resaca de los delitos. Cfr. al respecto Tiedemann, "Verhandlungen des 49. DJT" (1972), p. C 21 y ss.

(2) Pub. L. N° 107-204, 116 Stat. 745. Cfr. detalles sobre su contenido más abajo en las notas 29 y 102.

(3) Cfr.al respecto más detalles abajo en IV.3, así como las refs. en la nota 31.

(4) Cfr. el libro de la Jornada del 21st. Century Center of Excellence-Waseda Institute for Corporation Law and Society (COE), "International Symposium on Corporate Crime – The Relationship Between the Compliance Programs and Legal Responsibilities of Japanese Corporations, The International Standard on Compliance and Japanese Corporation Law and Society", enero de 2007 (versión hectografiada).

los “corporate codes” tendrían para la futura política criminal y, en especial, para el desarrollo del Derecho Penal de la empresa. Aquí también se profundiza el análisis de la cuestión de en qué medida las modificaciones vinculadas con todo esto sustentarían la exigencia expuesta por Tiedemann hace ya mucho, en el sentido de que se debería concebir un Derecho Penal empresarial basado en la culpa por organización de las empresas.

II. PROGRAMAS DE “COMPLIANCE” EN LA REALIDAD JURÍDICA

1. Designación y difusión de los programas

1.1. Conceptos variados

Los conceptos mencionados de “Compliance Programs”, “Risk Management”, “Value Management” y “Corporate Governance”, así como “Business ethics”, “Integrity Codes”, “Codes of Conduct” y “Corporate Social Responsibility” describen nuevos conceptos de la dirección empresarial. Todos ellos definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos en la dirección de las empresas. No obstante, no se puede diferenciar entre ellos de manera precisa y, en parte, ellos tampoco pueden ser definidos claramente(5).

Si uno analiza el contenido de estos conceptos, se observa que apuntan en primer lugar a la orientación de la dirección empresarial en determinados **objetivos y valores**. Esto es resaltado sobre todo por el conceto “Business Ethics”, el cual describe la realización de valores que van muchas veces por encima de las exigencias normadas legalmente. Un contenido similar tiene también el concepto “Integrity Codes” el cual insinúa igualmente un amplio ámbito de objetivos. El concepto “Corporate Social Responsibility” atañe incluso a una más amplia responsabilidad de las empresas incluyendo también la realización de tareas sociales.

Sobre todo los conceptos mencionados más arriba apuntan no solamente a valores sino inlcuso de manera más fuerte a **procedimientos para su protección organizativa** o para el cumplimiento de exigencias legales: los “Codes of Conduct” constituyen pautas generales de conducta. La fórmula, de difícil traducción, “Compliance Programs” (de manera literal “programa de cumplimiento” o “programa de respeto” de reglas) abarca procedimientos para el respeto de objetivos trazados (sobre todo legales, pero en parte también éticos u otros). En este sentido, en Alemania dicho concepto se ha

(5) Cfr. al respecto de la literatura jurídica, VON WERDER Y OTROS (eds.) “Deutscher Corporate Governance” Kodex Kommentar”, 3ra. ed., 2008, los comentarios en el n. marg. 3 y ss., donde se señalan “los estándares de la buena dirección empresarial que, en cuanto a los detalles, son muy heterogéneos” (traducción libre).

hecho conocido sobre todo en relación con departamentos de "compliance" de instituciones crediticias en el marco de la lucha contra el lavado de dinero(6). El término "Value Management", yendo más allá de las exigencias legales, se refiere a la protección organizativa de todos los valores materiales e inmateriales de la empresa. El concepto "Corporate Governance" (literalmente, "dirección de la empresa") es referido en parte, en un sentido amplio, a cualquier forma de dirección de la empresa, pero frecuentemente, en un sentido más estrecho, es empleado solo para describir la estructura organizativa de empresas, tal como exige el "Deutsche Corporate Governance Kodex" (Código alemán de dirección de las empresas), sobre todo en relación con la transparencia de la estructura de las sociedades anónimas(7).

1.2. Investigaciones empíricas

La indeterminación terminológica de los conceptos mencionados dificulta la obtención de expresiones empíricas sobre el contenido y la difusión de los distintos programas. En Alemania se encuentran datos pertinentes, sobre todo en cuanto a las **reglas de la Corporate Governance**, concepto que puede determinarse en cierto modo a través del Código alemán de administración de empresas del año 2002(8).

- En una investigación anterior (publicada el año 2001 por *Pellens/Hillebrandt/Ulmer*(9)) sobre la existencia, en Alemania, de directivas referidas a la "corporate governance", se preguntó a las cien empresas listadas en el "Índice alemán de las cotizaciones en Bolsa DAX lo que ellas entendían por el concepto "Corporate Governance". El 85 % de las empresas participantes mencionaron en primer lugar la "transparencia empresarial". En segundo lugar, casi el 74 % de las personas entrevistadas mencionó el "control de la empresa".
- El Informe-índice de *von Werder/Talaulicar*, de aparición periódica, analiza el cumplimiento de las disposiciones del Código alemán de "Corporate Governance" por parte de 200 empresas que

(6) Cfr. así, FLEISCHER, NZG 2004, p. 1129 (1131); LÖSLER, "Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern", 2003, p. 119 y ss.

(7) Los preceptos de transparencia recomendados o también solamente sugeridos mediante el "Deutscher Corporate Governance Kodex" de 2002, sobre la base del art. 161 de la AktG [Ley de sociedades anónimas], están sobre todo destinados a favorecer el valor de bolsa de las empresas. El Código diferencia entre recomendaciones y sugerencias, pero ninguno de los dos es jurídicamente vinculante de manera directa. Sin embargo, según el art. 161 AktG, una empresa tiene que explicar, en relación con las recomendaciones, si estas han sido respetadas o no por la empresa (los llamados procedimientos de "comply or disclose" ["cumple o destapa"]. Cfr. al respecto ambién abajo en II.3.c) en el texto antes de la nota 42.

(8) Cfr. SCHÜPPEN en ZIP 2002, p. 1269 (1271).

(9) Cfr. PELLENS/HILLEBRANDT/ULMER en BB 2001, p. 1243 y ss.

se encuentren listadas en el DAX o en cualquier otro indicador alemán de las cotizaciones de acciones[10]. Según esta investigación, a principios del 2006 un total del 95,3 % (el 2005: 96,3 %) de estas empresas siguieron las recomendaciones del Código, y el 85,2 % (el 2005: 82 %) lo hicieron con respecto a las sugerencias hechas allí[11].

- El estudio sobre "Corporate Governance" publicado últimamente el 2007 por la consultora de empresas *Heidrick & Struggles*[12] analiza cada dos años, en especial, la estructura y la transparencia de la dirección empresarial haciendo una comparación en Europa. Tanto para Alemania como también para otros países europeos, se observa un creciente cumplimiento de las exigencias pertinentes. No obstante, en comparación con otros países europeos la situación en Alemania solamente ha mejorado de manera mínima en los últimos años, de manera que entretanto Alemania ocupa el último lugar en lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias investigadas.

- Junto a estas investigaciones se encuentran otros estudios referidos sobre todo a la cuestión de si el mercado de capitales reconoce positivamente el cumplimiento del Codigo. Al respecto todavía no se tiene un resultado claro. Mientras que la investigación de *Nowak/Rott/Mahr*[13] no pudo corroborar un influjo del "Corporate Governance" en el mercado de capitales, los análisis de *Drobetz/Schillhofer/Zimmermann*[14], así como los de *Zimmermann/Goncharov/Werner*[15] sobre el respeto a las exigencias del Código, sí observan efectos positivos en el valor de las empresas.

El incremento de Códigos empresariales no solamente puede verificarse en el ámbito de las reglas de "Corporate Governance" sino también en los demás instrumentos mencionados de la ética empresarial y de la dirección de empresas, aún cuando aquí solamente se tengan algunas pocas estadísticas.

(10) Cfr. VON WERDER/TALAULICAR en DB 2006, p. 849 y ss., así como ídem en DB 2005, p. 841 y ss.
(11) Cfr. VON WERDER/TALAULICAR en DB 2006, p. 849 (855), así como ídem en DB 2005, p. 841 (846). Acerca de la diferenciación entre recomendaciones y sugerencias en el Código alemán de "Corporate Governance" ver más detalles arriba en la nota 7.
(12) Cfr. HEIDRICK & STRUGGLES, "Corporate Governance in Europe: Raising the Bar", 2007 (<http://www.heidrick.com, al 10-01-2008>), así como el studio previo HEIDRICK & STRUGGLES, "Corporate Governance in Europe: Whats's the outlook?", 2005 (http://www.heidrick.com, al 10-01-2008).
(13) NOWAK/ROTT/MAHR en ZGR 2005, p. 252 (278 y ss.).
(14) DROBETZ/SCHILLHOFER/ZIMMERMANN en ZfB 2004, p. 5 (22).
(15) ZIMMERMANN/GONCHAROV/WERNER, "Does Compliance with the German Corporate Governance Code Have an Impact on Stock Valuation? An Empirical Analysis" (<http://papers.ssrn.com/abstract=624068 al 10-01-2008>).

- El año 2005, la Fundación Bertelsmann elaboró un estudio sobre la "Corporate Social Responsibility" en general, estudio que se basa en los datos proporcionados por 500 personas con poder decisorio de empresas alemanas(16). Según los datos obtenidos, las empresas alemanas conceden un elevado valor a la responsabilidad social de la empresa. A la pregunta de frente a quién las empresas sentían tener responsabilidades, los entrevistados mencionaron en primer lugar a los clientes (97 %) seguidos por los trabajadores (96 %) y –recién en tercer lugar– a los titulares de las empresas (88 %). Los compromisos asumidos al respecto van desde la creación estructuras transparentes de "governance", pasando por la promoción de la capacitación empresarial hasta llegar a donaciones en el ámbito deportivo. En esto más de la mitad de las empresas colabora con otras empresas o con organizaciones de utilidad pública. En el 82 % de las empresas, la gerencia o el Directorio están encargados del ámbito de los compromisos sociales.
- En la investigación de PricewaterhouseCoopers, que se publica periódicamente y cuyo último estudio es del 2007, se comprueba una creciente implementación de programas contra la criminalidad económica. Para este estudio se entrevistaron a 1166 empresas alemanas. Hasta el 87 % de las empresas indicaron (según del tipo de medida) haber adoptado previsiones contra la criminalidad económica(17). Para esto las empresas confiaban sobre todo en medidas de control a través de revisiones internas o externas, mientras que las medidas preventivas habían sido desarrolladas por mucho menos empresas. En empresas con una elevada actividad controladora, el 62 % de las firmas había implementado un programa de "compliance" y un 76 % directivas de ética. En cambio, de la totalidad de las empresas entrevistadas un 61 % poseía directivas de ética, pero solamente el 37% tenía programas de "compliance" con estádares de conducta controlados(18). En los Estados Unidos, por el contrario, el 94 % de las empresas tenía directivas de ética, las cuales fueron reforzadas en el 73 % de los casos mediatne programas de "compliance".

(16) Cfr. BERTELSMANN STIFTUNG, "Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen", 2005 (<http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-0A000F14-DD42B463/bst/CSR_lay.pdf> al 10-01-2008).

(17) Cfr. PRICEWATERHOUSECOOPERS, "Wirtschaftskriminalität 2007, Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft", 2007 (<http:///www.pwc.de/fileserver/RepositoryItem/studie_wikri_2007.pdf?itemId=3169192> al 10-01-2008).

(18) Ibídem, p. 45.

- Un cuadro similar al de la investigación anterior muestra el estudio sobre criminalidad económica de KPMG, basándose en una encuesta a 420 empresas alemanas(19). Según el estudio , el 84 % de las empresas adoptó medidas para impedir acciones de criminalidad económica. Para ello las empresas apostaban sobre todo por una mejora de los controles internos y la elaboración de directivas. En cambio, se acostumbraba menos registrar y valorar los riesgos de las acciones de criminalidad económica.

También se manifiesta el incremento de medidas de compliance y de ética en la presentación de las empresas a través del internet. Especialmente en el caso de las empresas que figuran en el DAX puede encontrarse, en sus respectivas páginas web, cada vez más pautas empresariales y principios de ética. Así, por ejemplo Daimler no solamente publica un propio "Code of Ethics" y una propia "Directiva de conductas" sino también "Principios de responsabilidad social"(20). Las páginas web de *Siemens* muestran –antes y después de los casos de corrupción descubiertos el 2007– las directivas internas de la empresa para la rectitud en el tráfico comercial(21). Y también muchas otras empresas alemanas publican amplios principios comerciales para sus trabajadores. Por ello, tampoco en Alemania puede desconocerse el desarrollo hacia "Corporate Codes" y nuevas formas de dirección vinculadas con aquellos.

2. Contenido de los programas

2.1. Objetivos y valores

En las regulaciones de las empresas se definen los objetivos y valores que deben ser realizados siguiendo determinados procedimientos. Los objetivos se refieren principalmente a **impedir hechos delictivos**, especialmente de corrupción, lavado de dinero, financiación del terrorismo, delitos contra la libre competencia (mayormente acuerdos de cártel), delitos contables, defraudación tributaria, abuso de información privilegiada, delitos ambientales y revelación de secretos comerciales. Con el objetivo de impedir la criminalidad proveniente de empresas y la dirigida a empresas se protege una serie de diversos valores, los cuales incluso reciben, en parte, una mayor protección en los programas de "compliance" que en las disposiciones del Derecho penal.

(19) "KPMG-Studie 2006 zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland", 2006 (<http://www.kpmg.de/library/pdf/060626_Studie_2006_Wirtschaftskriminalitaet_de.pdf> al 10-01-2008.

(20) Cfr. <http://www.daimler.com/dccom/0-5-168351-49-168355-1-0-0-0-0-0-36-7155-0-0-0-0-0-0-0.html> al 10-01-2008.

(21) Cfr. <http://www.siemens.com/Daten/siecom/HQ/CC/Internet/About_Us/WORKAREA/about_ed/templatedata/Deutsch/file/binary/bcg_de_1032824.pdf> al 10-01-2008.

Esto rige sobre todo para la protección general de los **valores económicos de la empresa**, protección que va desde el manejo cuidadoso de la propiedad de la firma hasta la protección de los secretos empresariales. También juega un papel especial –sobre todo en interés del **mercado de capitales** y de los **titulares de participaciones**– la estructura transparente de la empresa, la cual bajo el concepto ya mencionado de "Corporate Governance" (p. ej. en Alemania para las sociedades anónimas) apunta a la independencia del Consejo de Vigilancia en relación con el Directorio, así como a la transparencia empresarial. Aquí se ubica también la muy discutida publicación de los ingresos de los miembros del Consejo de Vigilancia. Otros objetivos, en relación con los **trabajadores** de la empresa, se refieren a reglas adicionales de Derecho laboral, en relación con los **clientes**, a la seguridad de los productos vendidos, y, en relación con los **suministradores**, a la justa contratación de pedidos. A esto se añade la protección mundial de los **derechos humanos**, p. ej. para impedir el trabajo de niños, los trabajos forzados y la discriminación tal como sobre todo exige la iniciativa "Global Compact" de las Naciones Unidas(22) a aquellas empresas que actuaren de manera multinacional. Objetivos de base valorativa acordados internacionalmente se encuentan también en las "Directivas para las empresas multinacionales"(23) elaboradas por la OECD, y en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a las "empresas multinacionales y política social"(24). Ya en su trabajo de habilitación de 1969 Tiedemann había analizado de manera precisa la "animación" de la ética económica a través de la ética social (algo que subyace a los nuevos desarrollos que se están analizando) y la había integrado en su teoría de bienes jurídicos del Derecho penal económico(25).

En suma, los programas de "compliance" no solamente abarcan intereses en el ámbito de la empresa, tal como son los objetivos de los propietarios de la empresa, de los empleados de la alta dirección y de otros trabajadores (intereses que en algunos casos pueden entrar en conflicto). Con más frecuencia se incluyen más bien intereses (que pueden competir o coincidir) de los socios comerciales, de terceras personas (sobre todo de los consumidores), así como intereses sociales (p. ej. en el campo del medio ambiente). Esta variedad de objetivos y ámbitos de protección tiene por consecuencia que los programas de "compliance" y otros planes de protección de las distintas empresas varíen mucho en su contenido. Por ejemplo, en cuanto al objeto de protección existen pocas coincidencias entre las reglas de una sociedad

(22) Cfr. <http://www.unglobalcompact.org> al 10-012008.
(23) Cfr. <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf> al 10-01-2008.
(24) Cfr. La cuarta versión de la declaración de 2006 en <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi> al 10-01-2008.
(25) TIEDEMANN, "Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht", 1969, p. 105 y ss.

anónima alemana que quiera cumplir con las exigencias de transparencia del art. 161 AktG (Ley de Sociedades Anónimas), los preceptos de una empresa transnacional que quiera impedir que sus trabajadores sobornen a funcionarios públicos extranjeros, o las directivas de una empresa de internet que trate de cumplir con las disposiciones para la protección de menores en la difusión de contenidos de carácter erótico.

2.2. Concepciones procesales

En los programas de "compliance" de las diferentes empresas también hay diferencia de procedimiento para proteger los valores anteriormente mencionados. Esto depende sobre todo del ámbito de actividad de la empresa en cuestión o de su tamaño. En casi todos los programas pertinentes tiene un rol central la especificación de los objetivos buscados y los valores protegidos en un documento informativo para los trabajadores. Allí se suelen dar pautas detalladas para el cumplimiento, p. ej. cuando los trabajadores reciban regalos o invitaciones a comer o cuando ellos entreguen regalos o hagan invitaciones a clientes. Estas pautas son trasmitidas a los trabajadores en el marco de los programas de "compliance", pero también a través de cursos de capacitación. Además se introducen "procedimientos para informantes" para el descubrimiento de irregularidades que pemitan a los trabajadores, p. ej. hacer una denuncia anónima en caso de situaciones llamativas, p. ej. mediante "hotlines" anónimas para "whistleblower"(26). También juegan un papel central los controles internos y externos. En empresas más grandes hay "equipos de investigación" para el esclarecimiento de los hechos. Estas reglas son reforzadas parcialmente mediante mecanismos sancionadores al interior de la empresa (tales como medidas disciplinarias). Para una coordinación (más o menos amplia) de estas medidas muchas empresas crean su propio departamento organizador, el llamado departamento de "compliance", el cual, en las empresas más grandes, está compuesto por muchos trabajadores y, a menudo, responden directamente ante el Directorio.

En Alemania se encuentran programas preventivo-criminales de "compliance" sobre todo en los institutos de crédito, a los cuales el art. 14, párrafo 2, número 2 de la Ley contra el lavado de dinero (GWG por sus siglas en alemán) exige desarrollar "sistemas apropiados de aseguramiento y controles" destinados a prevenir el lavado de dinero. Forma parte de esto

(26) Cfr. BÜRKLE en DB 2004, p. 2158; GRASER, "Whistleblowing", 2000, p. 108 y ss.; LEDERGERBER, "Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung", 2005, p. 5 y ss.; *PRICEWATERHOUSECOOPERS* (ver nota 17), p. 32 y ss. Sobre los problemas de Derecho a la cogestión y de protección de datos de estas "hotlines" (exigidas por el "Sabanes-Oxley Act" estadounidense), cfr. en Alemania el auto dado del Tribunal Municipal Laboral de Düsseldorf (caso "Wal-Mart") en NZA 2006, p. 63 y ss.

también el cumplimiento de la exigencia de que los empleados sean confiables (art. 14, párrafo 2, número 3), que sean informados regularmente en los "métodos del lavado de dinero" (art. 14, párrafo 2, número 4) y que se señale a una persona directiva responsable de coordinar con las autoridades de persecución penal (art. 14, párrafo 2, número 1)[27]. El art. 25a de la Ley del Sistema Crediticio (KWG por sus siglas en alemán) contiene también un amplio deber de organización. Según este, los institutos de crédito tienen que presentar una "organización comercial ordenada" que garantice el respeto a las disposiciones legales. Forma parte de tal organización comercial p. ej. un "sistema apropiado de garantías para el negocio y el clientes contra el lavado de dinero y contra acciones fraudulentas" (art. 25a, párrafo 1, oración 6, numero 3), aunque también una "documentación completa de la actividad comercial" (art. 25a, párrafo 1, oración 6, número 2) y "una gestión empresarial apropiada y efectiva de los riesgos" instaurando "procedimientos internos de control" (art. 25a, párrafo 1, oración 3). También se establecen amplios deberes de organización en el art. 33 de la Ley de comercio con título-valores (WpHG por sus siglas en alemán), cuyas exigencias recién en los últimos años se han vuelto muy amplias y detalladas y que ha sido concretado a través del Reglamento del Ministerio Federal de Finanzas[28]. Según el art. 33, párrafo 1, número 1, una empresa de servicios de título-valores, para cumplir con las obligaciones legales, entre otras cosas tiene que "instaurar principios apropiados, proporcionar los medios e implantar procedimientos", para lo cual debe, especialmente, implementarse una función de compliance permanente y efectiva que pueda cumplir con sus tareas de manera independiente". Esta y numerosas otras previsiones, que el art. 33 WpHG conoce como organizativas, están destinadas a evitar las infracciones legales en el tráfico con título-valores (p. ej. abusos de información privilegiada). Estos deberes de organización son complementados a través de deberes de comunicar determinados negocios a la Oficina Federal de Control de Servicios Financieros (art. 9 WpHG) y –de manera correspondiente a las reglas sobre lavado de dinero– mediante deberes de denunciar casos sospechosos (art. 10 WpHG).

Desde el 2002 se puede observar una considerable ampliación de los correspondientes programas y deberes de las empresas con actividades en los Estados Unidos. Esto se debe a que en dicho año se emitió la "Sarbanes-Oxley

(27) Cfr. FÜLBIER/AEPFELBACH/LANGWEG, "Kommentar zum Geldwäschegesetz", 5ta. ed., 2006, § 14, GWG, n. marg. 74 y ss.

(28) Cfr. Ministerio Federal de Finanzas, "Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen" [Reglamento para la concreción de las reglas de conducta y exigencias de organización a las empresas dedicadas a los servicios con título-valores], de fecha 20 de julio de 2007 (BGBl. I, p. 1432).

Act", la cual prevé de manera muy detallada distintas medidas preventivas que las empresas están obligadas a adoptar. Entre estas medidas cuenta sobre todo la responsabilidad directa del directorio de la empresa por el área de "compliance", la pronta publicación de cambios sustanciales de la situación financiera y comercial de la empresa, la creación de directivas de ética, la instauración de "Audit Committees" y de controles internos de la publicación, así como el establecimiento de "hotlines" anónimos[29].

2.3. En especial: los programas "compliance" para impedir la criminalidad empresarial

Resulta evidente que para cuestiones de la **criminalidad empresarial** y del **Derecho penal de la empresa** no puede jugar un papel esencial el hecho de que, a través de regulaciones transparentes de "Corporate Governance", la empresa eleve el curso bursátil de sus acciones, financie jardines infantiles con su programa de "Corporate Social Responsibility", o que sus directivas cumplan con objetivos empresariales útiles. Para el control de la criminalidad empresarial y el Derecho penal de la empresa, estos Códigos empresariales son ciertamente interesantes bajo el punto de vista general de constituir nuevos sistemas de dirección en las empresas; no obstante los contenidos de los programas penalmente relevantes de "compliance" no pueden ser determinados siguiendo las investigaciones expuestas sobre administración de empresas[30]. Para las cuestiones que aquí interesan tienen más bien importancia aquellos elementos del programa que puedan impedir la criminalidad empresarial.

Debido a la variedad de los riesgos de la criminalidad y a las particularidades de las distintas empresas no puede haber un panorama detallado de tales programas "preventivo-criminales" Si uno analiza los programas de "compliance" publicados por internet, la literatura pertinente sobre prevención de la criminalidad empresarial, así como las reglas legales para la ejecución de tales medidas (sobre todo las "sentencing guidelines" de los EE.UU.), pueden sistematizarse, pese a todo, los siguientes elementos estructurales de los programas de "compliance" que podrían impedir la criminalidad de empresas y contra empresas[31]:

(29) Cfr. Section 401 y ss. (deberes de publicación), Sec. 406 (directivas de ética), Sec. 301 (Audit Committee), Sec. 302 (controles de la publicación), Sec. 301 y 806 (hotlines), de la "Sarbanes-Oxley Act" (cfr. Nota 2).

(30) Sobre la funcionabilidad de la determinación de conceptos, cfr. SIEBER. "Computerkriminalität", 2da. ed., 1980, p. 186 y ss.

(31) Cfr. sobre las "Sentencing Guidelines" estadounidenses, *United States Sentencing Commission*, 2007, "Federal Sentencing Guidelines Manual" (vigentes desde el 1 de noviembre de 2007), art. 8 B2.1 (en: <http://ussc.gov/2007/guid/tabcon07.html> al 10 de enero de 2008). Al respecto ver WALISCH, "Organisatorische Prävention gegen strafrechtliche Haftung deutscher Unternehmen und ihrer Leitungen nach US-Recht", 2004, p. 55 y ss., 66 y ss.

- Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados, análisis de los riesgos específicos correspondientes dentro de la empresa así como el consecuente establecimiento y la publicidad de las disposiciones que deben respetarse y los procedimientos para las empresas y sus trabajadores;
- Fundamentación de la responsabilidad de los niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y los procedimientos en la evitación de la criminalidad empresarial; fijación de responsabilidades en el nivel de mando medio creando una unidad empresarial correspondiente especializada (departamento de "compliance"), así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa;
- Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, "sistemas de informantes" para la recepción de advertencias anónimas, determinación de la vía encargada de los casos de sospecha que deben ser esclarecidos (involucrando al departamento de "compliance" así como eventualmente a las dependencias del Estado) y de los resultados de las investigaciones de los casos de sospecha (comunicando directamente a la alta dirección de la empresa), así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de "compliance";
- Participación de controladores y controles externos en relación con elementos determinados del programa de "compliance" y la evaluación externa del programa;
- Establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos;
- Creación de estructuras efectivas que estimulen la ejecución y el mejoramiento de las medidas antes mencionadas.

Corresponde a estudio basado en la Administración de empresas, la Criminología y el Derecho Penal, el determinar (incluso de manera específica para un sector o para la empresa) y evaluar en qué medida estos elementos de prevención de la criminalidad de los programas de "compliance" pueden ser complementados por otros componentes y, debido a garantías jurídicas, deben ser limitados. Dado que el contenido de un programa de "Compliance" para impedir la criminalidad empresarial depende fuertemente de cada empresa y de su campo de actividades, los creadores de los programas deben disponer de un suficiente **campo de libertad individual** dentro de la empresa afectada para poder crear una propia concepción de prevención

de la criminalidad. Para la efectividad de las correspondientes medidas también es importante la interacción entre los diferentes sistemas de regulación interna de la empresa y el sistema estatal de prevención de la criminalidad empresarial.

3. Características de los nuevos sistemas de regulación

3.1. Creadores

Los programas arriba expuestos son elaborados e influidos por distintos "creadores", "editores" o "autores". Lo más frecuente aquí es que existan programas de **empresas** particulares. Pero las concepciones correspondientes también son proyectadas por **sociedades industriales**, tal como muestra el desarrollo de un sistema de administración de valores por la Asociación Bávara de la Industria de la Construcción(32).

En algunos casos también participan **dependencias del Estado** en la elaboración de las regulaciones. Constituyen ejemplo de regulaciones determinadas por el Estado las ya mencionadas exigencias previstas en el art. 14 GWG, el art. 25a KWG o el art. 33 WpHG. El legislador o la autoridad administrativa fijan aquí el contenido de los programas de "Compliance" de manera muy amplia. A veces las dependencias del Estado también preceptúan que el afinamiento o el cumplimiento de los programas no solamente será realizado por las empresas o instituciones directamente afectadas sino también por otros grupos sociales afectados por las reglas. Así, el Código alemán de "Corporate Government" ha sido coiniciado por el Ministerio Federal de Justicia; la elaboración misma del Código fue asumida luego por una Comisión integrada por representantes de la economía privada; los efectos jurídicos del Código resultan del art. 161 AktG. En Alemania también puede encontrarse un ejemplo de participación de los afectados en la regulación, determinada por el Estado, en el caso del control de los medios de comunicación. La "Oficina Federal de Control de medios peligrosos para la juventud" está compuesta por representantes del arte, la literatura, el comercio de libros, las iglesias y otras instituciones; los representantes son nombrados por el Ministerio Federal competente(33). En cambio, en las nuevas disposiciones sobre medios electrónicos, la participación estatal se limita a la certificación de las distintas instalaciones de autocontrol en la industria del cine, la televisión y la oferta de multimedia, que deben cumplir con los mandatos legales bajo su propia responsabilidad(34).

(32) Cfr. <http://www.bauindustrie-bayern.de/ethik.html> (al 10 de enero de 2008).
(33) Cfr. el art. 17 y ss. (esp. art. 19) de la "Ley de protección de la juventud".
(34) Cfr. al respecto más detalles abajo en la nota 44.

3.2. Espacios de libertad y formas de regulación

Es por eso que, en la descripción de los valores y los procedimientos al interior de la empresa, a partir de los "creadores" o "editores" de programas de "compliance", pueden distinguise tres formas de regulación: la autorregulación de la economía, la coregulación estatal y privada y la regulación puramente estatal. Mientras que la pura "autorregulación" deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija todas las decisiones determinantes, la coregulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de la autorregulación. Por ello, la coregulación es designada como la "autorregulación regulada", la cual, en cuanto a la discrecionalidad de contenido concedida, a los "creadores" de los programas previstos así como a las estructuras de estímulo o de presión empleadas, presentan diversas formas mixtas e intermedias que van desde la "autorregulación" hasta la regulación estatal(35).

Estas formas de "autorregulación" y "coregulación" posibilitan, en un mundo que se ha vuelto más complejo, nuevas formas de dirección en el campo de la economía. Esto se pone de manifiesto cuando se contemplan los recientes "Corporate Codes", bajo la perspectiva de la teoría de sistemas, como constituciones empresariales autónomas y sistemas autorreflexivos o autopoiéticos (es decir, que se dirigen a sí mismos)(36). Bajo esta perspectiva (que será profundizada más abajo) salen a relucir el potencial regulador autónomo y la vigencia jurídica autónoma (vigencia presupuesta por la sociología) de las constituciones empresariales, la cuales también son designadas como "Derecho sin Estado"(37). Estos sistemas no estatales de dirección se caracterizan especialmente por sus efectos globales.

3.3. Interacción funcional entre los sistemas de regulación

La observación, bajo la teoría de sistemas, de la autorregulación de empresas también explica la problemática del acoplamiento entre el ordenamiento estatal y los sistemas privados. Ella muestra no solamente que, debido a los variados intereses y objetivos de los sistemas, pueden producirse **colisiones y distorsiones**(38). Bajo una perspectiva sistémica de los sistemas de

(35) Cfr. al respecto ALWART en: ídem (ed.) "Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft", 1998, p. 75 y ss.; AYRES/BRAITHWAITE, "Responsive Regulation", 1992; PIETH, "Festschrift für Jung", 2007, p. 717 y ss.; PRÜFER, "Korruptionssanktionen gegen Unternehmen", 2004, p. 204 y ss.; SIEBER, en: Waltermann/Machill (edits.), "Protecting Our Children on the Internet", 2000, p. 319 y ss.

(36) Cfr. más detalles al respecto abajo en IV.1.b), nota 87 y 88.

(37) Cfr. al respecto TEUBNER en "Festschrift für Kocka", 2007, p. 36 (38 y ss.).

(38) Cfr. más detalles al respecto abajo en IV.1.d) y 2.

regulación privados y estatales, como subsistemas del sistema jurídico, también se pone en evidencia la interacción funcional entre ambos tipos de subsistemas en el cumplimiento de las tareas. Las exigencias arriba expuestas de los arts. 14 GWG, 25aKWG y 33 WpHG resultan aquí sobre todo interesantes porque el sistema regulador estatal, en la consecución de sus intereses, impone **deberes de colaboración** a los sistemas reguladores privados. Se trata en especial de deberes de denunciar así como deberes de control computarizado y de entregar datos privados. Con tales obligaciones resulta posible, por un lado, compensar los déficits del sistema de regulación privado. Y por otro lado, ello lleva también a que, al intervenir en relaciones privadas de confianza y "modificar los fines" de los datos obtenidos, también surjan colisiones entre los distintos sistemas de regulación. Se volverá a tratar este tema en el marco de la efectividad y la implementación de los programas de "compliance"(39).

La interacción funcional entre el sistema de regulación privado y el estatal resulta relevante para el presente análisis sobre todo bajo el aspecto de en qué medida las regulaciones privadas pueden alcanzar un **efecto vinculante** dentro del sistema jurídico estatal (entre otras cosas a través de la llamada "enforced self-regulation"(40)). Esto depende fuertemente del contenido y de los creadores de los programas, como ya se ha expuesto arriba: las leyes que los programas de "Compliance" cumplen o refuerzan, son, dentro del marco previsto, vinculantes y muchas veces ven reforzadas también mediante sanciones (en caso de su incumplimiento). Esto rige no solamente para las disposiciones penales y los tipos de contravenciones que deban ser respetados por los programas de "compliance". Lo mismo vale también en el caso de las disposiciones procesales de las autoridades administrativas que son emitidas sobre una base legal. Así, las llamadas exigencias organizativas del art. 33 WpHG, como auténticos deberes jurídicos, son vinculantes y pueden ser impuestos empleando coerción administrativa. En determinadas infracciones, p. ej. contra los deberes de comunicar del art. 9 WpHG, la sanción consiste en multas, las cuales también pueden ser impuestas contra empresas según el art. 30 OWiG (Ley alemana sobre contravenciones). Si bien la infracción contra los deberes de organización del art. 33 WpHG no es por sí misma punible, puede formar parte de una lesión del deber de control según el art. 130 OWiG y dar pie a sanciones(41).

(39) Cfr. más detalles abajo en IV.1.d) y 2.
(40) Cfr. sobre este concepto AYRES/BRAITHWAITE (nota 35), p. 101 y ss.
(41) En última instancia, incluso una omisión de denunciar casos sospechosos puede dar lugar a una responsabilidad penal, p. ej. según el art. 258 StGB. Cfr. al respecto VOGEL en "Festschrift für Jakobs", 2007, p. 731 (744 y ss.), para quien el Derecho penal referido al tráfico de título-valores dejaría entrever un nuevo modelo penal. Sobre el art. 130 OWiG cfr. abajo en III.1.a.).

Las medidas de la coregulación estatal-privada también pueden ser vinculantes o, para el caso de su incumplimiento, dar lugar a determinadas consecuencias: la llamada "autorregulación regulada" tiene a disposición un amplio espectro de medidas que deja espacio para distintas sanciones y estructuras de estímulo. Ciertamente, el art. 161 AktG solamente dispone para el Código alemán de "Corporate Governance" (elaborado por representantes de la economía privada) que las empresas están obligadas a rendir cuentas sobre el cumplimiento de las disposiciones del Código. Por ello una infracción no trae consigo directamente sanciones civiles o administrativas; y penalmente, en todo caso, resulta relevante solo de forma mediata p. ej. en el marco de la "administración desleal" según el art. 266 StGB(42). Pese a todo, en las grandes empresas alemanas esta concepción (no reforzada con medios sancionadores clásicos) del "comply or disclose" [cumple o destapa (o informa)] alcanza la ya señalada cuota elevada de cumplimiento de más del 90 %(43). La valoración igualmente ya mencionada de los contenidos de los medios de comunicación mediante una institución de autocontrol voluntario en el ámbito de la televisión privada y de las telecomunicaciones, según el art. 20, párrafos 3 y 5 del Tratado internacional sobre protección de la juventud en lo relacionado con los medios de comunicación, va unida con la consecuencia jurídica más trascendental de que la difusión de todos aquellos contenidos de medios de comunicación que hubieran sido aceptados por la institución de autocontrol, en principio ya no podrán ser perseguida como contravención(44).

A esto se añaden otros mecanismos de transformación y de influjo entre los sistemas ordenadores privados y el Derecho estatal. Con frecuencia, la regulación de principios éticos o las directivas empresariales de pura organización son, en cuanto al Derecho Laboral, vinculantes para los trabajadores, sobre todo cuando estas reglas han sido adoptadas como acuerdo empresarial(45). Por ello, estos principios también pueden resultar relevantes en la aplicación de la ley, p. ej. cuando la inconducta de un trabajador contra principios de la empresa llevara a un despido por dicha conducta(46). Sin embargo, en muchos casos la relevancia de los correspondientes programas

(42) Cfr. más detalles sobre los aspectos penales de una infracción contra el Código alemán de "Corporate Governance", SCHLÖSSER/DÖRFLER, wistra 2007, p. 326 y ss. Ver al respecto también arriba II.1a) y b), esp. en la nota 7 y abajo en III.2.a).

(43) Cfr. arriba en II.1.b) después de la nota 10.

(44) Cfr. al respecto NIKLES/ROLL/SPÜRCK/UMBACH, "Jugendschutzrecht", 2da. ed., 2005, p. 115 y ss., 388 y ss.; SCHOLZ/LIESCHING, "Jugendschutz", 4ta. ed., 2004, art. 20 JMStV, n. marg. 2 y ss. 21 y ss.

(45) Cfr. sobre la relación entre las directivas de ética y el Derecho laboral, BORGMANN, NZA, 2003, p. 352 y ss.

(46) Cfr. LINCK en: Schaub (ed.), "Arbeitsrechts-Handbuch", 12da. ed., 2007, p. 1406, indicando que muchos deberes accesorios de un trabajador recién pueden ser determinados a través de la cláusula general de fidelidad y buena fe del art. 242 BGB (Código Civil alemán).

empresariales radica exclusivamente en un ámbito situado fuera del Derecho estatal, p. ej. cuando una empresa solamente quiera mejorar su prestigio en el mercado a través de la promoción de instituciones sociales o procedimientos favorables al medio ambiente.

Para el **Derecho Penal de la empresa**, que es lo que aquí interesa, la interacción funcional entre el sistema de regulación privado y el estatal plantea sobre todo la cuestión de la importancia de las directivas de "compliance" para los parámetros de aquella imprudencia que tenga relevancia penal, los deberes de control, los elementos indeterminados de algunos tipos penales o la medición de la pena. Por ello, a continuación, sobre la base del presente análisis empírico y siguiendo con el temario propuesto, se investigará la cuestión jurídica de en qué medida los programas de "compliance" serían relevantes para el actual Derecho Penal y de contravenciones, y, de ese modo pueden llevar a liberar a las empresas que los apliquen, así como a sus trabajadores. Esta cuestión no será analizada en todos los ámbitos específicos en los cuales actualmente son aplicados los programas de "compliance" (p .ej. en el Derecho de cárteles, el Derecho de los productos alimenticios, el Derecho de los productos farmacéutlicos, el Derecho del medio ambiente o el Derecho de protección de datos). El presente análisis se centrará más bien en la importancia general de los programas de "compliance" para el Derecho Penal de la empresa, para lo cual se incluirán tanto la responsabilidad individual de los trabajadores (especialmente en lo relativo al ejemplo presente especialmente relevante de la violación del deber de control según el art. 130 OWiG), como también la resonsabilidad de la empresa (según el art. 30 OWiG).

III. PROGRAMAS DE "COMPLIANCE" EN EL VIGENTE DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

1. Bases pertinentes del Derecho Penal de la empresa

La relevancia de los programas de "compliance" en el vigente Derecho Penal empresarial puede determinarse con ayuda de un análisis sistemático de este ámbito jurídico. Dado que los programas de "compliace", aunque sean implementados por algunos trabajadores, son de responsabilidad de toda la empresa, este análisis no solamente atañe a las regulaciones sobre la punibilidad individual de personas naturales, sino sobre todo a las disposiciones relativas a la responsabilidad de personas jurídicas previstas en el Derecho contravencional.

1.1. La responsabilidad penal individual de los trabajadores de la empresa

La sanción de la criminalidad empresarial ocurre en Alemania –al igual que en los demás ordenamientos jurídicos de Europa continental– de manera

tradicional, sobre todo, mediante un planteamiento personal que se centra en la responsabilidad individual de los trabajadores que hubieren actuado u omitido. En esto, las cuestiones específicas del Derecho Penal empresarial, en lo que se refiere a los programas de "compliance", se plantean no tanto en cuanto a la comisión del delito mediante una acción sino mediante una omisión, sobre todo en tanto los correspondientes deberes jurídicos y especialmente los deberes de control puedan ser cumplidos mediante la creación de programas de "compliance".

En los casos de **omisión**, de la posición de garantía del Derecho Penal general (en el sentido del art. 13 StGB) se derivan determinados deberes de actuar y de garantizar, los cuales pueden fundamentar una omisión punible de los directivos de empresas, especialmente en aquellos casos en los cuales la responsabilidad de estas personas (a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales) no resultare ya de su cualidad como determinado destinatario de la norma(47). La configuración precisa de esta general "responsabilidad del jefe del negocio"(48) es considerada como la cuestión "menos aclarada"(49) de la posición de garante. P. ej. plantean problemas la construcción de una responsabilidad penal por el producto, la cual puede ser concebida como un subcaso del deber de garantía en la vigilancia de peligros provenientes de objetos, así como la construcción de un deber general de garantía de impedir que los trabajadores de la empresa cometan delitos, deber que puede deducirse a partir del derecho a dirigir e instruir que tiene el jefe del negocio(50). Estos deberes de garantía influyen en numerosas regulaciones de "compliance" para ámbitos específicos (p. ej. en el Derecho de los productos alimenticios o el Derecho de los productos farmacéuticos).

El tipo del art. 130 OWiG sobre la **omisión de deberes de control** contiene una regulación especialmente importante de esta problemática (importante también con miras a la responsabilidad de la empresa). Según esta disposición, el titular de un establecimiento o una empresa, en algunos casos, actúa contravencionalmente cuando sus trabajadores (también los subordinados), violando los deberes que alcanzan al titular, cometieren un delito y el titular, dolosa o imprudentemente, no impidiere este delito mediante la adopción de las medidas de control necesarias. Forman parte del círculo de

(47) Cfr. HILGERS, "Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter", 2000, p. 68 y ss.

(48) Este es el concepto utilizado por TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil", 2da. ed., 2007, n. marg. 181.

(49) Así lo consideran LACKNER/KÜHL en "StGB", § 13, n. marg. 14, y TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT" (nota 48), n. marg. 181.

(50) Minuciosamente sobre la responsabilidad del jefe del negocio, TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT" (nota 48), n. marg. 181 y ss.

destinatarios del art. 130, primer párrafo, OWiG, el titular de un establecimiento o una empresa, así como las personas que según el art. 9, párrafos 1 y 2 OWiG puedan ser vistas como órganos, representantes o encargados de un colectivo. Las medidas necesarias abarcan, según el art. 130, oración 1, frase 2 OWiG, también el nombramiento, la selección cuidadosa y la vigilancia de las personas encargadas del control(51). Con ello, y como se verá más claro más adelante, esta exigencia tiene en parte los mismos objetivos que los programas de "compliance" arriba expuestos.

1.2. La responsabilidad contravencional de las empresas

Junto al planteamiento de la responsabilidad individual también existe en Alemania un planteamiento de persecución relacionado con las empresas, el cual, sin embargo (a diferencia de los ordenamientos jurídicos del *Common Law*) ha tenido tradicionalmente un desarrollo muy débil. Esto se manifiesta sobre todo por el hecho de que, según el Derecho alemán, no es posible imponer penas a empresas, sino solamente multas por la comisión de contravenciones.

La fuerte fijación del Derecho alemán en personas naturales con actuación positiva u omisiva resalta de manera especialmente clara en el hecho de que solamente es posible una sanción contra empresas, según el art. 30 OWiG, cuando una de sus personas directivas hubiera cometido un delito o una contravención y, debido a ello, se hubiera violado un deber empresarial o la empresa se hubiera enriquecido o iba a enriquecerse. El **círculo de autores** del art. 30 OWiG no solamente abarca a los órganos de la persona jurídica, personas con poder general, apoderados y personas con poder mercantil, sino también, tras dos reformas en 1994 y 2002, a otras personas que actuaren con responsabildiad por la dirección de la empresa(52).

El **delito o la contravención** de las personas directivas puede consistir en un hacer o en un omitir. Con frecuencia se trata de una violación del deber de vigilancia según el art. 130 OWiG. Por ello, el art. 30 OWiG, vinculándose con esta norma, también puede aplicarse en caso de infracciones cometidas por trabajadores de menor jerarquía(53). En tanto la punibilidad o la responsabilidad contravencional de la empresa no se base directamente en la

(51) Cfr. sobre las cuestiones anteriormente mencionadas, ROGALL en "Karlsruher Kommentar zum OWiG", 3ra. ed., 2006, § 130, n. marg. 37 y ss.

(52) Este último círculo de personas es interpretado de manera muy amplia y también puede abarcar a personas situadas por debajo de los máximos directivos según la jerarquía empresarial, p. ej. los directores de subsecciones de una empresa. La exposición de motivos de la ley menciona al respecto a personas directivas dentro de determinado ámbito, tales como la contabilidad interna o los controles financieros. Cfr. BT-Drucksache 14/8998, p. 8 y 10.

(53) Cfr. sobre estas anciones de multa administrativa del Derecho contravencional alemán, ROGALL en KK (nota 51), § 30, n. marg. 1 y ss. y § 130, n. marg. 1 y ss.

acción de un órgano o de un empleado directivo, para la aplicación del art. 130 OWiG basta con que un control ordenado hubiera dificultado la violación de deberes del trabajador subordinado(54). Puesto que el delito o la contravención de las personas directivas, según la doctrina dominante, tiene que ser realizada de manera totalmente delictiva, también se habla de una "accesoriedad estricta" del art. 30 OWiG(55). Cabe observar que hasta 1986 el art. 30 OWiG estaba concebido incluso de manera mucho más accesoria ya que solamente podía aplicarse como consecuencia jurídica en la represión del hecho de contacto(56).

Esto nos lleva a la cuestión fundamental (para la relevancia jurídica de los programas de "compliance") de en qué medida, sobre todo cuando se trate de delitos cometidos por trabajadores subordinados, el delito de estos o la violación del deber de vigilancia de los órganos y de otros trabajadores (directivos) podría originar la punibilidad de la empresa. En la literatura se defienden distintas opiniones. Según una postura muy difundida, el art. 30 OWiG sería una "norma de imputación" con la cual se imputarían al ente colectivo las acciones, el injusto y mayormente también la culpabilidad de sus trabajadores(57). Una concepción que está ganando más seguidores, basándose en la teoría clásica de los órganos sociales, imputa al ente colectivo la conducta contraria a la norma de un órgano o de un representante designado, y lo hace bajo la forma de la "autoría del órgano del ente colectivo" no como delincuencia ajena sino como **delincuencia propia**(58).

Por el contrario, Klaus Tiedemann, ya en 1988, ha introducido en la discusión alemana la "culpa organizativa como base de la multa al ente colectivo". Precisamente la lesión de los deberes señalados en el art. 130 OWiG, los cuales sirven como hecho vinculante de una persona directiva para la imposición de una multa contra el ente colectivo, consituiría una auténtica violación

(54) En cambio no se necesita probar que si se hubiera dado el control ordenado no se hubiera producido la violación de deberes. Cfr. SENGE en: Erbs/Kohlhaas (edits.), "Strafrechtliche Nebengesetze", tomo 3, actualizado a mayo de 2003, § 130 OWiG, n. marg. 25; ROGALL en KK (nota 51), § 30, n. marg. 97 y ss.

(55) Cfr. REBMANN/ROTH/HERRMANN en: "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten", actualizado a febrero de 2005, § 30, n. marg. 26. Sin embargo, no tiene que determinarse la identidad del autor en tanto solamente pueda verificarse que ha actuado de manera totalmente delictiva un representante de la empresa. Cfr. la sentencia del BGH publicada en NStZ 1994, p. 346 y ss.

(56) En 1986, la disposición ha sido configurada con más fuerza como una posibilidad sancionadora autónoma, de manera que desde entonces también puede imponerse una multa administrativa de manera independiente cuando no se hubiera llevado a cabo un proceso penal o un procedimiento administrativo sancionador por el delito o la contravención. Cfr. Sobre los antecedentes históricos, ROGALL en KK (nota 51), § 30, n. marg. 24 y ss. (25).

(57) Cfr. BOHNERT, "Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht", 2da. ed., 2007, § 30, n. marg. 1.

(58) Cfr. ROGALL en KK (nota 51), § 30, n. marg. 1 ((8); igualmente por lo visto GÖHLER/KÖNIG, "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten", 14ta. ed., 2006, n. marg. 12, vor § 29a, § 30, n. marg. 36a. Acerca de otro modelo de medidas de seguridad basado en el fundamento de imputación del estado de necesidad de bienes jurídicos, ver SCHÜNEMANN, "Unternehmenskriminalität und Strafrecht", 1979, p. 236 y ss.

de un deber (organizativo) propio de la persona jurídica y de los demás entes colectivos. Por ello, según Tiedemann, el verdadero "fundamento material" de la multa a la empresa y del reproche que fundamenta la "responsabilidad" del ente colectivo no estaría en la infracción del trabajador sino en la inobservancia de parte de la empresa de tomar las previsiones necesarias para que su conducta sea con la norma (la llamada culpa previa). De esto Tiedemann ha deducido consecuentemente que el ente colectivo solamente podría ser "multado" una vez por una violación del deber de vigilancia. Sin embargo, él ha descartado que la persona jurídica pueda liberarse de la multa contravencional probando una organización suficiente, dado que "la idea de la carga organizativa (constituye) un principio responsabilizador, en el cual se basa el art. 30 OWiG y que, con base en esta disposición, lleva a una responsabilidad de multa contravencional al igual que el art. 31 BGB [Código Civil alemán] fundamenta la responsabilidad civil de los entes colectivos" [traducción libre][59]. Es por eso que en Tiedemann la culpa organizativa constituye la base de legitimación del art. 30 OWiG, cuyo tipo, no obstante ha sido construido por el legislador como norma de imputación[60]. En la literatura, la fundamentación del injusto de la culpa organizativa bajo puntos de vista de política jurídica, introducida por Tiedemann en la discusión alemana, ha sido recepcionada sobre todo por *Heine*. Para él el punto central de los hechos típicos del injusto estarían en la defectuosa administración de riesgos del ente colectivo, no obstante lo cual la responsabilidad correspondiente se vería limitada por la exigencia de una grave alteración social[61]. En los años siguientes, se ha impuesto, sobre todo en el Derecho extranjero, el fundamento material penal creado por Tiedemann del defecto organizativo; allá, para una más exacta definición de los deberes organizativos se toma, en parte, en referencia también los "Codes of Conduct" y reglas de la "Corporate Governance"[62].

(59) Cfr. TIEDEMANN en: Eser/Thormundsson (edits.), "Old Ways and New Needs in Criminal Legislation", 1989, p. 157 y ss. (176); de manera similar también *ídem*, NJW 1988, p. 1169 (1173). Al respecto ver también TIEDEMANN NJW 1993, p. 23 (30); *ídem* en "Festschrift für Stree/Wessels", 1993, p. 527 (532) y últimamente en "Wirtschaftsstrafrecht AT" (nota 48), n. marg. 244a.

(60) Sobre este punto de vista imputador de TIEDEMANN (que suele ser soslayado por sus críticos) cfr. ya antes en TIEDEMANNN, NJW 1988, p. 1169 (1172). "Tras borrar el calificativo de consecuencia accesoria, nada se opone a que veamos que el art. 30 OWiG contiene esta norma legal expresamente imputadora, o sea a entender esta disposición como norma para imputar una conducta ajena como conducta propia del ente colectivo" (traducción libre). Igualmente dice TIEDEMANN en "Wirtschaftsstrafrecht AT (nota 48), n. marg 244: no existen "dudas (para) imputar la culpabilidad de una persona natural frente a una persona jurídica". En tal medida acierta WEGNER en "Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen", 2000, p. 89.

(61) Cfr. HEINE, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", 1995, p. 312. Bajo puntos de vista de política jurídica, también está a favor de un modelo de culpa organizativa DANNECKER, ver en Alwart (ed.), "Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft", 1998, p. 5 (28).

(62) Cfr. HEINE en ZStrR 121 (2003), p. 24 (29, 36, 38 y ss.); PIETH en "Festschrift für Jung", 2007, p. 717 (722 y ss.).

En el modelo defendido por Tiedemann de la culpa organizativa sale claramente a relucir por qué, además del individuo actuante, también se sanciona adicionalmente al ente colectivo. Con ello el modelo ofrece no solo de lege lata, sino también de lege ferenda, la base para una clara fundamentación de la punibilidad de los entes colectivos y –como todavía será demostrado– sobre todo también para una concepción político-criminal convincente del Derecho Penal de la empresa, concepción que se ve apoyada por los recientes desarrollos en los programas de "compliance". Al recurrir a la deficiencia organizativa, este modelo, frente a la crítica de los defensores del modelo de imputación, también puede invocar que el destinatario del deber jurídico de realizar una organización ordenada (al igual que los deberes especiales trasladados a los trabajadores según los arts. 14 StGB y 9 OWiG [reglas de "actuar por otro"]), es en primer lugar la empresa y no los trabajadores. Bajo esta perspectiva resulta no importa que los deberes organizativos de la empresa sean lesionados físicamente por los trabajadores que actuaren por la empresa(63).

Por ello, aún cuando la exigencia de un defecto organizativo no haya sido consagrada en el tenor de la ley del art. 30 OWiG (a diferencia del art. 130 OWiG), no hay dudas para tenerla como base teleológica del art. 30 OWiG, lo cual repercute especialmente en la medición de la pena. Sin embargo, los delitos de los órganos mencionados por el art. 30 OWiG tienen que ser imputados al ente colectivo como propio defecto organizativo de este o como si lo fuere, si uno quiere evitar, siguiendo a Tiedemann, que bajo el Derecho vigente una empresa pueda liberarse en los casos de aplicación directa del art. 30 OWiG (o sea no a través de la concordancia con el art. 130 OWiG) arguyendo que tenía una organización ordenada o eventualmente invocando la falta de causalidad (todavía más difícil de probar en el proceso) entre la violación de deberes organizativos y el delito del trabajador que sirve de hecho vinculante(64). Y es que al ente colectivo se le sanciona, en concreto, según la construcción legal del art. 30 OWiG, no solamente por una falta de organización sino por el hecho vinculante cometido por la persona directiva y que es imputado a la empresa por el art. 30 OWiG. Por ello Tiedemann combina el modelo del defecto organizativo como base teleológica de legitimación del art. 30 OWiG con el modelo de la autoría del ente colectivo a través del órgano como imputación típica de responsabilidad. Esta base legitimadora de la culpa organizativa y de su plasmación en el texto legal tiene

(63) Cfr. sobre el punto de vista de la imputación también arriba en la nota 60.

(64) Cfr. al respecto también HIRSCH en ZStW 107 (1995), p. 285 (312 y ss., esp. 315), quien exije que, en sanciones fuera del Derecho contravencional, para que pueda haber una auténtica "culpabilidad del ente colectivo", debe darse tanto la culpabilidad de un representante que actuare por la corporación, así como también la evitabilidad a través de la corporación.

un efecto directo en la relevancia jurídica de los programas de "compliance" sobre todo para la medición de la pena(65).

Con ello hay buenas razones a favor de aquella solución que extraiga la fundamentación del injusto, según el Derecho vigente, a partir de dos componentes: por un lado, de la acción dañosa concreta que, en lo fáctico, ha sido cometida por uno o varias personas pertenecientes a la empresa en el marco de su ámbito de competencias; por otro lado, de la "culpa" originaria del ente colectivo que resulta de una organización deficiente, incluyendo a la acción punible de una persona directiva que debe imputarse a la empresa. La exigencia de un hecho vinculante concreto de un miembro de la empresa limita aquí la responsabilidad de la empresa, la cual será hecha responsable sobre todo debido a su organización inadecuada, pero a la cual, fuera del art. 130 OWiG, no podrá imputarse el injusto de determinadas personas directivas según el art. 30 OWiG.

Si según esto, sobre todo la violación de deberes organizativos de la empresa (además del delito de algún trabajador de la empres) pasa a convertirse en el centro de atención de la fundamentación de la responsabilidad contravencional, las medidas de "compliance" tendrán la importancia fundamental de asegurar el cumplimiento de estos deberes organizativos: el cumplimiento de las medidas apropiadas de "compliance" se vuelve así en un criterio jurídico central que decide sobre la imputación del delito a la empresa.

2. Consideración de los programas de "compliance" en el Derecho Penal y contravencional vigentes

Del análisis previo del Derecho Penal de la empresa se han obtenido varios puntos de partida según los cuales los programas de "compliance" podrían tener importancia para el Derecho Penal y contravencional con miras a la responsabilidad individual de los trabajadores de la empresa así como a la responsabilidad por multas (accesoria a este respecto) de la empresa.

2.1. Relevancia de los programas de "compliance" para la responsabilidad individual

Cuando se trata de **ilícitos contra la empresa**, en el ámbito de los **delitos dolosos**, para la responsabilidad individual de personas naturales los programas de "compliance" solo tienen importancia en algunos casos especiales Esto rige especialmente para el punto de vista del acuerdo o del consentimiento cuando las regulaciones de "compliance" definen el riesgo permitido (p. ej. en los negocios especulativos) o la magnitud de la recepción todavía permitida de pequeños regalos (en el delito de cohecho pasivo impropio). Aquí, el

(65) Cfr. más detalles al respecto abajo en III.2.b).

caso más importante de aplicación es el de la administración desleal, la cual presupone un actuar en contra de la voluntad o en contra de los intereses del titular del bien jurídico, y en la cual, debido a eso debe decidirse caso por caso en qué medida pueden tener efectos jurídicos las distintas formas de las medidas de "compliance"(66). Por tal razón, las reglas de "compliance" pueden extender o limitar los espacios de libertad, no solamente en lo objetivo, sino también en cuanto a la admisibilidad de los correspondientes errores.

Además, las reglas de "compliance" también surten efectos en los delitos imprudentes. La **violación del deber de cuidado**, que es básica en estos delitos, se produce por la desviación de la conducta del autor de aquella conducta cuidadosa que era la objetivamente preceptuada (a menudo basándose en reglas extralegales como la "experiencia cimentada")(67). Por ello, el parámetro del cuidado debido de un trabajador frente a su empleador puede ser codeterminado por las directivas de la empresa. Las reglas de "compliance" de un ente colectivo o de un gran número de empresas también pueden ser relevantes (incluso en caso de delitos provenientes de las empresas) para determinar una costumbre general del medio(68) o para precisar, en su ámbito de aplicación, el riesgo generalmente permitido(69). La importancia de las directivas empresariales para la punibilidad de la imprudencia se ve todavía de manera más clara cuando, para determinar esta, no solamente se centra uno en la violación del deber de cuidado, sino, adicionalmente, también se exige la posibilidad de reconocer la realización del tipo, puesto que la evitación de un perjuicio mediante las correspondientes previsiones depende decisivamente del conocimiento del peligro que amenaza. En tanto, sobre la base de directivas de "compliance", se hubiera hecho lo necesario para evitar peligros, frecuentemente faltará la reconocibilidad de la realización típica, a no ser que hubieran existido circunstancias especiales que, en el caso concreto, hacían posible reconocer el peligro(70). Si algunos deberes de cuidado prote-

(66) Cfr. al respecto también la sentencia del Tribunal Federal alemán en el caso "Mannesmann", NJW 2006, p. 522 (523).

(67) Cfr. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en Schönke/Schröder, "Kommentar zum Strafgesetzbuch", 27. ed., 2006, § 15, n. marg. 135; STRATENWERTH, "Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat", 5ta. ed., 2004, p. 414; pero se manifiesta críticamente contra la orientación de la conducta preceptuada en la observada en un determinado grupo de personas, DUTTGE en: "Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch", 2003, § 15, n. marg. 110 y ss.

(68) Cfr. sobre la concreción de la responsabilidad organizativa mediante normas del medio comercial, p. je. BOSCH, "Organisationsverschulden im Unternehmen", 2002, § 8; DÜTTGE en "Müncher Kommentar"(nota 67), § 15, n. marg. 135 y ss.; ROXIN, "Strafrecht Allgemeiner Teil", tomo 1, 4ta. ed., 2006, § 24, n. marg. 18 y ss.

(69) Aquí se puede trazar un paralelo con las normas DIN que sirven como punto de partida para determinar el parámetro que debe respetarse en numerosos ámbitos; cfr. BOSCH, "Organisationsverschulden im Unternehmen", 2002, p. 411 (413 y ss.).

(70) Las disposiciones de "compliance", en lo básico, solamente pueden regir para el caso general. Por ello, en última instancia, debe probarse en cada caso concreto si, además de las disposiciones de "compliance"

gieran bienes jurídicos de terceros, se promoverá un efecto correspondiente de los programas empresariales por el hecho de que las personas potencialmente afectadas hubieran sido adecuadamente representadas durante la elaboración de las reglas. Estas consecuencias de los programas de "compliance" para la imprudencia son sobre todo interesantes desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, ya que el sistema privado de regulación determina aquí, con su "creación normativa mediante la práctica" el contenido de la regulación estatal. Con ello, los programas de "compliance" ofrecen a las empresas la oportunidad de definir campos de acción y evitar zonas grises criminógenas (que puedan tener incluso efectos penales).

Los programas de "Compliance" tienen todavía una importancia mucho mayor que en la criminalidad contra las empresas cuando se trata de la **criminalidad de las empresas o proveniente de ellas**. Esto rige sobre todo para la obligación que tiene el personal directivo (exigida en algunos casos por deberes generales de garantía) de evitar delitos de trabajadores subordinados y otras conductas perjudiciales provenientes de la empresa. Esto se muestra de manera especialmente clara, en forma general, en la violación imprudente del deber de vigilancia del art. 130 OWiG, el cual –como se ha mostrado arriba– tiene en la práctica una importancia considerable para la imposición de multas contra empresas de conformidad con el art. 30 OWiG. En el art. 130 OWiG hay una estrecha relación entre la violación del deber de vigilancia del trabajador directivo, por un lado, y la existencia de programas de "compliance" por el otro. Esta relación no solamente se basa en que, en muchos casos, los programas de "compliance" excluyen realmente la conducta defectuosa. Aún cuando, pese a la existencia de los programas, se produjeren los correspondientes delitos de los trabajadores, los programas de "compliance" pueden surtir efectos bajo dos puntos de vista jurídicos. Por un lado, en muchos casos del art. 130 OWiG, cuando se aplican programas de "compliance", desaparece ya el reproche por imprudencia individual o la violación del deber de vigilancia[71]. Por cierto que aquí para un efecto liberador a favor del trabajador de la empresa encargado del control se necesitará la implementación de un programa **efectivo** de "compliance"[72], ya que en caso contrario el reproche de una violación del deber de vigilancia puede vincularse con la creación de un programa insuficiente o la implementación

no existían también otras circunstancias adicionales que hubieran tenido que ser consideradas. Cfr. al respecto también DUTTGE en "Münchner Kommentar" (nota 67), § 15, n. marg. 136.

(71) Cfr. DANNECKER en: Alwart (nota 61), p. 5 (28); HAUSCHKA, NJW 2004, p. 257 (260); especialmente sobre "compliance" en el ámbito del Derecho de cárteles ver DREHER, VersR 2004, p. 1 (4). Cfr. también arriba en III.1.a).

(72) Sobre los componentes de los programas de "compliance" que son efectivos según la prevención de la criminalidad, ver arriba en II.2.c).

insuficiente del programa(73). Por otro lado, un programa de "compliance" también puede tener importancia para establecer la relación entre la violación del deber de vigilancia y la infracción cometida por un trabajador. Mientras mejor sea configurado un programa de "compliance" bajo puntos de vista preventivo-criminales, menos probable será que el resultado producido a través de la violación del deber de vigilancia, hubiera podido ser impedido, o por lo menos dificultado, a través de otras medidas de la empresa. Lo correspondiente rige para la relación de antijuricidad en los delitos imprudentes(74). Con ello, también en el marco de este elemento del tipo un programa de "compliance" puede tener efectos limitadores de la responsabilidad de los trabajadores de la empresa.

2.2. Relevancia de los programas de "compliance" para la responsabilidad de la empresa

Para la responsabilidad de las **empresas** prevista en el art. 30 OWiG, los programas de "compliance", en principio, tienen la relevancia de excluir la punibilidad individual de un trabajador exigida por el tipo, especialmente de excluir el deber de vigilancia según el art. 130 OWiG. En cambio, puesto que el art. 30 OWiG imputa a la empresa sin más requisitos (p. ej. una culpabilidad organizativa) los delitos de las personas directivas allí mencionadas, a nivel de la tipicidad, a la empresa no le servirá ni siquiera un perfecto programa de "compliance" si se hubiera producido una infracción dolosa de la ley por parte de un empleado directivo, lo cual permite una aplicación directa del art. 30 OWiG sin recurrir al art. 130 OWiG(75).

Fuera de esto, los programas de "compliance" sí tienen importancia cuando se trata de la multa a la empresa en el ámbito de la **medición de la pena**, para la cual la doctrina dominante –pese a faltar una remisión en el art. 30 OWiG– aplica, en lo que razonablemente corresponda, el art. 17, párrafo 3 OWiG. Como base para medir la multa, según el art. 17 OWiG, debe tenerse en cuenta la importancia de la contravención y el reproche que alcance al autor(76). Aquí pueden considerarse puntos de vista de pre-

(73) Pero en esto no hay un automatismo: la violación del deber de vigilancia también puede ser excluida a través de medidas fuera del programa de "compliance". De igual modo, pese a la existencia de un programa de "compliance", también puede darse una violación del deber de vigilancia de un trabajador directivo debido a circunstancias especiales del caso concreto; p. ej. cuando, en el marco del programa de "compliance", el control hubiera sido realizado de manera descuidada.

(74) Sobre la causalidad o la relación de antijuricidad en las violaciones de deberes organizativos, y especialmente también sobre la interrelación entre el círculo de deberes y la causalidad, cfr. BOSCH, "Organisationsverschulden im Unternehmen", 2002, p. 109 y ss. Ver también MASCHKE, "Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen", 1997, p. 99 y ss.

(75) Cfr. al respecto arriba, III.1.b).

(76) Cfr. ROGALL en KK (nota 51), § 130, n. marg. 115; MÜLLER, "Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht", 1985, p. 82 y ss.

vención general y prevención especial[77]. En la aplicación razonable del art. 17 OWG gana importancia la cuestión arriba tratada de si la imposición de multas a la empresa, según el art. 30 OWiG, se vería fundamentada mediante la infracción de la persona natural o con una propia culpabilidad organizativa de la empresa. Si el art. 30 OWiG, en el marco de un "modelo de imputación" es fundamentado con la infracción de la persona natural, las medidas organizativas de "compliance" de la empresa no tendrán relevancia por sí solas sino tendrán que argumentarse otras razones adicionales. Si, por el contrario, se viere el fundamento de la sanción a la empresa en una propia culpabilidad organizativa, las medidas de "compliance" idóneas pueden influir sin problemas en la medición de las sanciones incluso en caso de una infracción grave del trabajador. Por sus resultados finales esta última posición que considera las circunstancias relacionadas con la empresa resulta preferible, sobre todo también porque la multa surte efectos en la empresa y el legislador ha permitido un procedimiento autónomo para la imposición de las multas contravencionales, proceso en el cual la persona del autor no tiene que ser conocida.

En la literatura, es sobre todo Rogall quien, sobre la base de su modelo de imputación y en lo concerniente a la parte represiva de la multa a la empresa, se centra únicamente en la importancia de la infracción jurídica cometida por el trabajador. Este autor incluye únicamente la importancia de la "determinación de sentido" individual o colectivo del hecho vinculante concreto y también mide la multa contravencional según la situación económica del ente colectivo. Según esta concepción, la culpa organizativa de la empresa solo puede ser relevante –por lo menos de manera indirecta– cuando (también) se presentare una violación del deber de vigilancia según el art. 130 OWiG y esta fuere tomada como hecho vinculante en el sentido del art. 30[78]. En cambio, la doctrina dominante considera tanto el hecho individual vinculante como también las circunstancias específicas relacionadas con el ente colectivo, tales como las deficiencias en la selección de personal y de control, otros déficits organizativos, así como las medidas previsoras del ente colectivo antes y después del hecho[79]. Tal resultado se corresponde con el modelo de combinación arriba expuesto, según el cual el contenido de injusto y de culpabilidad del art. 30 OWiG se

(77) Cfr. ROGALL en KK (nota 51), § 17, n. marg. 42, 47.

(78) Cfr. al respecto ROGALL en KK (nota 51), § 17, n. marg. 163 y esp. § 30, n. marg. 115 (118). De manera similar también HIRSCH, ZStW 107 (1995), p. 285 (317 y ss.).

(79) Cfr. GÖHLER/KÖNIG (nota 58), § 30, n. marg. 36a; REBMANN/ROTH/HERRMANN (nota 55), § 30, n. marg. 43; sobre la importancia del "compliance" en el Derecho de cárteles con la finalidad de atenuar las sanciones, ver DREHER, VersR 2004, p. 1 (4); WEGNER, "Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen", 2000, p. 91 y ss., así como, bajo puntos de vista de política jurídica, DANNECKER, en: Alwart (nota 61), p. 5 (28).

basa tanto en el injusto del hecho vinculante como también en los defectos organizativos del ente colectivo(80).

Por ello, en este punto de importancia práctica de la medición de la sanción la doctrina de Tiedemann de la culpa organizativa lleva a argumentaciones y resultados importantes y convincentes. Sobre esta base, un sistema de sanciones referido a las empresas, a diferencia de un sistema penal referido a los individuos, puede centrarse, para la medición de las sanciones, con una fundamentación contundente no solamente en la medida de control particular (que hubiera posibilitado el delito del trabajador), sino puede aplicar una perspectiva global de las medidas de "compliance" al evaluar la culpa organizativa.

En el marco de este concepto los programas de "compliance" también están en condiciones de influir, de manera bien fundamentada, en el elemento facultativo de la disposición del art. 30 OWiG ("puede") relativo a la imposición de una sanción a la empresa, dado que la imposición de la sanción está en manos de la discrecionalidad de la autoridad competente, en el marco de sus deberes (art. 47 OWiG). Por ello, de manera correspondiente con la idea del art. 153 StPO, sobre la base del punto de vista de la legitimación normativa, del injusto, de la reprochabilidad y del interés público en la persecución, puede eximirse de una sanción a la empresa cuando un trabajador, pese a intensos esfuerzos de "compliance" por parte de la empresa, hubiera cometido un delito o una contravención(81).

3. Resultado parcial

Como resultado parcial puede afirmarse que los programas de "compliance" que incluyan medidas destinadas a impedir la criminalidad, ya de lege lata, por razones fácticas y jurídicas, no solamente atenúan los riesgos de punibilidad individual de los trabajadores de la empresa, sino sobre todo también el riesgo y la magnitud de la sanción de la responsabilidad empresarial en cuanto a multa contravencional. Con ello, también los diferentes sistemas sancionadores pueden crear recompensas por las estructuras estimulantes positivas para el desarrollo de programas de "compliance". Sin embargo, actualmente sobre todo en el Derecho vigente en Alemania apenas si se ve tal efecto estimulante debido a que los efectos correspondientes de los programas de "compliance" en la medición de la pena o para el archivamiento

(80) Aquí no puede profundizarse en la cuestión de si sería posible considerar la culpa organizativa en la medición de la pena y, sobre todo, cuál sería el fundamento sobre la base de una teoría pura de la imputación. Cfr. al respecto WEGNER (nota 79), p. 92.

(81) Cfr. al respecto BOHNERT (nota 57), § 47, n. marg. 108; MAIAZZA, "Das Oportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts", 2003, p. 109 y ss.; MÜLLER en GA 1988, p. 316 (327).

del proceso, a diferencia del Derecho estadounidadense y del italiano, no han sido mencionados de manera expresa ni tampoco pueden ser reconocidos de manera inmediata.

El presente análisis ha mostrado también que un sistema de responsabilidad empresarial, en comparación con un sistema de responsabilidad individual, en lo constructivo, dispone de mejores posibilidades para promover programas de "compliance" porque es destinataria de sus sanciones aquella persona (jurídica) que esté en condiciones de dirigir jurídicamente los amplios programas de "compliance", y por los cuales también es jurídicamente responsable. Este resultado confirma el modelo de responsabilidad organizativa de Tiedemann en lo relacionado con el Derecho vigente y, en cuanto a los intereses de política criminal que el homenajeado postula, lleva a la cuestión final de en qué medida los programas de "compliance" podrían ser empleados para la prevención de la criminalidad.

IV. PROGRAMAS DE "COMPLIANCE" Y PREVENCIÓN CRIMINAL

El empleo de programas de "compliance" con la finalidad de prevenir la criminalidad depende, en primer lugar, de si estos programas pueden prevenir exitosamente la criminalidad empresarial. Si esto ocurriera, las demás cuestiones que se plantean consistirían en si y cómo deberían implementarse, de manera efectiva, tales programas y, en especial, podrían verse influidos por el Derecho Penal de la empresa.

1. Idoneidad de los programas de "compliance" para la prevención de la criminalidad

1.1. Conocimientos criminológicos

La investigación criminológica de la criminalidad económica demuestra que, para la criminalidad empresarial resulta en primer lugar determinante la influencia específica de la empresa en la conducta de los trabajadores. Son sobre todo relevantes la actitud dentro de la empresa respecto a valores éticos así como la cultura organizativa que ella tiene y su estándar en cuanto a medidas de "compliance". Las infracciones a las normas son favorecidas especialmente por un clima de erosión normativa, por técnicas de neutralización al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por presiones a los trabajadores para que encuentren "soluciones innovadoras" así como por oportunidades para la comisión de delitos(82). Es así que

(82) Cfr. Resumiendo, HEFENDEHL en MSchrKrim 2003, p. 27 y ss.; SIMPSON/PIQUERO, 36 Law & Society Review (2002), p. 509 y ss.; especialmente sobre la prevención a la criminalidad a través de "Business Ethics" ver BUSSMANN en Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik, tomo 5 (2004), p. 35.

la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de "compliance", tiene una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial.

Esto también se ve confirmado por los resultados arriba mencionados de la investigación empírica realizada por PricewaterhouseCoopers, según la cual, a nivel mundial el 38 % de las empresas con reglas éticas y programas de "compliance" fue víctima de delitos económicos mientras que en el grupo comparativo lo fue el 54 %[83]. Estos resultados son notables porque en las empresas sin programas de "compliance" debido a sus reducidas medidas para descubrir los hechos, la cifra oscura debe de ser comparativamente mayor que en las empresas con medidas de "compliance". Por ello, junto con los conocimientos mencionados de la investigación criminológica, estos datos constituyen otro indicio de que los programas apropiados de ética y "compliance" contrarrestan la violación normativa.

Aquí no se puede investigar con más detalle en qué medida este resultado se vería corroborado por otras teorías e investigaciones criminológicas. Esto rige p. ej. para la teoría general de la criminalidad de Gottfredson y Hirschi[84], según la cual sería determinante para la criminalidad empresarial sobre todo el autocontrol de los trabajadores de la empresa, lo cual también es buscado por lor programas de "compliance". Tampoco puede profundizarse aquí en las teorías de "rational choice", creadas en los EE. UU. y que entretanto han sido perfeccionadas más. Tomándolas por base, Tiedemann había indicado ya en 1972, en un informe para la Jornada Alemana de Juristas, que el delincuente económico, con frecuencia motivado de manera racional, podría ser intimidado mediante riesgos penales de mayor modo que otros delincuentes[85]. Estas teorías, aunque no sean fáciles de demostrar empíricamente, proporcionan, dentro de sus límites, argumentos adicionales a favor de la efectividad de los elementos de "compliance" arriba analizados, los que no solamente tienen una orientación normativa sino también elevan el riesgo de descubrimiento (decisivo para el efecto intimidante), riesgo que se ve elevado mediante especiales medidas de "compliance".

(83) Cfr. PRICEWATERHOUSECOOPERS (nota 17), p. 4, 37 y ss.
(84) Cfr. GOTTFREDSON/HIRSCHI, "A General Theory of Crime", 1990.
(85) Cfr. TIEDEMANN, "Verhandlungen des 49. DJT" (1972), p. C 21 y ss. En la discusión estadounidense este punto de vista había sido acuñdo decisivamente por BECKER; ver 76 Jorurnal of Political Economy (1968), p. 169 y ss. Entretanto esto se ha desarrollado más y se ha especificado hasta el detalle con ayuda de las teoría de la decisión y de los juegos, sobre todo sobre la base de planteamientos de "rational choice" tomando como modelo básico al "resourceful, evaluative, maximising man" y sus circunstancias marginales y desviaciones. Cfr. al respecto, c. más refs., FEDERMANN, "Kriminalstrafen im Kartellrecht", p. 295 y ss.; HEFENDEHL en ZStW 119 (2007), p. 816 (820 y ss.); VOGEL en "Festschrift für Jakobs", 2007, p. 731 (737 y ss.).

1.2. Ventajas de la autorregulación y de la corregulación

Se tiene también una buena razón para creer en la gran efectividad comparativa de los programas de "compliance", frente a las soluciones puramente penales, debido a las ya arriba destacadas características de los **sistemas de autorregulación y de corregulación**, dentro de los que se encuentran los programas de "compliance". En estos conceptos la regulación estatal se da no tanto a través de una creación e imposición jerárquicamente regulada del Derecho, sino más bien a través de un influjo "suave" en las conductas. El gran poder autorregulador de los sistemas autónomos de regulación no solamente es defendido en la investigación de la "governance" del Derecho administrativo(86), sino también constituye la base del análisis de Teubner de las constituciones empresariales autorreflexivas(87), así como, de manera general, de la descripción que, con ayuda de la teoría de sistemas, se hace de los sistemas sociales autopoiéticos (que se dirigen a sí mismos)(88).

Las ventajas de los programas de "compliance" y de otros "governance tools" en el marco de estos sistemas se manifiestan especialmente en una sociedad (de riesgos) global y compleja(89). Esto resalta especialmente en el ámbito de la aquella criminalidad empresarial global y compleja aquí relevante, en donde las propias regulaciones de las empresas directamente afectadas a menudo pueden considerar mejor que las regulaciones administrativas o penales generales las numerosas especializaciones técnicas y económicas de la economía moderna. Esto se debe sobre todo al especial conocimiento de las empresas afectadas, a sus posibilidades de actuar globalmente (de las que no disponen ni el Estado nacional ni las organizaciones internacionales), así como a su dominio de los medios de dirección central que impiden la criminalidad, y que se extienden desde las competencias jerárquicas de mandar dentro de la empresa hasta la disponibilidad de los sistemas decisivos de información. Por ello, la autorregulación de la empresa puede constituir un planteamiento mucho más efectivo que la determinación estatal de preceptos (en parte no adaptados a la empresa concreta). Si se trasmiten a lae em-

(86) Cfr. sobre este desarrollo en el Derecho público, p. ej. SCHMIDT-ASSMANN, "Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee", 2da. ed., 2004, p. 26 y ss.; SCHUPPERT, en: ídem (ed.), "Governance-Forschung", 2005, p. 371 (382 y ss.); VOSSKUHLE en. Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (edits.), "Grundlagen des Verwaltungsrechts", tomo 1, 2006, § 1, n. marg. 20 y ss., 68 y ss.

(87) TEUBNER en "Festschrift für Kocka", 2007, p. 36 y ss. Cfr. al respecto también HEFENDEHL en MSchrKrim, 2003, p. 27 (39); *ídem* en ZStW 119 (2007), p. 816 (820 y ss.).

(88) Cfr. LUHMANN, "Soziale Systeme", 1984; *ídem* en ZfRSoz 6 (1985), p. 1 y ss.; *ídem*, "Die Wirtschaft der Gesellschaft", 1988, p. 43 y ss.; *ídem*, "Das Recht der Gesellschaft", 1993, p. 38 y ss.; TEUBNER en ARSP 68 (1982), p. 13 y ss.; *ídem*, "Recht als autopoietisches System", 1989, p. 149 y ss.

(89) Esto se ve por ejemplo en el control de comercio mundial de títulos valores o en la seguridad de las centrales nucleares, control que actualmente se produce de manera global y bajo participación esencial de la sociedad civil. De manera general sobre la dirección en el mábito de la criminalidad económica ver HEFENDEHL en ZStW 119 (2007), p. 816 (823).

presas internacionales determinadas formas de "self-policing", esto no tiene por eso que significar un "laissez faire", sino, en muchos casos, consiste en la única posibilidad de recuperar una parte del control estatal bajo la forma de "autorregulación regulada" o de la "rule at a distance"(90).

Se producen más posibilidades de influir a través de una interacción funcional entre los sistemas de regulación privados y estatales. El análisis de los programas de "compliance" existentes y de sus presupuestos legales en la primera parte de este trabajo muestra al respecto, sobre todo, **tres procesos específicos** con los cuales es posible, en el marco de una "autorregulación regulada", incrementar más la eficiencia en el control de la criminalidad empresarial: el sistema de regulación estatal puede dictar leyes para los sistemas no estatales o algunos de sus elementos e influir así en ellos, puede obligar al sistema privado a cooperar con el sistema sancionador estatal, y puede declarar que los resultados del Código privado serán legalmente vinculantes. Los dos primeros mecanismos de la autorregulación influida estatalmente y de los deberes de colaboración impuestos por el Estado, pueden encontrarse en los preceptos arriba expuestos de los arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG; el último método de la "enforced self regulation" sirve de base a los ejemplos del control de los medios de comunicación masiva que también ya se han mencionado.

1.3. Contenidos específicos de la prevención de la criminalidad

Los programas de "compliance" son también especialmente apropiados para prevenir la criminalidad debido a sus **contenidos específicamente relacionados con la prevención de la criminalidad**. Esto rige sobre todo para su componente central: la obligación y la regulación de la responsabilidad del nivel directivo de la empresa afectada en relación con determinados valores y sus programas de "compliance". Y es que el influjo directo en el máximo nivel de dirección de la empresa, bajo puntos de vista de técnica organizativa, constituye el medio más efectivo para influir en la política de la empresa(91). Esto acierta especialmente cuando la dirección de la empresa hace suyos los valores preceptuados y, con ello, contrarresta las técnicas de neutralización frente a conductas criminales que puedan existir en los trabajadores, técnicas que han sido identificadas arriba como la causa principal de la criminalidad empresarial(92).

(90) BRAITHWAITE en Brit. J. Criminol. 40 (2000), p. 222 y ss. (223), refiriéndose a la moderna sociedad de riesgo, también habla ilustrativamente de separarse del modelo de regulación *keynesiano* ("en el cual el Estado rema mucho pero dirige mal") a través de un nuevo modelo de regulación *hayekiano* ("en el cual del Estado dirige y la sociedad civil rema").

(91) Por eso, en los Estados Unidos, el elemento central de los programas de "compliance" es precisamente la conexión con las personas directivas. Cfr. GRUNER, "Corporate Criminla Liability and Prevencion", § 14.02 [6][b].

(92) Cfr. arriba en IV.1.a).

En los programas de "compliance", este mecanismo de una implementación institucionalizada va de la mano con las medidas efectivas, arriba sistematizadas, para el control de la criminalidad empresarial. Esto rige sobre todo para la implementación de departamentos especializados de "compliance", medidas de capacitación de empleados, así como deberes de información y documentación de los trabajadores, medidas pertinentes de control del personal y de bienes, medidas para canalizar los informes de sospechas, sistemas especiales para informantes, medidas internas para el esclarecimientos de casos de sospecha, medidas de control externo por revisores de balances, así como la cooperación entre los controles de la empresa y los controles estatales de la criminalidad(93).

1.4. Límites fácticos

Sin embargo, los programas de "compliance" tienen también límites fácticos. Estos límites de los programas de "compliance" en la prevención de la criminalidad se deben a que el sistema privado y el estatal de control tienen en parte distintos objetivos, lo cual puede llevar a conflictos: para las empresas el impedir la criminalidad y su persecución penal solamente constituye uno entre varios objetivos. El alcance de las concepciones de "compliance" se ve por ello limitado sobre todo por el hecho de que muchos elementos de los programas de "compliance" presuponen una **dirección empresarial cumplidora**(94). Y por eso la "autorregulación **regulada**" o coregulación tiene que impedir que las empresas, escudándose en programas de "compliance", practiquen programas de coartada que solamente realicen un "blinking and winking" [tapar y dejar pasar] y que, en caso de que se descubrieran delitos, intentaren descargar a la empresa "sacrificando" a algunos trabajadores.

Mediante la perspectiva de la teoría de sistemas, que se ha expuesto arriba, puede deducirse que, para evitar tales programas de apariencia, se tienen a disposición sobre todo **dos estrategias de la** "regulación autorregulada". Por un lado se tiene que reforzar y configurar de manera adecuada aquellos elementos del programa de "compliance" que también funcionen sin una dirección empresarial dispuesta a cumplir. Aquí se ubican los sistemas para informantes que se analizarán más abajo y que la dirección de la empresa no podrá corromper, los controles mediante "gatekeeper" externos como los revisores contables y abogados(95), o las medidas para la administración forzosa de una empresa criminal, tal como puede hacerse según el Derecho Penal

(93) Cfr. más detalles al respecto arriba en II.2.c).
(94) Cfr. sobre este punto crítico en relación con la "Corporate Governance" y la "Business Ethics", HEFENDEHL en JZ 2006, p. 119 (124 y ss.).
(95) Cfr. sobre las funciones de los "gatekeeper", *Coffee* en Columbia Law Review 103 (2003), p. 1293 (1296 y ss.).

de la empresa de los EE.UU.[96]. Para descubrir los programas de apariencia y sus abusos, podrían crearse también conexiones entre los sistemas privados y estatales de control que pongan a disposición del sistema estatal determinadas informaciones. Sin embargo, dichas conexiones no deben llevar a colisiones o distorsiones entre ambos subsistemas. Estas colisiones o distorsiones surgen p. ej. cuando los deberes de colaboración del sector privado intervienen en sus relaciones de confianza, tal como ocurre al crear obligaciones deberes de los abogados de comunicar las sospechas que ellos tengan.

Por otro lado, un sistema de sanciones y estímulos puede prever que los sistemas empresariales privados asuman ampliamente los objetivos de la prevención de la criminalidad y les otorgen prioridad frente a otros objetivos. Esto puede ocurrir mediante estructuras positivas de estímulos, pero también mediante un sistema represivo que contenga sanciones sensibles y una gran probabilidad de esclarecer los hechos. Tal concepción puede verse apoyada por el Derecho penal de la empresa arriba analizado, si este preveyera ventajas (p. ej. impunidad, rebajas de pena o archivamiento del proceso) en caso de que se hubieran creado programas de "compliance".

El caso de corrupción Siemens muestra este problema e ilustra sobre los planteamientos de solución. Este caso no solamente pone en evidencia el peligro de que un sistema de "compliance" llegue a transformarse en una fachada de apariencias cuando tuviera apoyo de la dirección de la empresa. El esclarecimiento del caso de corrupción a cargo de la empresa, presionada por la amenaza de sanciones del la "Securities and Exchange Commission" estadounidense, demuestra además la efectividad de las medidas internas de las empresas y de los mecanismos de cooperación.

1.5. Límites jurídicos

Los programas de "compliance" no solamente deben ser evaludados a partir de su efectividad, sino también en relación con sus límites jurídicos[97]. Entre estos figuran en primer lugar los límites de los Derechos de personalidad frente a una vigilancia técnica de los trabajadores de la empresa, límites que, en el Derecho alemán, no solamente resultan de los derechos individuales de los trabajadores, sino también de las regulaciones pertinentes en los estatutos de la empresa[98]. También tiene importancia el aseguramiento de los trabajadores frente a sistemas sancionadores internos de la empresa. La problemática de los "checks and balances" en los sistemas privados de re-

(96) Cfr. al respecto en relación con los EE.UU. las "Sentencing Guidelines" señaladas en la nota 31 y, en relación con la discusión alemana, ya antes, SCHÜNEMANN en "Unternehmenskriminalität und Strafrecht", 1979, p. 251.
(97) Cfr. al respecto SIEBER en ZStW 119 (2007), p. 1 (44 y ss.).
(98) Cfr. art. 87, párrafo 1, número 6 BetrVG [Ley del Régimen de las empresas].

gulación se manifiesta cuando las empresas, por la vía de la autorregulación, asumen una cantidad de funciones estatales, especialmente en la imposición de normas, el esclarecimiento y la sanción de infracciones. Por ello también debe evaluarse si y en qué medida las garantías penales clásicas (como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia o no autoinculpación) pueden transferirse por la vía de la "autorregulación regulada" a los sistemas sancionadores privados(99). Otros problemas de la privatización de las tareas de persecución penal (que todavía se tratarán más abajo) se producen cuando los programas de "compliance" son implementados mediante coerción estatal frente a las empresas (también por vía de la "autorregulación regulada".

1.6. Resultado parcial y consecuencias

Los programas profesionales de "compliance" para la prevención de la criminalidad consisten en un sistema de medidas extrajurídicas efectivas, las cuales son desarrolladas por las empresas afectadas, como actores decisivos en el campo económico, en todos los niveles de prevención. Estas medidas van desde la autoprotección técnica y la eliminación de estructuras criminógenas hasta llegar a la prevención mediante sistemas sancionadores internos de la empresa(100). Las restricciones del alcance de cada una de las medidas y los límites jurídicos de los programas de "compliance" van en desmedro de su efectividad, pero no cambian en lo básico la efectividad de estos sistemas de medidas en el control de la criminalidad.

Con ello, para la efectividad de las medidas de "compliance" tiene una importancia decisiva su efectiva implementación en un entorno empresarial competitivo, en el cual rige el principio de la maximización de ganancias y en el cual este no pocas veces –como se ha visto últimamente en el caso de corrupción de Siemens– se impone incluso frente a los valores éticos y las regulaciones penales. Sin embargo, si se observa a la "autorregulación regulada", desde la perspectiva de la teoría de sistemas, como una interacción entre los sistemas reguladores privados y estatales, se manifiestan dos estrategias que pueden posibilitar una efectiva implementación de programas de "compliance" y que serán vistas con más detalle a continuación. Por un lado, mediante **obligaciones legales especiales** (sea por la vía de la dirección soberana clásica, sea mediante la "autorregulación regulada" arriba explicada) pueden dictarse a las empresas medidas específicas de control (o de autocontrol). Por otro lado, se pude considerar la creación de

(99) Por eso, una política criminal correspondiente también exige una amplia teoría del control social mediante la autorregulación y la co-regulación, así como de sus posibilidades y límites en relación con una privatización de la persecución penal. Cfr. al respecto también SIEBER en ZStW 119 (2007), p. 1 (40, 42 y ss., 48).

(100) Cfr. sobre esta clasificación, HEFENDEHL en JZ 2006, p. 119 y ss.

estructuras de estímulo que, igualmente pueden desarrollarse bajo la forma de una autorregulación regulada y, especialmente, con un Derecho Penal de la empresas modificado(101).

2. Obligaciones legales para medidas de "compliance"

En el Derecho alemán se encuentran obligaciones legales de introducir elementos especiales de "compliance" p. ej. en los ya mencionados arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG. Además de esto se puede remitir a las ya mencionadas disposiciones de la "Sarbanes-Oxley Act" estadounidense, la cual prevé una responsabilidad del Chief Executive Officer y del Chief Financial Officer cuando estas personas hubieran, dolosamente, afirmado de manera falsa que el negocio celebrado era correcto y estaba completo(102). El problema de tal concepción legal coercitiva consiste, sin embargo, en que las disposiciones legales pueden definir de manera precisa solamente algunas medidas. Por ello –fuera de ámbitos especiales de la vida– muchas veces apenas se puede reforzar penalmente tales obligaciones, tal como se observa en la falta de sanción inmediata en las numerosas medidas de "compliance" (p. ej. en los arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG)(103). Ni siquiera la "Sarbanes-Oxley Act" contiene disposiciones sancionadoras propias para numerosas regulaciones(104). Un gran número de deberes empresariales reforzados con penas iría en contra de la función de última ratio del Derecho penal. Por ello, tal como se ha mostrado con los ejemplos de arriba, solo para ámbitos específicos, determinados casos o medidas, puede entrar en consideración la exigencia legal –sobre todo reforzada penalmente– de prever determinadas medidas destinadas a impedir la criminalidad empresarial. A este respecto, podría constituir un ejemplo (todavía no hecho realidad en Alemania), la obligación de las empresas de introducir un sistema de "Ombudsmann" que se ocupe de las comunicaciones de sospecha y la prohibición de imponer sanciones a los informantes.

(101) Acerca de un correspondiente "carrot-and-stick aproch" ver SIEBER (nota 37), p. 319 y ss.; ver también ALWART en: ídem (nota 35), p. 75 y ss.; PRÜFER, "Korruptionssanktionen gegen Unternehmen", 2004, p. 204 y ss.

(102) Cfr. la Section 906 de la "Sarbanes-Oxley Act" (nota 2), que refuerza los planteamientos correspondientes previstos en la "Foreign Corrupt Practices Act" y en la "Security Exchange Act". Cfr. al respecto las disposiciones en 15 United States Code, §§ 78 dd-78 y ss., según las cuales, la entrega de datos falsos ya estaba parcialmente penada antes de la "Sarbanes-Oxley Act".

(103) Cfr. al respecto arriba II.2.b) y 3c).

(104) Así, no se ha reforzado penalmente ni la violación del deber de implementar un "Audit Committee" ni la obligación de elaborar un "Ethic Code" o la creación de una central de denuncias anónimas. En la "Sarbanes-Oxley Act", se encuentra, como norma penal básicamente a la Section 906, la cual sanciona penalmente la afirmación falsa de que el balance de cierre era correcto. Pero aquí se trata de un clásico tipo penal económico que tiene paralelo con el existente en el Derecho alemán, en el cual se pena la exposición de datos falsos en los informes de la empresa (art. 331 del Código de Comercio y art. 17 de la Ley de publicidad).

Las disposiciones arriba señaladas del Derecho de los títulos valores y de la prevención contra el lavado de dinero muestran no solamente la efectividad y los límites fácticos de tales medidas, sino también sus problemas jurídicos. Estos radican sobre todo en los ya mencionados límites de una privatización de la justicia penal y en la creación de deberes de colaboración que trae consigo una irrupción en las relaciones de confianza, p. ej. de revisores contables y abogados(105). Además, se presentan problemas de limitación del poder estatal y de la división de poderes cuando la autodirección de las empresas es regulada por una autoridad estatal, la cual tiene simultáneamente potestades de creación de normas, facultades para esclarecer los hechos y competencias sancionadoras(106). Por ello, los puntos de vista de la efectividad y los mecanismos de protección tienen que ser cuidadosamente afinados en este campo tanto para evitar colisiones dentro del sistema como también por razones de Estado de Derecho(107).

3. Estructuras de estímulo en el Derecho Penal de la empresa

Junto a las obligaciones legales especiales de "compliance" es posible que existan medidas generales que estimulen a las empresas a crear medidas de "compliance" pero dejándoles la libertad necesaria en su introducción y cumplimiento. En la temática presente se plantea sobre todo la cuestión de en qué medida tales estructuras de estímulo serían posibles mediante una configuración apropiada del Derecho Penal de la empresa.

En este marco no se pueden incluir las todavía recientes experiencias del Derecho penal empresarial estadounidense, que da una fuerte importancia a las medidas de "compliance" proactivas y posdelictivas en las "sentencing guidelines"(108), y en decisiones sobre el archivamiento del proceso(109). El análisis que actualmente está siendo realizado en un proyecto de investigación del "Research School" del Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional de Friburgo va a aportar seguramente importantes datos para las cuestiones planteadas. Pero no podrán trasladarse, de manera global, a la situación alemana (que todavía está por configurar) un éxito o un fracaso (que de todos modos son muy difíciles de medir empíricamente) del sistema

(105) Cfr. sobre los límites de la privatización de la justicia penal, HAMM en NJW 2001, p. 3100 y ss.; MEYER en BewHi, 2004, p. 272 y ss.; SCHOLZ en NJW 1997, p. 14 y ss.; SIEBER en ZStW, tomo 119 (2007), p. 1 (40 y ss., 48); STOHRER, "Informationspflichten gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung", 2007. De manera especial sobre los deberes de denunciar, consultar a WERNER, "Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft", 1996, p. 59 y ss., así como sobre el modelo suizo en la lucha contra el lavado de dinero, p. 272 y ss.

(106) Cfr. acerca de estos problemas, especialmente VOGEL en "Festschrift für Jakobs", 2007, p. 731 (741 y ss.).

(107) Cfr. resumiendo, SIEBER en ZStW 119 (2007), p. 1 (44 y ss.).

(108) Cfr. sobre las "Sentencing Guidelines" arriba en la nota 31.

(109) Cfr. al respecto también, DANNECKER en: Alwart (nota 61), p. 5 y ss.

penal estadounidense, sistema que se ve dominado por la libre discrecionalidad del Ministerio Público y la responsabilidad de los representantes, y que, en parte, también ha sido caracterizado como inefectivo(110). Es por eso que, para hacer una evaluación amplia del nuevo planteamiento de "compliance" se deben considerar sobre todo también las correspondientes experiencias del "compliance" alemán, en especial las del control privado del lavado de dinero y de la evitación de abusos en el tráfico con título-valores, temas que constituyen el punto central de otro proyecto de investigación del Instituto Max-Planck de Friburgo. Según el presente análisis, las posibilidades para implementar efectivos sistemas de "compliance" se darán sobre todo cuando el cumplimiento de los deberes especiales legales de "compliance" incrementaren el esclarecimiento de los delitos y, al mismo tiempo, se creare un efectivo Derecho sancionador, respetuoso del Estado de Derecho, dirigido a las empresas y otros entes colectivos, y que contengan las correspondientes estructuras de estímulo para el "compliance".

Al respecto, la investigación arriba realizada del actual Derecho Penal de la empresa ya ha puesto en evidencia que un sistema de sanciones para empresas, añadido constructivamente a la consideración y promoción de medidas de "compliance", es mejor que un sistema penal solamente individual, ya que las sanciones a las empresas se dirigen a aquellas instituciones que –como enseña la teoría de Tiedemann de la culpabilidad organizativa– son competentes de la correspondiente dirección. Es sobre la base de este modelo de organización que resulta posible prever una estructura de estímulo para introducir programas de "compliance" con ayuda de la medición de la pena. Aquí puede servir como modelo pertinente no solamente el Derecho Penal estadounidense, cuyas "sentencing guidelines" atenúan la pena cuando la empresa "hubiera implementado un programa efectivo de compliance y de ética al momento de la comisión de los hechos"(111). También se encuentra un modelo similar en el Derecho Penal italiano, el cual reduce la sanción cuando la empresa "hubiera admitido y puesto en funcionamiento un modelo de organización apropiado para prevenir delitos como el que se hubiera cometido"(112). Aquí (y eventualmente también ya en las directivas para el proceso penal y el de imposición de sanciones contravencionales) el legislador alemán podría poner señales empleando pocos esfuerzos.

Si tal sistema sancionador de medidas quisiera promover efectivamente las medidas de "compliance" de las empresas, debe, no obstante, disponer

(110) Cfr. sobre la crítica al Derecho penal empresarial estadounidense, LAUFER, "Corporate Bodies and Guilty Minds", 2006, p. 38 y ss.
(111) § 8B2.1, § 8C2.5, 2007 Federal Sentencing Guidelines Manual (cfr. nota 31).
(112) Art. 12, D. Lgs. 8 de junio de 2001, n. 231, art. 12.

no solamente de una probabilidad correspondiente de aplicación en caso de infracciones (especialmente cuando se trata de órganos y trabajadores que se orienten de manera racional buscando beneficios)[113], sino también de sanciones efectivas[114]. Esto rige tanto en relación con la persona que dirigen físicamente los procesos dentro de la empresa, como también para la empresa misma que es jurídicamente responsable por la organización de estos procesos. Por ello, esto habla a favor de complementar el actual Derecho Penal individual mediante un Derecho sancionador de empresas que debería estar regulado en el Código Penal. Aquí puede dejarse de lado la cuestión de si se trataría de un auténtico Derecho Penal criminal o de un sistema sui géneris de medidas ubicado en el Código Penal entre las penas y las medidas de seguridad. Pero es decisivo que este sistema de sanciones no solamente sea efectivo e intimidante, sino también que contenga los necesarios mecanismos de protección para los derechos de los trabajadores y las empresas afectadas. Una ubicación de las reglas dentro del Código Penal ofrece la ventaja de una mejor visibilidad de las nuevas sanciones y medidas, de una desaprobación más fuerte de las acciones reguladas y la creación de penas efectivas dentro de un sistema que tiene apropiados mecanismos de protección.

El homenajeado Klaus Tiedemann ha recomendado al legislador alemán, ya el año 1996, que introduzca para el Derecho Penal de la empresa una "doble vía" del Derecho Penal colectivo junto con el Derecho Penal individual, además del modelo ya expuesto de la culpabilidad organizativa[115]. Entretanto el desarrollo internacional también ha confirmado esta propuesta, no solamente mediante numerosas recomendaciones de la Unión Europea y de otras organizaciones internacionales, sino también mediante las correspondientes reformas legales nacionales[116]. El presente análisis de los programas de "compliance" y de sus nuevos sistemas de regulación autorregulada se apoya, por lo demás, en estos resultados del análisis criminológico, dogmático

(113) Cfr. al respecto, tan solo, HEFENDEHL (nota 89), p. 816 (839 y ss.).

(114) Al hacer una comparación entre la sanción contravencional alemana, prevista en el art. 30 OWiG, el Derecho contravencional de cárteles de la Comunidad Europea basado en el art. 81 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea, y el Derecho penal empresarial estadounidense (incluyendo al Derecho de medidas complementarias de la SEC norteamericana), sale a relucir que el Derecho alemán tiene que ser revisado aquí de manera crítica, aún cuando estos procedimientos extranjeros no puedan constituir modelos a seguir en Alemania.

(115) Cfr. TIEDEMANN en: Schoch/Stoll/Tiedemann (edits.), "Freiburger Begegnung", 1996, p. 30 y ss. (54). Y también en la 2da. edición de su Manual de Derecho penal económico él parte de que las empresas podrían ser destinatarias de las normas del Derecho penal, dado que y en la media en que pueden cumplir con lo que debe ser. Cfr. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht AT" (nota 48), p. 136 (n. marg. 243).

(116) Cfr. TIEDEMANN en: Eser/Thormundsson (nota 59), p. 157 y ss. (157); *ídem* en: Schoch/Stoll/Tiedemann (nota 115), p. 30 y ss. (34); ídem en: TIEDEMANN (ed.) "Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union", simposio de Friburgo, 2002, p. 3 y ss. (17).

y de Derecho comparado realizado por el homenajeado y les añade nuevos argumentos provenientes de las ciencias sociales y económicas.

V. RESUMEN

Los programas de "compliance" desarrollados en los EE.UU. constituyen estructuras ordenadoras autorreferenciales de nuevo tipo que actualmente se están difundiendo también en Alemania.Los nuevos "Corporate Codes" han dado pie a modificaciones cuyas consecuencias todavía no pueden verse. Estos cambios, en una sociedad global llena de riesgos complejos, no solamente atañen a un solo aspecto singular en la evitación de la criminalidad empresarial, sino también a cuestiones básicas y decisivas del futuro Derecho Penal de la empresa alemán y mundial, así como de las posibilidades jurídicas de dirección más allá del Derecho Penal estatal. La problemática de principio que plantean los programas de "compliance" se pone de manifiesto cuando se ve en ellas a medidas para impedir la criminalidad empresarial que no solamente son mandadas por la ley bajo la forma de medidas especiales de prevención, sino también deben ser desarrolladas por las empresas mismas con motivo de nuevas formas de autorregulación y de corregulación. A esta concepción de la "regulated self-regulation" se vincula un nuevo planteamiento de teoría y práctica político-criminales para controlar la criminalidad de la empresa y que va a influir decisivamente al Derecho Penal empresarial, entre otras cosas porque tampoco se ven mejores alternativas. Por ello, la integración de los programas de "compliance" y de la regulación privada en el sistema jurídico estatal constituye el planteamiento actualmente más interesante para la prevención de la criminalidad económica.

El análisis presente del Derecho vigente ha llevado al resultado concreto de que los programas existentes de "compliance" ya de lege lata surten efectos en la punibilidad de los trabajadores de la empresa y, sobre todo, también en la imposición de sanciones a las empresas. Para crear estructuras de estímulo reforzadas con miras a sistemas de "compliance" efectivos, el Derecho Penal de la empresa debería, sin embargo, de lege ferenda ser perfeccionado en aquella dirección que el homenajeado ya había mostrado de manera pionera: hacia un Derecho sancionador de empresas regulado en el Código Penal, que disponga de efectivos mecanismos represivos y que tenga su contenido de injusto material en la culpa organizativa de la empresa, pero que también sea limitado –eventualmente quizás solo bajo la forma de una condición objetiva de punibilidad– por una punibilidad de accesoriedad limitada de los trabajadores de la empresa así como por las clásicas garantías penales(117).

(117) Cfr. sobre la necesaria aplicación de garantías de Estado de Derecho en las sanciones a las empresas sentó las bases ya antes, TIEDEMANN en "Festschrift für Jescheck", 1985, p. 1411 (1418).

El objetivo de un Derecho Penal efectivo aunque limitado por las clásicas garantías del Derecho Penal criminal, tiene que determinar las futuras pautas de una política criminal que, con los métodos de la dogmática penal, el Derecho Penal comparado, la criminología y la cooperación innovativa interdisciplinaria, busque el equilibrio necesario entre los intereses de seguridad y de libertad. En cuanto a esto el homenajeado ha desarrollado objetivos y métodos, sobre todo en el campo del Derecho Penal económico, que también en el futuro pueden servir de modelo para la ciencia penal internacional. Queremos agradecerle por ello y desearle en su septuagésimo cumpleaños que siga teniendo mucho éxito en el futuro, al igual que suerte en el círculo de sus familiares, alumnos y numerosos amigos.

La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos(*)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ
(España)

SUMARIO: I. Referencia a algunos casos de los tribunales españoles. **1.** El caso de los "números de protocolo sucesivos". **2.** El caso del otorgante paralítico cerebral. **3.** El caso de la doble venta. **4.** El caso de las garantías inexistentes. **II.** La posición jurídica del notario y el Derecho penal. **1.** Intervención y participación neutral. **2.** El deber de denegar la autorización de documentos de contenido antijurídico: el notario como *gatekeeper*. **2.1.** ¿Son los *gatekeepers* garantes? **2.2.** Los deberes secundarios del notario y su deber primario de abstención. **2.3.** Los presupuestos de la imputación subjetiva. **3.** ¿Responsabilidad omisiva del notario por la indebida denegación de su actuación como documentador y fedatario? **4.** El notario como asesor imparcial pero "compensador". **5.** ¿Posición de garante del notario a título de injerencia? **III.** Estructuras de intervención notarial en la comisión de delitos patrimoniales y económicos. **1.** En la función de fedatario. **2.** En la función de controlador de la legalidad en defensa de terceros privados o públicos. **3.** En la función de asesor imparcial y compensador. **IV.** Conclusiones.

Un examen de la bibliografía y jurisprudencia –mucho más de la extranjera que de la española– relativa a la posibilidad de apreciar una responsabilidad penal de los notarios por su intervención en delitos patrimoniales y económicos pone de relieve tres datos significativos: en primer lugar, que dicha responsabilidad es conceptualmente posible, tanto en lo que concierne a delitos cometidos por uno de sus clientes frente al otro, como en cuanto a los

(*) Abreviaturas: AnwBl: *Anwaltsblatt*; Bus. Law.: *The Business Lawyer*; DNotZ: *Deutsche Notar-Zeitschrift*; J.L. Econ.& Org: *Journal of Law, Economics, and Organization*; NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*; NotBZ: *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*; NZI: *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*; OLG: *Oberlandesgericht*; Yale L.J.: *Yale Law Journal*; ZIP: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*. Las referencias legislativas lo son al Código penal español (CP) a la Ley del Notariado (LN) o al Reglamento Notarial (RN) español.

cometidos por sus clientes en perjuicio de terceros[1]; en segundo lugar, que hasta ahora se han dado relativamente pocos casos ante los tribunales[2]; y, en tercer lugar, que por todos los autores se augura que esa responsabilidad puede ir a más. Esto último, por dos razones. Por un lado, por la creciente imposición de deberes jurídico-públicos a los notarios cuya infracción puede llegar a tener trascendencia penal; y, por otro lado, como consecuencia de los cambios (mayor competencia externa e interna, carácter crecientemente masivo de sus intervenciones) a que se ha visto sometida la actividad profesional notarial en los últimos años [3].

En lo que sigue, procederé del siguiente modo: En primer lugar, aludiré a algunas resoluciones judiciales españolas en las que, de modo directo o indirecto, se suscita la posible responsabilidad del notario por su intervención en delitos patrimoniales y económicos[4] (I); a continuación, trataré de perfilar la posición jurídica del notario a los efectos de la valoración de su conducta desde la perspectiva del Derecho Penal (II); más adelante, mostraré algunas de las estructuras fundamentales de la posible responsabilidad penal del notario (III); finalizaré proponiendo algunas conclusiones (IV).

I. REFERENCIA A ALGUNOS CASOS DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. El caso de los "números de protocolo sucesivos"

En 2002, la Audiencia Provincial de Madrid tuvo ocasión de ocuparse de un interesante supuesto de delito de defraudación tributaria[5]. Simplificando al máximo los hechos, se trataba de un caso de simulación negocial producido mediante la interposición de un testaferro entre la auténtica vendedora y la compradora final de un inmueble. De este modo, a través del otorgamiento de dos compraventas simuladas (la primera, entre la vendedora y el testaferro, por un importe bajo; y la segunda, entre el testaferro y la compradora, por un importe mucho más alto: el real), se disimulaba la existencia de una única compraventa. Ello respondía a la finalidad de imputar

(1) KREKELER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Notars bei der Gründung einer GmbH, AnwBl 2/ 1993, pp. 69 y ss., 69.
(2) WESSING, Strafbarkeitsgefährdungen für Berater, NJW 2003, pp. 2265 y ss., 2270.
(3) WESSING, NJW 2003, p. 2270.
(4) Quedan fuera de mi examen aquellos en los que se trata, sin más, de falsedades dolosas o imprudentes cometidas por los notarios; puede confrontarse a este respecto la exposición de Bacigalupo contenida en esta misma obra. Una buena descripción de los sistemas francés, alemán e italiano en relación con este punto puede hallarse en POULPIQUET, Responsabilité des notaires, París 2003, nº marg. 91.11 y ss.; KELLER, Grenzbereiche zwischen Strafrecht und Standesrecht des Notars, DNotZ 1995, pp. 99 y ss., 111 y ss; LA PORTA, La responsabilità professionale del notaio. Profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale, Torino 2003, p. 109 y ss.
(5) SAP Madrid (secc. 15ª) de 19 de abril de 2002, ponente Jorge Barreiro.

de modo ficticio al testaferro interpuesto la mayor parte del precio abonado por el comprador. Así, la sociedad vendedora (y perceptora del precio en su totalidad) pretendía ocultar a la Hacienda pública la mayoría de las plusvalías obtenidas. En la sentencia se subrayaba, a este respecto, "el dato significativo de que las dos escrituras de venta se firmaron de forma sucesiva en la notaría en la misma mañana, limitándose el testaferro, según su propia declaración, a cambiar de habitación, de forma que en una compró y en el cuarto contiguo vendió. Ello quedó corroborado por el contenido de las escrituras y los números sucesivos de protocolo".

La sentencia, distanciándose de lo sostenido para casos similares por el Tribunal Supremo, absolvió al comprador de la acusación de cooperación necesaria en el delito de defraudación tributaria del vendedor. El argumento esencial fue que la compradora, aunque por supuesto supiera que la vendedora había designado a un testaferro para firmar la segunda escritura de venta y supusiera que ello se hacía con fines defraudatorios para la Hacienda pública, ningún interés tenía en la interposición reseñada, puesto que en todo caso pagó el precio total a la vendedora. Por ello, consideró que la conducta de la compradora respondía a lo que en la moderna doctrina del Derecho Penal se conoce como "acciones neutrales". A este respecto, la sentencia apuntó, correctamente, que para que una conducta de intervención sea calificada como "neutral" ha de apreciarse en ella la persecución de un fin legítimo (una "actuación conforme a rol"), así como la ausencia de una relación de sentido delictivo con el hecho principal. Además, que, en general, entre ella y la conducta del autor suele darse un cierto distanciamiento temporal. Dándose estos presupuestos, consideró que al interviniente no se le podía imputar objetivamente la realización de un hecho de participación, aunque hubiera favorecido causalmente la ejecución de la conducta del autor.

A juicio de la sentencia, el "mero hecho de que el acusado conociera la posibilidad, más o menos elevada, de que el vendedor acabara incurriendo en una conducta fraudulenta (…) no le impedía al acusado firmar la escritura pública con la persona que aparentaba ser un testaferro, ya que ello supondría imponerle un deber específico de obstaculizar la posible acción delictiva del autor dejando de suscribir la escritura". Y es que, en efecto, no cabe hablar de conductas neutrales cuando puede afirmarse que el interviniente tiene algún deber de control sobre la conducta del autor principal.

Seguramente por eso, la sentencia añadió que "castigar penalmente esa falta de obstaculización de un posible delito nos conduciría muy probablemente, aplicando la misma lógica, a imputar también la cooperación en el futuro delito al propio notario que autorizó las escrituras. Y ello porque también tenía que sospechar o barruntar que dos escrituras otorgadas sucesivamente –más bien cuasi simultáneamente– en la misma mañana y en cuartos contiguos,

con respecto a la venta de un mismo bien inmueble, tenía notables visos de una simulación de una compraventa intermedia con fines de ocultación fiscal. Máxime si se contempla el contenido de ambos documentos. Y, sin embargo, las acusaciones no imputaron al notario la participación en el delito contra la Hacienda Pública. Es más, ni siquiera solicitaron que compareciera a declarar".

Este último argumento de la sentencia ¿era un argumento *a simile*? ¿o más bien un argumento a fortiori? ¿En estos casos de compraventas simuladas, se encuentra el notario autorizante de las escrituras sucesivas en la misma posición jurídica que el adquirente?

2. El caso del otorgante paralítico cerebral

Más recientemente, otra sección de la Audiencia Provincial de Madrid, si bien es cierto que en una resolución interlocutoria(6), tuvo ocasión de analizar otro supuesto fáctico que concierne al objeto de este texto(7). En el caso se trataba de un paralítico cerebral, propietario de una vivienda heredada de sus ascendientes. Este, judicialmente incapacitado al tiempo de instruirse la causa, aunque todavía no en el momento en que tuvieron lugar los hechos, había otorgado amplios poderes al administrador de una inmobiliaria respecto a la referida vivienda. La vivienda fue luego enajenada, sin que su importe se entregara al propietario, sino a su tío. En el caso, el notario imputado autorizó el otorgamiento de una serie de documentos públicos, entre ellos el poder de representación a que antes se ha hecho referencia. Al hacerlo, juzgó que, a pesar de la enfermedad que padecía, el paralítico cerebral tenía capacidad legal suficiente para intervenir en un acto que permitió la posterior venta de la vivienda, sin que finalmente se le entregara el precio. La Sala confirmó el auto de la Instructora, acordando por tanto que se pasara a la fase intermedia del procedimiento seguido contra todos los imputados, incluido el notario.

¿Tiene sentido hacer responsable al notario por las consecuencias de sus **juicios de valor**, siendo así que de estos no es posible predicar verdad o falsedad?

3. El caso de la doble venta

De nuevo en una resolución interlocutoria(8), la Audiencia Provincial de Soria se pronunció sobre el papel del notario en casos de delitos patrimoniales.

(6) Auto de la AP Madrid (secc. 6ª) de 2 de abril de 2004, ponente Sra. Alvaro López.
(7) Se trataba de la resolución de un recurso de apelación contra la desestimación de un recurso de reforma interpuesto, a su vez, contra el auto que acordaba continuar las actuaciones seguidas, entre otros imputados, contra un notario, por los trámites del procedimiento abreviado.
(8) Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 29 de enero de 2003, ponente García Moreno.

En el supuesto de hecho, se trataba de que en la escritura de compraventa de una parcela no se había hecho referencia alguna "a la existencia de adquirientes por contrato privado de las viviendas del edificio (…) que estaba siendo construido sobre dicha parcela". Acordado el sobreseimiento provisional de las actuaciones con respecto al notario autorizante, la Sala desestimó el recurso de apelación interpuesto y concluyó, por tanto, que no había resultado debidamente justificada la perpetración de delito alguno por parte de aquel.

Lo más interesante de esta resolución es, con todo, el dibujo que realiza acerca del papel del notario en relación con los negocios jurídicos que se recogen en las escrituras que autoriza. Para la Sala, "el notario no es más que un auditor y subsiguiente relator de lo que las partes intervinientes en el otorgamiento de una escritura pública le expresan, ya sea esto verdadero o falso, por lo que la verdad intrínseca de las manifestaciones de las partes y la intención o propósito que estas disimulan u ocultan escapan a la apreciación notarial"(9). Se subraya que "consta claramente que el citado notario se limitó a recoger en las escrituras públicas autorizadas por él las manifestaciones realizadas por las partes en los diversos negocios jurídicos otorgados ese día, que se encontraban ya esbozadas en los borradores o minutas redactados por los empleados de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. que se hallaban presentes en el acto de otorgamiento de las escrituras públicas, y que no intervino en absoluto en las negociaciones previas al otorgamiento de las escrituras públicas que se desarrollaron, al menos parcialmente, en los propios locales de la notaría". Finalmente, la Sala rechaza la alegación de que "uno de los notarios de esta ciudad de Soria se habría negado a autorizar las escrituras públicas finalmente otorgadas en la notaría de Valladolid (…), ya que, de una parte, todo indica que las escrituras otorgadas en la notaría de (…) Valladolid lo fueron por hallarse en esta ciudad las oficinas regionales de la entidad 'Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.' en las que centralizan las operaciones hipotecarias de cierta entidad o relevancia, y, de otra, porque el hecho de que un notario no autorice un determinado negocio jurídico no supone que cualquier otro profesional que acepte intervenir en el otorgamiento del mismo incurra en responsabilidad de naturaleza criminal por este hecho".

¿Se puede aceptar que la idea de que el notario es un mero auditor y relator de lo que las partes manifiestan y que "la verdad intrínseca de las manifestaciones de las partes y la intención o propósito que estas disimulan u ocultan escapan a la apreciación notarial"?

(9) No obstante, se añade que no existe el más mínimo indicio de que el notario hubiese actuado en connivencia con los querellados para defraudar, por medio de las escrituras otorgadas, los derechos de los adquirientes por contrato privado de viviendas en el edificio que estaba siendo construido en la parcela objeto de compraventa.

4. El caso de las garantías inexistentes

Finalmente, debe hacerse alusión a la sentencia del Tribunal Supremo que, en 2003, condenó a un notario como cómplice de un delito de estafa(10). En el caso una entidad había puesto en circulación obligaciones, supuestamente con garantía hipotecaria. Sin embargo, las escrituras públicas de emisión de los títulos no habían accedido al Registro de la Propiedad. Pese a ello, el notario, al firmar las escrituras de emisión de las obligaciones, había señalado que estas se hallaban garantizadas con hipoteca incluida en la propia escritura. Al hacerlo sin indicar el carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro para la referida garantía, el Tribunal entendió que había creado por omisión una falsa apariencia, lo que daba lugar, a juicio de la Sala, a la realización del tipo omisivo de estafa.

En realidad, como se desprende del propio relato fáctico, el Tribunal no considera que se trate de una complicidad por omisión. Es partícipe por omisión el que no realiza aquello que, como garante, estaba obligado a hacer para contribuir a la evitación del resultado causado por otro. En el caso, sin embargo, el notario, de haber realizado algo punible, esto habría sido una contribución activa a la producción de los resultados de error, acto de disposición patrimonial y perjuicio, propios del delito de estafa. Que dicha contribución activa tuviera lugar mediante la infracción de diversos deberes derivados de la legislación notarial (art.172 del Reglamento Notarial –RN–; art. 154 de la Ley Hipotecaria)(11) no podía conducir a calificar su conducta como omisiva desde la perspectiva del Derecho Penal. La acción de intervención consistió en autorizar las escrituras, en lugar de denegar su cooperación. Pero eso es una conducta activa, de modo que las alusiones del Tribunal al concepto de "omisión" y al art. 11 del CP resultan perfectamente innecesarias.

Con todo, sí es importante observar que la sentencia atribuye al notario algunas obligaciones concretas que precisan la noción más genérica del art. 145 RN (12) relativa a que debe denegar la autorización de las escrituras

(10) STS de 2 de septiembre de 2003, ponente Sánchez Melgar.

(11) No solo lo que se ha señalado, sino que algunas de las fincas ni siquiera estaban a nombre de la entidad emisora de las obligaciones, o estaban manifiestamente sobrevaloradas (lo que le constaba al notario) hasta el punto de que, aunque hubiera sido posible la ejecución de las hipotecas, estas no habrían constituido una plena garantía de las obligaciones.

(12) Los dos primeros párrafos del artículo 145 RN establecen:
"La autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el Notario con jurisdicción a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial.
Esto no obstante, el Notario no solo deberá excusar su Ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona, natural o social, no esté legítimamente acreditada o no le corresponda por las leyes; cuando en los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Provincia o el

cuando le conste que los negocios subyacentes infringen el ordenamiento jurídico. En particular, interesa subrayar la alusión que hace la Sala al hecho de que "del contenido de las afirmaciones que recogía en la escritura pública y que provenían de las manifestaciones de los otorgantes claramente se deducía la imposibilidad de su viabilidad, y en consecuencia, se ponía de manifiesto el entramado delictivo". Pues de tal alusión se deriva la existencia de un deber del notario de analizar el contenido de las manifestaciones de los otorgantes, a las que no alcanza la fe pública. Resulta también interesante la afirmación de que el sujeto, "como notario, y profesional muy cualificado, conoce perfectamente –o debe saberlo– los precios del mercado inmobiliario". Pues de ella se deriva la existencia de un deber del notario de analizar un aspecto tan concreto del negocio como son los precios de los inmuebles. ¿Es esto correcto, cuando existen profesionales específicamente encargados de garantizar la seguridad económica de las transacciones, como es el caso de los auditores o tasadores?

II. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL NOTARIO Y EL DERECHO PENAL

1. Intervención y participación neutral

Cuando se plantea la posible responsabilidad del notario por delitos patrimoniales o económicos no se piensa, en general, en una intervención a título de autoría. Es cierto que pueden concebirse perfectamente situaciones en las que el notario sea autor de un delito patrimonial. Así, por ejemplo, cuando recibe un depósito de dinero que ha de entregar en ciertas condiciones o destinar a un determinado fin y lo distrae, habrá cometido, si concurren todos los demás elementos, un delito de apropiación indebida del art. 252 del CP. También es perfectamente concebible que el notario sea reputado autor de un delito económico, como es el de blanqueo de capitales (arts. 301 y ss. del CP); y ello, en comisión activa o en comisión por omisión, a título doloso o imprudente[13]. Con todo, más allá de lo anterior, que es bastante específico, el título de imputación que, en general, se toma en consideración a propósito de la intervención de notarios en delitos patrimoniales y económicos es la participación y, en concreto, la cooperación (lo que en España abarca la

Municipio las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o transmitido con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas, y cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos".

La regulación no es muy distinta en otros sistemas de notariado latino. Así, en Alemania, el § 15 Abs.1S.1 BNotO señala que el notario desempeña una función pública, de modo que no puede denegar su cooperación sin razón suficiente; a lo que se añade, en el § 14 Abs 2 BNotO, que ha de denegar su autorización con respecto a aquellas acciones en las que, de modo reconocible, se persigan fines no permitidos o fraudulentos.

(13) Cfr. al respecto las diversas aportaciones contenidas en este mismo volumen.

cooperación simple –o complicidad– y la cooperación necesaria, cuya pena es equiparada legalmente a la de la autoría(14)).

La responsabilidad penal a título de cooperación requiere la existencia de un hecho principal delictivo; de una aportación del cooperador que pueda ser calificada como un riesgo jurídico-penalmente relevante de favorecimiento de la conducta del autor; y, en general, de un dolo de dicho cooperador, que abarque tanto la realización del hecho principal delictivo como su propia aportación favorecedora. Pues bien, al respecto es significativo que la hipótesis de la posible participación del notario en delitos patrimoniales o económicos se plantee a propósito de su actividad profesional. Ello podría llevar a considerar la posibilidad de que se tratara de una intervención de las llamadas "neutrales", a las que al principio se hizo una alusión sucinta. En efecto, en la dogmática jurídico-penal más moderna(15), se entiende que una participación es "neutral" cuando, pese a constituir una aportación favorecedora, en términos causales, de la producción del resultado típico, el sujeto, al realizar la conducta de favorecimiento, se ha atenido a los estándares de licitud de la profesión que ejerce, sin "adaptación" alguna a las circunstancias del hecho concreto. Si, efectivamente, el sujeto ha realizado la conducta en estricto cumplimiento de los deberes que son de su incumbencia en la interacción social, entonces su aportación, pese al efecto causal de favorecimiento que haya producido sobre el hecho principal delictivo, se considera "neutral" y el hecho no es punible(16).

A mi juicio, los presupuestos de la responsabilidad del notario por su intervención en delitos económicos de terceros deben partir de las siguientes consideraciones. La primera, que el notario, que es un profesional libre del Derecho, desempeña asimismo funciones públicas. Y la segunda, que el Derecho notarial, en la medida en que establece cuál es el estándar de actuación que corresponde a la profesión de notario, describe el espacio de irrelevancia jurídico-penal de cualquier intervención favorecedora de este con respecto a hechos delictivos de terceros(17). Esto conduce a dos conclusiones.

(14) Cfr., respectivamente, arts. 29 y 28, II b) CP.

(15) El concepto procede de la dogmática alemana. Cfr. en España BLANCO CORDERO. Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito. Granada 2001; LANDA GOROSTIZA. La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Granada 2002; en el marco de un una construcción sistemática más acabada, ROBLES PLANAS. La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid, 2003.

(16) Por ejemplo, el deudor que se limita a pagar su deuda al vencimiento de esta no es responsable de lo que el acreedor haga con su importe, aunque ello sea algo delictivo y el deudor lo sepa. Del mismo modo que el comprador que se limita a pagar el precio de la cosa no es responsable de lo que el vendedor haga con él, aunque se trate de una ocultación a la Hacienda pública y el comprador lo sepa.

(17) Ya en este sentido la sentencia del OLG KOBLENZ de 21 de diciembre de 1990, ZIP 1991, 1284 y ss., 1290, con referencias a TIEDEMANN y VOLK; también KREKELER, AnwBl 1993, p. 71.

La primera, que el notario que favorece hechos delictivos de terceros mediante la infracción de deberes propios de la actividad notarial, puede ser calificado como partícipe, en la medida en que se den adicionalmente los demás presupuestos objetivos y subjetivos de tal atribución de responsabilidad. La segunda, que el notario cuya conducta, perfectamente conforme al estándar profesional, favorece sin embargo hechos delictivos de terceros no responde penalmente como partícipe, de entrada[18], aunque le conste a ciencia cierta el referido favorecimiento.

Como es de todos conocido, el estándar de actuación profesional del notario no se ciñe al deber de no incurrir en falsedad[19]. Por el contrario, se

(18) Es importante subrayar esta salvedad, pues una situación problemática es la del notario a quien le consta por cauces informales, pero de modo cierto, que la escritura que va a autorizar se inscribe en un plan delictivo y no deniega la autorización, tras someter satisfactoriamente el documento a todos los controles formales que le corresponden según su estándar profesional. La cuestión, sobre la que debería profundizarse, es si su estándar profesional le obliga al notario, también a efectos penales, a tener en cuenta todos sus "conocimientos especiales" (y no solo de hecho, sino también de Derecho) sobre el negocio, a la hora de decidir sobre su autorización o no.
El tema es paralelo al problema de si el juez puede servirse de su conocimiento privado a la hora de emitir juicio. En este último caso, la incompatibilidad de las posiciones de juez y de testigo, así como la imposibilidad de comprobar aquello que el juez conoce al margen del proceso, determinan que, desde el punto de vista normativo, ello deba descartarse: así, LIPP, Das private Wissen des Richters. Zur Unparteilichkeit des Richters im Prozeß. Heidelberg 1995, pássim. Cuestión distinta es el aspecto psicológico de si el juez, a la hora de la determinación de los hechos, podrá sustraerse a ese conocimiento o habrá de quedar necesariamente contaminado por él. En todo caso, ante la constancia de que el juez pueda haber tenido conocimiento extraprocesal de los hechos, procedería su recusación o abstención, por estar afectada su imparcialidad objetiva. La imparcialidad subjetiva, esto es, la que tiene que ver con la existencia de "prejuicios" valorativos en el juez (un horizonte hermenéutico determinado) no puede evitarse; ahora bien, si constan abiertamente esos prejuicios y se han manifestado de forma clara, sí parece que debiera procederse a la abstención o recusación. En mi opinión, incorporar conocimiento extraprocesal, esto es, ajeno al rol, para adoptar la resolución contraria a la que se derivaría del normal ejercicio del rol, sería constitutivo de prevaricación.
La cuestión general de la que constituyen un mero reflejo los problemas reseñados es la relativa a la relación existente entre posiciones institucionales y conocimientos especiales. La relevancia de los conocimientos especiales dependería, entonces, de si el recurso a ellos se corresponde con la lógica de la institución en la que el sujeto se halla integrado o, por el contrario, la violenta. Mientras que en la familia es obvio que la operatividad de los conocimientos especiales no violenta la lógica de la institución, en otras, muy formalizadas, como la jurisdicción, el recurso a dichos conocimientos especiales sí produciría tal efecto de violentar la institución. En la Administración pública, puede depender de la posición institucional respectiva el que se tomen en cuenta o no los conocimientos especiales.
En cuanto al notariado, los conocimientos especiales son, en medida sustancial, la base del ejercicio profesional (competitivo) de la función notarial. En este caso, la condición profesional subyacente a la función pública notarial debería conllevar la obligación de considerar los conocimientos especiales, tanto en cuanto a los hechos, como en lo relativo al Derecho.

(19) Aunque este no pueda dejarse nunca al margen, pues, en su modalidad imprudente (art. 391, en relación con el art. 390.1.4 del CP) constituye el supuesto más frecuente de imputación de responsabilidades penales a miembros del notariado. Como señala la STS del 3 de abril de 2002, ponente GIMÉNEZ GARCÍA, "la fe pública notarial es el más acreditado contraste de veracidad que existe en las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas singularmente en el campo de los contratos y de los negocios, por ello, la intervención del Notario en cualquier negocio jurídico es sinónimo de veracidad de lo ante él expresado y por ello cuando quiebra tal presunción de veracidad, sufre y se quiebra la

integra también de otros deberes que trascienden a su condición de **fedatario** y que tienen más que ver con su función de **documentador** de voluntades ajenas. Esos deberes se proyectan, por un lado, sobre la propia relación existente entre las partes del negocio documentado y se orientan a garantizar la mayor simetría informativa entre estas mediante "un servicio jurídico personalizado y equilibrador"[20] o, en otros términos, de "imparcialidad compensadora"[21]. Pero sus deberes se orientan, por otro lado, a proteger a determinados terceros, privados o públicos, de los posibles efectos dañosos que se deriven de la ilicitud del negocio documentado. Esta faceta de **controlador de la legalidad**[22], unida a la de **asesor imparcial** antes referida, impide colocar al notario en la posición aséptica de quien se limita a dar fe de la identidad y capacidad de quienes "dicen", así como del contenido y del contexto espacio-temporal de lo que dicen.

Por tanto, el estándar profesional del notario, que define el espacio de lo que sería una participación "neutral" de este en hechos delictivos de terceros, se integra por tres deberes fundamentales: a) el deber de rechazo o denegación de la autorización de documentos con contenido antijurídico (ya en sí mismo, ya por el contexto), que es, a la vez, deber de autorizar los documentos que no muestren tal contenido[23]; b) el deber de asesoramiento; y c) el deber de veracidad en cuanto a los extremos del documento a los que alcanza la fe pública[24].

2. El deber de denegar la autorización de documentos de contenido antijurídico: el notario como *gatekeeper*

Para caracterizar la posición del notario como "controlador de la legalidad", lo que implica el deber de autorizar los documentos de contenido lícito y el de denegar la autorización a los antijurídicos, se ha difundido relativamente en la bibliografía iusprivatista la denominación norteamericana de *gatekeeper* (que me permito traducir como "cancerbero")[25]. Esta expresión,

seguridad jurídica y la autenticidad del tráfico jurídico por este solo hecho". Cfr. sobre todo ello el texto de BACIGALUPO contenido en este volumen.

(20) LÓPEZ BURNIOL, Entre el servicio y el control: contribución de la fe pública a la ordenación del mercado, en Iuris. Quaderns de Política Jurídica, I, Barcelona 1995, pp. 113 y ss., 116.

(21) Que se traduciría, según LÓPEZ BURNIOL, Iuris I, 1995, p. 133, en que habría que asesorar de oficio a aquella de las partes que aparece como más débil frente a aquella más poderosa, más culta o que cuenta con un servicio jurídico propio. Cfr. también PAZ-ARES, Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica), Iuris I, 1995, pp. 191 y ss., 204.

(22) LÓPEZ BURNIOL, Iuris I, 1995, p. 123. LANKHORST/NELEN, Professional Services and Organized Crime in the Netherlands, en Crime, Law & Social Change 2004, pp. 42, 163 y ss., 165.

(23) Art. 145 RN. LA PORTA, La responsabilità professionale del notaio, pp. 120-121 pone de relieve esta doble, y conflictiva, dimensión del deber.

(24) Cfr. KREKELER, AnwBl 1993, p. 70.

(25) Otras traducciones son las de "portero" o "guardabarreras", que me parecen menos expresivas.

que procede de los trabajos de análisis económico del derecho, comprende distintos grupos de sujetos de características no plenamente coincidentes[26], aunque se trate en todo caso de terceros a quienes se implica en el cumplimiento de funciones de protección de bienes jurídicos mediante la denegación de su cooperación con los potenciales infractores [27]. Ahora bien, con ella se designa, entre otros, singularmente a aquellos terceros, profesionales de gran reputación (*reputational intermediaries*), cuya intervención se establece como necesaria para que los actos y negocios jurídicos de los particulares (personas físicas o jurídicas) alcancen determinados efectos. La gran reputación constituye un factor esencial de su posición, pues se piensa que los *gatekeepers* no sacrificarán ese capital por los beneficios que puedan obtener en una única operación fraudulenta, favorecedora de un cliente determinado[28]. A partir de esa constatación, a tales sujetos se les impone, en particular, un deber de abstención –de denegación de cooperación– en aquellos casos en que observen que los actos que se proponen llevar a cabo quienes solicitan sus servicios resultan antijurídicos[29]. La infracción de dicho deber de abstención permite atribuirles responsabilidad –incluso penal– por el contenido de ilegalidad de los actos y negocios que realicen sus clientes[30].

Pues bien, el notario es ciertamente **más** que un mero *gatekeeper*. Sus funciones de asesoramiento y documentación trascienden a la mera condición de cancerbero. Pero también es un *gatekeeper*. Y, según cual sea la configuración

(26) Así, desde médicos o farmacéuticos, que no deben prescribir y expedir determinadas sustancias; hasta propietarios de bares, que no deben vender alcohol a menores o sujetos embriagados; auditores; etcétera.

(27) La obra de referencia es la de KRAAKMAN, Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, J.L. Econ. & Org, 2, 1986, pp. 53 y ss., 53, para quien los *gatekeepers* son "*private parties who are able to prevent misconduct by withholding their cooperation from wrongdoers*". La portezuela que el *gatekeeper* guarda es un bien o servicio especializado, o una forma de certificación que el infractor necesita para alcanzar su propósito (p. 54).

(28) KRAAKMAN, Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls, 93 Yale L.J. (1984), pp. 857 y ss., 888 y ss., 891.

(29) Sobre la condición del notario como *gatekeeper*, PAZ-ARES, Iuris I, 1995, p. 223 y ss., 224. Los sistemas notariales y registrales son también el ejemplo más característico e importante de *gatekeeper* para ARRUÑADA, La regulación de los servicios profesionales: una guía para las decisiones públicas en tiempos de cambio, IUDEM, Documento de trabajo 2000-6 (<www.ucm.es/info/iudem/arrun.DT00-6.pdf>), p. 11. Este autor alude también a la condición de *gatekeepers* que tienen los abogados en los países del *Common Law* (así, los *barristers* ingleses). Sobre los cambios que, en esta línea, se están produciendo en la posición de los abogados en los Estados Unidos, cfr. ZACHARIAS, Lawyers as Gatekeepers, University of San Diego Law School. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Paper 20, 2004.

(30) La figura del *gatekeeper* se ha convertido en un punto clave del Derecho económico norteamericano. Así, los grandes fraudes financieros de los últimos años (paradigmáticamente, el caso Enron) se imputan en buena medida a la existencia de *gatekeepers* complacientes (en el caso, auditores). Dicha complacencia se deriva, por lo demás, del hecho de que estos se hallaran poco intimidados (*underdeterred*): cfr. COFFEE, Understanding Enron: "It's About the Gatekeepers, Stupid", 57 Bus. Law. 2002, pp. 1403 y ss., 1409 y ss.. Efectivamente en el caso *Central Bank of Denver, N.A. v. First Interstate Bank of Denver N.A*, 511 U.S. 164 (1994), el Tribunal Supremo norteamericano había excluido la responsabilidad por complicidad ("*aiding and abetting*") en el ámbito financiero.

de su actuación en un caso concreto, cabe la posibilidad de que la función de *gatekeeper* ocupe un lugar central: en efecto, no es lo mismo que el notario proceda a la redacción directa del documento, o que lo haga según minuta que se le proporciona por los servicios jurídicos de una de las partes (o de ambas) o según los términos del contrato privado preexistente entre ellas(31). En estos últimos casos, predomina claramente la dimensión de control por encima de cualquier otra.

En relación con la caracterización del notario como *gatekeeper*, interesa aquí examinar tres aspectos. Por un lado, qué relación guarda dicho concepto anglosajón con el de "garante" propio de la tradición jurídico-penal alemana. Por otro lado, cuáles son los elementos objetivos que configuran la situación jurídica en la que el notario, como *gatekeeper*, está obligado a denegar la cooperación. Y, en tercer lugar, cuáles son los presupuestos subjetivos en los que puede hablarse de una infracción punible del deber de denegar la cooperación.

2.1. ¿Son los *gatekeepers* garantes?

En la doctrina anglosajona relativa a la figura del *gatekeeper*, esta se contrapone a la de otros sujetos cuya posición de deber se define en términos sustancialmente distintos: la del *whistleblower* (denunciante de irregularidades)(32). El *whistleblower* es, asimismo, un tercero implicado en funciones de protección de bienes jurídicos. Su obligación, sin embargo, no consiste en denegar su cooperación sino en denunciar la conducta infractora ante las víctimas potenciales o ante las autoridades. Pues bien, tales deberes (positivos) de denuncia están ausentes en el caso del notario. Este, salvo en los casos excepcionales en que así se establece (por ejemplo, en relación con las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales), carece, de entrada, de un deber específico de acción(33). En otras palabras, salvo en los supuestos concretos en que las leyes de modo específico así lo han previsto –o puedan preverlo en el futuro–, no está obligado a actuar para evitar los resultados lesivos que se deriven de los negocios y actos jurídicos que acceden a su esfera de competencia. Sus obligaciones se reducen al deber general de impedir determinados delitos (art. 450 CP), así como al deber administrativo –general y especial– de denuncia (arts. 259 y ss. LECrim)(34).

(31) Ello, naturalmente, con independencia de que el notario no tenga por qué atenerse a la minuta que se le presente, sino examinarla y valorarla.

(32) Cfr. KRAAKMAN, J.L. Econ. & Org. 2, 1986, pp. 56, 58 y ss.

(33) De todos modos, en algunos países al notario se le imponen deberes jurídico-penales de denuncia de conductas delictivas de las que tiene conocimiento, incluso de modo general (cfr. para Italia, LA PORTA, La responsabilità, pp. 129-130).

(34) Que en el caso de los funcionarios o profesionales tiene las correspondientes consecuencias disciplinarias (art. 262 LECrim).

Ahora bien, es cierto, por otro lado, que el *gatekeeper* ostenta una posición institucional de deber; y el objeto de ese deber es evitar la producción de lesiones de bienes jurídicos. Ello parece asemejarlo al sujeto que se halla en una **posición de garante**. Pues el garante se suele definir entre nosotros como un sujeto a quien incumbe un deber específico de evitación del resultado lesivo para un bien jurídico determinado. La diferencia, a mi entender, radica en que en el momento en que se actualiza el (preexistente) deber de intervención del garante **ya existe el riesgo relevante** para bienes jurídicos, hasta el punto de que sin una intervención positiva del referido garante, dicho riesgo se realizaría en un resultado lesivo(35). El deber del garante es, pues, de entrada, un deber positivo (deber de acción), si bien en algunas circunstancias el contexto de la infracción del deber positivo determina que esta se considere normativamente idéntica a la infracción de deberes negativos (de omisión o abstención). A estos casos es a los que, por mi parte, denomino de comisión por omisión en sentido estricto(36).

Frente a lo que sucede con el garante, en el momento en que se plantea la intervención del *gatekeeper* cabe la posibilidad de que no exista todavía un riesgo relevante para bienes jurídicos, que solo se suscitará o, en todo caso, adquirirá niveles de relevancia penal si el *gatekeeper* "abre la puerta". Pero es que, aunque el riesgo ya existiera, por estar suficientemente configurado el plan delictivo de sus clientes, y no ser estrictamente necesaria –sino simplemente facilitadora de la mejor consecución de sus fines– la intervención del *gatekeeper*, este no tiene el deber específico de evitar el resultado mediante su intervención activa. Con la denegación de su cooperación cumple perfectamente con aquello a lo que está jurídicamente obligado.

El **deber fundamental** del *gatekeeper* es, por ello, un deber negativo (de abstención u omisión): no "abrir la puerta", que de entrada se halla cerrada, si con ello se generaría un riesgo relevante para bienes jurídicos(37). Ciertamente, para obrar conforme a ese deber esencial, el *gatekeeper* ha de cumplir **de modo previo** otros **deberes secundarios** de naturaleza positiva (básicamente,

(35) Ello supone una diferencia clara con respecto al mero *gatekeeper*. En efecto, el garante se constituye, en mi concepción, como una "barrera de contención de riesgos para bienes jurídicos". Pero la "barrera" no está bajada de modo permanente, sino subida, precisamente por el principio general de libertad de acción. El garante actualiza su condición asumida de actuar a modo de barrera de contención de riesgos cuando, ante un riesgo concreto, "baja la barrera" y contiene el riesgo. Esto es, mediante una actuación positiva. Cfr. los orígenes de este planteamiento en SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona 1986, pássim.

(36) Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ. Comentario al art. 11. En: Cobo del Rosal (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, Madrid 1999, p. 441 y ss.

(37) Ciertamente, el *gatekeeper* tiene también un deber complementario: "abrir la puerta" si aprecia que del documento autorizado no han de derivarse riesgos relevantes para bienes jurídicos. Lo que no es irrelevante, como después veremos.

deberes de examen y de investigación[38]). Pero aun incumpliéndolos, no incurrirá en responsabilidad penal si, en todo caso, deniega su cooperación autorizadora[39]. Por tanto, el *gatekeeper*, dada la peculiaridad de la posición de deber que le ha asignado el ordenamiento jurídico, solo puede responder como tal en comisión activa, lo que determina una diferencia entre este concepto y el de garante. El *gatekeeper* es, a lo sumo, un cuasi garante. En realidad, el efecto jurídico-penal de su posición institucional se ciñe a excluir su conducta favorecedora del marco de las conductas neutrales de participación. En otras palabras, a fundamentar su responsabilidad a título de participación activa.

2.2. Los deberes secundarios del notario y su deber primario de abstención

Según se ha apuntado antes, la actuación del notario ha de pasar, pues, por los siguientes dos momentos: a) el cumplimiento del deber de examen del contenido del negocio que las partes se proponen escriturar[40]; y b) el cumplimiento del deber de abstenerse de escriturarlo en la medida en que se advierta la probabilidad de una ilicitud. Ello da lugar a una doble forma de cooperación que, en la medida en que el negocio tenga un contenido delictivo, podría ser penalmente relevante. Por un lado, la cooperación por autorización de la escritura sin proceder al examen debido. Por otro lado, la cooperación por autorización de la escritura una vez efectuado el examen y advertida la infracción.

El examen notarial, frente a lo que por algunos se manifiesta, necesariamente ha de redundar en la formulación de un juicio de valor. En efecto, la determinación de si las partes tienen capacidad legal, o si el acto o contrato es contrario a las leyes, la moral o las buenas costumbres no puede ser en ningún caso un mero "juicio de hecho", sino que, en la medida en que pone en relación realidades empíricas (hechos) y normas, pertenece al ámbito de los juicios de valor, de los que no puede predicarse verdad o falsedad, sino corrección o incorrección.

(38) Que en la dogmática del Derecho penal habría que calificar probablemente con el término alemán "*Obliegenheit*", distinto del concepto de "*Pflicht*" (deber). El examen de esta cuestión excede las posibilidades de este texto.

(39) Aunque ello podría dar lugar a una responsabilidad disciplinaria por denegación de su intervención sin fundamento suficiente.

(40) Respecto al deber de analizar los precios de los inmuebles, cfr. la STS de 2 de septiembre de 2003, que entendió que aquel vinculaba al notario, indicando que "la seriedad social que toma la intervención notarial no puede verse defraudada con un mero formalismo legal sobre los valores que se declaran, cuando al notario le consta que tales títulos obligacionales van a ser ofertados al público en general, debiendo velar por salvaguardar sus intereses colectivos o difusos, pues en este instrumento público no se encuentran presentes todos los afectados por el negocio jurídico, como ocurre en otras autorizaciones notariales, sino que la emisión va dirigida precisamente a una colectividad indeterminada".

La cuestión es qué profundidad ha de tener el examen (*monitoring*) del negocio para ser calificado "conforme a deber". Esta es una cuestión de exigibilidad[41], no fácil de precisar hasta sus últimos extremos, puesto que en ella deben considerarse los medios de que dispone el notario así como el tiempo que puede emplear en llevar a cabo su examen sin retrasar en exceso el tráfico. Se trataría, pues, de que existieran estándares lo más precisos posible[42], derivados de la propia ejecución práctica de la normativa notarial. De modo general, con todo, puede afirmarse que existe consenso en que el notario debe examinar el contenido del negocio en sí mismo, así como su contexto –este último en tanto en cuanto le sea conocido– [43]. Sin embargo, no tendría el deber adicional de investigar sobre las intenciones ocultas de los contratantes cuando el negocio es formalmente incuestionable[44]. Ahora bien, ante un contrato que despertara algunas sospechas sí surgiría un deber adicional para el notario de investigación u obtención de información de las partes[45].

A mi entender, es este el criterio con el que hay que analizar también si los juicios de valor que emite el notario cuando, por ejemplo, procede a alguna de las modalidades de legitimación de firmas (art. 256 y ss. RN) o se pronuncia sobre la capacidad de los otorgantes (art. 167 RN), podrían ser constitutivos de cooperación a un hipotético hecho principal delictivo.

2.3. Los presupuestos de la imputación subjetiva

Ahora bien, con lo anterior todavía no se dispone del conjunto de elementos necesarios para pronunciarse sobre la hipotética responsabilidad penal del notario por su participación en delitos patrimoniales o económicos cometidos por sus clientes. Debe determinarse, por una parte, cuál ha de ser la respuesta jurídico-penal en los casos en que el notario procede a autorizar el documento habiendo omitido, sin embargo, el cumplimiento del deber de examen. En segundo lugar, cuál debe ser el tratamiento de los casos en que

(41) Desde luego, el examen se ve dificultado por el hecho de que, tras la despenalización de las falsedades ideológicas cometidas por los particulares ("faltar a la verdad en la narración de los hechos": art. 392 en relación con el art. 390.1.4 del CP), también las mentiras proferidas por las partes ante los notarios están exentas de pena.

(42) Cfr. KRAAKMAN, J.L. Econ. & Org. 2, 1986, p. 80.

(43) Cfr. KREKELER, AnwBl 1993, p. 71, con referencias; GOLTZ/KLOSE, Strafrechtliche Folgen des gezielten Ankaufs von Anteilen insolventer Gesellschaften mit beschränkter Haftung, NZI 2000, p. 108 y ss., 111, a propósito del caso de la intervención de notarios en compraventas de participaciones de sociedades limitadas insolventes.

(44) Por ejemplo, ante un contrato de constitución de una sociedad que en sí no resulta problemático, el notario no tiene el deber –ni la capacidad– de investigar si con ella se planea cometer delitos en el futuro.

(45) KREKELER, AnwBl 1993, p. 71, con referencias; HÄCKER, en Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2ª edic. Münster 1992, § 77 nº marg. 53: en supuestos dudosos el notario tiene el deber de informarse sobre el fin y el trasfondo del negocio.

el notario, cumplido el deber de examen, incumple el deber adicional de investigación que había surgido en el caso y autoriza el documento. Finalmente, cuál debe ser la reacción jurídico-penal en los casos en que, efectuado el preceptivo examen (y, en su caso, la investigación adicional) del contenido del negocio, el notario advierte la probabilidad de que aquel dé lugar a la comisión de un delito; pero carece de seguridad, o cuasi seguridad, al respecto. Por lo que decide autorizar el correspondiente documento.

Si bien se advierte, la respuesta a las tres situaciones puede ser uniforme. El notario que omite el cumplimiento del deber de examen (y, en su caso, del de investigación adicional) no puede excluir la probabilidad de que el contenido del negocio sea delictivo; lo que equivale a la situación de conocimiento de la probabilidad del contenido delictivo del negocio en la que puede encontrarse el notario tras los preceptivos examen e investigación. El problema es, pues, cómo debe actuar el notario en caso de duda, esto es, de ausencia de certidumbre sobre la antijuricidad del negocio, para evitar incurrir en responsabilidad jurídico-penal.

Este problema es uno de los más discutidos en la doctrina y jurisprudencia extranjeras, que, aunque la cuestión es más general, han considerado específicamente el caso del notario. El punto de partida es el consenso existente en cuanto a la irresponsabilidad penal del notario que favorece imprudentemente la comisión de un delito por parte de terceros; tal negligencia solo es punible en España en el ámbito de las falsedades y en el del blanqueo de capitales. Ahora bien, a partir de ahí, la cuestión es si el **dolo eventual** puede constituir un título de imputación subjetiva suficiente para la atribución de responsabilidad penal al notario como partícipe en delitos patrimoniales y económicos(46). Para un sector doctrinal la responsabilidad penal del notario exige que este autorice el documento antijurídico a sabiendas, es decir, con seguridad de que el contenido de aquel es delictivo(47). De ser así, una intervención del notario con dolo eventual –contando con la probabilidad de que el negocio sea delictivo– resultaría impune. Otro sector doctrinal, en

(46) Una pregunta cuyo mero planteamiento ya supone admitir una excepción a las reglas de la imputación subjetiva en Derecho penal. Pues estas parten de la equivalencia de las distintas formas de dolo: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual, para fundamentar la responsabilidad penal.

(47) Así, la sentencia del OLG KOBLENZ de 21 de diciembre de 1990, ZIP 1991, pp. 1290 y 1291, citando el § 17, Abs.2 Satz 2 de la *Beurkundungsgesetz* que señala que "si el notario duda sobre la eficacia del negocio y las partes insisten en su documentación, aquel deberá hacer constar por escrito el asesoramiento prestado y las explicaciones dadas a los otorgantes". Asimismo, GRZIWOTZ, Notarielle Beihilfe zur Insolvenzstraftat, NotBZ 2000, pp. 9 y ss., 10. Cfr. también las referencias de KREKELER, AnwBl 1993, p. 72 a las opiniones de TIEDEMANN y VOLK, quienes equiparan a este respecto la posición del notario con la de cualquier asesor jurídico. Sobre la responsabilidad de los asesores fiscales con respecto al delito tributario del asesorado cfr. SILVA SÁNCHEZ. El nuevo escenario del delito fiscal en España. Barcelona 2005, p. 79 y ss.

cambio, sostiene la suficiencia del dolo eventual para imputar al notario una participación punible(48).

En mi opinión, en general es posible sostener la insuficiencia del dolo eventual para imputar a un asesor privado (jurídico, económico) una participación punible en el delito cometido por el asesorado; aunque en realidad a la misma consecuencia debería llegarse por la vía de sostener sencillamente que el asesor se ha movido en un espacio de cooperación neutral. En efecto, es ampliamente mayoritaria la doctrina que sostiene que un asesor jurídico no tiene el deber de controlar la conducta realizada por el asesorado, a raíz del asesoramiento prestado. Sin embargo, como hemos visto a partir de su caracterización como (algo más que) *gatekeeper*, el caso del notario, que tiene encomendada institucionalmente una función de control de legalidad de los negocios cuya documentación autoriza, no puede equipararse al del asesor.

A partir de aquí, existirían buenas razones para afirmar que si el notario cuenta con la probabilidad seria de que el negocio cuya documentación se le solicita autorizar sea constitutivo de delito, debe abstenerse de hacerlo. Lo que equivale a afirmar que, si autoriza el documento, podría responder a título de dolo eventual. A mi juicio, ello es lo propio de las profesiones que tienen una función específica de control con deber de obstaculización. En estas, no parece que deba ser acogida la tesis de la insuficiencia del dolo eventual como forma de imputación subjetiva dolosa. Esta doctrina, que ya de por sí constituye una excepción a las reglas generales de imputación subjetiva en Derecho Penal –puesto que el dolo eventual es una de las clases de dolo–, pierde todavía más razón de ser si se considera la posición específica de deber en que se encuentra, según se ha indicado, el notario.

3. ¿Responsabilidad omisiva del notario por la indebida denegación de su actuación como documentador y fedatario?

En lo anterior nos hemos centrado en los presupuestos de la hipotética responsabilidad penal del notario por su conducta activa de autorización de negocios cuyo contenido fuera constitutivo de delito. Solo de modo marginal se ha hecho referencia a una posible responsabilidad omisiva (en principio, no diferente a la del común de los ciudadanos), derivada de la ausencia de denuncia de conductas que se perciben como constitutivas de delito.

Ahora procede examinar la posibilidad de que el notario incurra en responsabilidad precisamente por denegar su intervención como documentador

(48) Cfr. HÄCKER, en Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2ª ed., § 82, nº marg. 12; otras referencias a la jurisprudencia alemana reciente que sostiene lo mismo en KREKELER, AnwBl 1993, p. 72. Sin embargo, también esta línea de opinión se desarrolla equiparando al notario con otros asesores, lo que a mi juicio no es correcto.

y fedatario cuando es requerido para ella y no existe razón legal para abstenerse de llevarla a cabo. Es obvio que dicha indebida abstención generará la correspondiente responsabilidad disciplinaria (a partir de lo establecido en el art. 2 de la Ley y del art. 3 RN). La cuestión es si, además, puede dar lugar a una responsabilidad penal.

En principio, y sin perjuicio de que un estudio más detallado de este grupo de problemas diera lugar a advertir otras situaciones relevantes[49], el supuesto de hecho que me resulta más significativo en términos prácticos es aquel en el que el notario, habiendo sido requerido para ello, se negara, sin justificación alguna, a levantar acta de una determinada situación de hecho, que pondría de relieve la efectiva comisión de un delito o, incluso, la pretendida ejecución de un delito en un futuro inmediato. Lo relevante del caso sería que la negativa a levantar acta impediría que quedara constancia fehaciente de los hechos producidos: ello podría dificultar la aprehensión de los responsables e incluso la evitación de hechos posteriores de los que los producidos fueran mero inicio.

En tal caso, si se parte de que la intervención del notario es jurídicamente obligada, podría suscitarse la cuestión de si su negativa a hacerlo es constitutiva de encubrimiento en comisión por omisión; o incluso de participación en comisión por omisión si los hechos sobre los que se requirió para que levantara acta se insertaban en un proceso ejecutivo más amplio todavía no concluido en el momento en el que el notario denegó su intervención.

Sin embargo, a mi juicio se dan problemas insalvables para imputar al notario la responsabilidad a la que se ha hecho referencia. Es cierto que su deber de intervenir como fedatario y documentador, cuando la abstención resulte injustificada, constituye un deber legal específico ordenado, entre otros fines, a que quede constancia fehaciente de la producción de determinados hechos. Sin embargo, aun así sería discutible que pueda afirmarse que el notario está legalmente obligado a impedir que desaparezcan los datos reveladores de la comisión de un delito o de su inmediata ejecución futura. Por lo demás, aunque se aceptara la reconversión de su deber de intervención en un deber de esa última naturaleza, conviene recordar que la comisión por omisión de un delito no tiene lugar por el mero hecho de que alguien legalmente obligado a evitarlo no lo impida. Es necesario, además, que la omisión sea normativamente idéntica a la realización del tipo por un hacer. Y es en este punto donde surgen las mayores dudas: pues, a mi entender, en absoluto puede afirmarse que la conducta del notario que, debiendo, no da fe de

(49) Desde luego, una posibilidad específica de abordaje jurídico-penal de la conducta del notario que denegara indebidamente su intervención en un acto sería la prevista en el art. 511 del CP, que sin embargo solo contempla aquellos casos de denegación que respondan a móviles discriminatorios.

la producción de un hecho penalmente relevante sea equivalente (más aún, normativamente idéntica) a la realización por el notario de tal hecho penalmente relevante.

Así las cosas, la conducta del notario que se niega a dar fe de determinados hechos y, con ello, no evita –en la medida en que podría hacerlo– la comisión o encubrimiento de un delito constituye, desde luego, una omisión cualificada de impedir el delito en cuestión. Una omisión que, en su modalidad dolosa, seguramente merecería ser tipificada en la Parte Especial del Código Penal, aunque por el momento no exista. Sí se hallan descritas, en cambio, la omisión del deber de perseguir delitos por parte de funcionarios públicos (en el art. 408 del CP) y la denegación de auxilio por parte de estos (en el art. 412 del CP), figuras delictivas en las que, por cierto, podría subsumirse alguna omisión notarial.

Frente a ello, y como se ha indicado más arriba, no parece que la omisión de dar fe de determinados extremos penalmente relevantes convierta al notario en encubridor o partícipe en comisión por omisión(50).

4. El notario como asesor imparcial pero "compensador"

No es infrecuente que el notario se halle, sobre todo en situaciones de contratación masiva, pero no solo en ellas, ante situaciones de desigualdad entre los contratantes. En tales casos sucede, en efecto, que una de las partes acude al otorgamiento de la escritura pública sin asesoramiento jurídico alguno, mientras que la otra, la poderosa, no solo dispone de tal asesoramiento, sino que sus asesores han elaborado incluso la correspondiente minuta. En situaciones que responden a este modelo, existe acuerdo en que el notario debe proceder a un asesoramiento compensador que establezca una simetría informativa antes inexistente. La cuestión es el alcance del deber de asesoramiento (*Belehrungspflicht*) y, también, las consecuencias de su infracción. Está claro que la mera lectura en voz alta del documento resulta insuficiente al respecto. Más discutible es, en cambio, determinar hasta dónde se debe llegar en la explicación "compensadora" sin vulnerar, a la vez, el deber de imparcialidad.

Se suele afirmar que, por regla general, no le compete al notario informar sobre las consecuencias económicas del negocio jurídico que se va a documentar. Sin embargo, un sector doctrinal y jurisprudencial sostiene que, cuando, por circunstancias especiales, el notario advierte la probabilidad de que se vaya a producir un perjuicio para una de las partes y no está seguro de

(50) Aunque el tema es lo suficientemente complejo como para que no pueda quedar zanjado definitivamente con estas parcas observaciones.

que esta lo conozca y, en su caso, lo asuma, debe asegurarse de que así es[51]. Añadiendo que, si no lo hace y autoriza el documento, puede incurrir en responsabilidad a título de participación en tanto en cuanto el hecho principal sea constitutivo de delito. Con todo, otro sector se muestra crítico al respecto e indica que, en todo caso, el referido deber de asesoramiento habría de extenderse solo a los casos en que el perjuicio pueda derivarse de una determinada configuración del contrato o de la situación jurídica; no, en cambio, cuando sencillamente dependa de que el precio acordado sea demasiado alto o demasiado bajo[52].

También en este punto se hace necesaria una mayor concreción de los estándares, al igual que indicábamos en el caso anterior.

5. ¿Posición de garante del notario a título de injerencia?

En lo anterior, se ha concluido que el notario es un *gatekeeper*, aunque sus funciones de asesoramiento y documentación excedan el marco de este concepto. Asimismo que, precisamente por ostentar tal posición jurídica, y no otras cuya concurrencia hemos descartado en todo o en parte, su posible responsabilidad penal tendrá como base casi exclusiva una conducta activa: la autorización del documento, en las circunstancias antes expuestas. En la misma línea, se ha indicado que el notario no ostenta una posición de garante en sentido estricto, que pudiera dar lugar a su responsabilidad penal en los términos de la comisión por omisión.

Todo ello, sin embargo, no obsta a la posibilidad de examinar una hipotética responsabilidad por omisión del notario con base en la estructura de la injerencia o actuar precedente peligroso. La estructura, que es posible que, en el caso del notario, solo tenga una dimensión académica, sería la siguiente: 1) En una primera fase –activa–, el notario autoriza un documento, sin advertir su carácter fraudulento, por haber procedido a un examen negligente de su contenido o, incluso, en el contexto de un examen concienzudo; 2) En una segunda fase –omisiva–, tras haber procedido a tal autorización, el notario se percata, por la circunstancia sobrevenida que sea, de dicho carácter fraudulento, que en su momento no advirtió. Y, sin embargo, no hace nada por impedir los efectos de aquella autorización.

La cuestión, como se aprecia, es si el notario debe proceder a realizar alguna conducta encaminada a neutralizar los efectos de aquel documento; en

(51) En este sentido el Tribunal Supremo alemán (BGH), en su sentencia de 12 de junio de 1990, que condenó al notario por un delito de deslealtad. Cfr. el tenor de la sentencia y un comentario parcialmente crítico de su contenido en ULSENHEIMER, DNotZ 1991, pp. 744 y ss. Crítico, también, KREKELER, AnwBl 1993, p. 73.

(52) ULSENHEIMER, DNotZ 1991, p. 749.

su caso, cuál debe ser tal conducta; y si, de no realizarla, se le podría imputar una cooperación por omisión en el hecho delictivo realizado por las partes sirviéndose del documento notarial.

La doctrina civilista admite la legitimación del notario para instar la nulidad del negocio que en su día autorizó, advirtiendo el evidente interés que este puede tener en ello. Pues bien, en la medida en que tal posibilidad (capacidad de acción) exista y se derive de la propia condición de notario, no cabe descartar que se pueda afirmar la existencia de un deber jurídico-penal de instar dicha nulidad cuando se advierte que el negocio documentado tenía caracteres delictivos. Que el incumplimiento de este deber derivado de injerencia haya de dar lugar a una participación punible (en comisión por omisión) del notario en el hecho delictivo correspondiente, en la medida en que todavía no esté consumado, es cuestión más compleja. Por mi parte, me he inclinado por una posición sumamente restrictiva en cuanto a la admisión de la comisión por omisión a través de injerencia, que seguramente conduciría a la exclusión de estos supuestos(53). Sin embargo, es preciso reconocer la existencia de otras posturas doctrinales bastante más ampliatorias en cuyo seno sí podría tener cabida, dentro de la comisión por omisión mediante injerencia, la estructura descrita(54).

III. ESTRUCTURAS DE INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA COMISIÓN DE DELITOS PATRIMONIALES Y ECONÓMICOS

1. En la función de fedatario

La falsedad en documento público, dolosa o imprudente, además de ser sancionada como delito autónomo, puede constituir un medio de cooperación con los delitos cometidos por terceros, o de encubrimiento de estos. A estos efectos resulta relevante, en general, como ya se ha indicado, solo la falsedad dolosa. Así, por ejemplo, falsedades cometidas en la autorización de una escritura pública o en la legitimación de las firmas obrantes en un documento privado pueden ser el medio de cooperar o de encubrir delitos patrimoniales o contra la hacienda pública.

De todos modos, y en lo que se refiere a la legitimación de firmas en sentido estricto, deben distinguirse los casos en los que puede hablarse realmente de falsedad, por tratarse de enunciados de hecho, de aquellos en los que, por configurarse como juicios de valor, no es posible hablar de su veracidad o falsedad. Así, por ejemplo, en cuanto al contenido del juicio de similitud de las firmas. En tal caso, la conducta del notario solo será relevante,

(53) Cfr. *supra* nota 36.
(54) Cfr. las referencias en el mismo texto citado en nota 36.

de serlo, por la vía de la participación en los delitos patrimoniales o económicos que en su caso se cometieran, o de su encubrimiento [55].

2. En la función de controlador de la legalidad en defensa de terceros privados o públicos

Como ya se ha indicado de modo reiterado, el notario debe abstenerse de autorizar un negocio jurídico tan pronto como advierte que se requiere su contribución a conductas en las que, de modo reconocible, se persiguen fines ilícitos. A este respecto, los negocios simulados constituyen un espacio especialmente delicado, en el que, además, se pone a prueba el difícil equilibrio entre asesoramiento y control de legalidad. En efecto, es en casos de esta naturaleza donde se advierte de modo especial que el notario no solo ha de velar por los intereses de las partes, sino también por los intereses de terceros y por los intereses públicos. Manifestaciones de esta dimensión son, entre otros, los supuestos de:

a) Documentación de negocios jurídicos simulados en perjuicio de la Hacienda pública (fraude tributario o de subvenciones). En este capítulo pueden subsumirse configuraciones negociales muy diversas, entre ellas la autorización del contrato de constitución de una sociedad[56] que constituya una pura pantalla para la comisión de delitos tributarios o la obtención ilícita de subvenciones[57]. Pero quizá el supuesto más significativo sea el de la sucesión inmediata de dos (o más) compraventas simuladas del mismo bien con precios distintos con el fin de ocultar las auténticas plusvalías percibidas por el vendedor real. Estas por algunos denominadas "*A-B-C constructions*", y que se corresponden con casos como el mencionado en el apartado **I.1.**, generan para el notario un deber de examen y de obtención de información adicional. Como ha sido señalado expresamente, "in the event

(55) 1. El art. 256 del Reglamento Notarial establece que "la legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del Notario, o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada". Añadiéndose que "el Notario no asumirá responsabilidad alguna por el contenido del documento cuyas firmas legitime". La doctrina notarial señala al respecto cómo el art. 256 RN distingue dos clases de legitimaciones de firmas. La primera es aquella en la que el Notario manifiesta que la firma legitimada ha sido puesta a su presencia por la persona identificada. En tal caso, nos hallamos ante un acta de presencia. En la segunda, sin embargo, en la que la legitimación tiene lugar por comparación con otras firmas que se tienen por indubitadas, se trata de un juicio o aseveración del fedatario basado en razones de apariencia. Expresado de otro modo: en el segundo caso se trata de un juicio de valor acerca de la similitud de la firma obrante en el documento en relación con otra firma indubitada (por ejemplo, la firma del DNI u otra obrante en protocolo). Es importante subrayar la naturaleza de esta segunda modalidad porque en ella, desde luego, el Notario en absoluto da fe *iuris et de iure* de que la firma estampada en el documento sea "verdadera".

(56) Aluden a esta hipótesis LANKHORTS/NELEN, Crime, Law & Social Change 2004, 42, p. 177.

(57) KELLER, DNotZ 1995, p. 110.

of several contracts of purchase and sale on the same day, the notary should certainly be alert and ask extra questions" [58]. De modo que la autorización del documento o documentos sin efectuar el referido control daría lugar a responsabilidad a título de participación punible.

b) **Documentación de negocios jurídicos simulados realizados en fraude de acreedores o de otros terceros**. El supuesto es esencialmente el mismo que el anterior, con la diferencia de que el negocio simulado se realiza aquí para ocultar activos a la acción de los acreedores, mediante su transmisión ficticia o su infravaloración (art. 257 del CP) o bien para causar algún perjuicio a otros sujetos (como sucede en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de terceros: art. 251, 3 del CP). Tanto lo uno como lo otro pueden darse en muy diversas circunstancias. De todos modos, el primer supuesto será especialmente relevante en las situaciones de crisis de empresa, en relación con los documentos que conducen a la liquidación de las sociedades, o en las situaciones de crisis económica de particulares[59].

c) **Documentación de negocios jurídicos realizados para engañar a terceros otorgantes de crédito**[60]. Un supuesto especialmente relevante en este capítulo fue el caso francés "Flatto-Sharon"[61]. Flatto y sus cómplices habían constituido una sociedad pantalla de adquisición de inmuebles, sin activo alguno, que compró un inmueble y, simultáneamente, lo revendió por un precio muy elevado a un tercero, testaferro que obraba de acuerdo con él. El testaferro obtuvo la correspondiente financiación bancaria para el pago de dicho precio a partir de la sobrevaloración efectuada sobre el inmueble[62]. Con las cantidades obtenidas se pagó el precio al primer vendedor (absolutamente ajeno al fraude) y el resto se transfirió al extranjero. La operación, para ser llevada a cabo, precisó de un notario que aceptara

(58) LANKHORST/NELEN, Crime, Law & Social Change 2004, 42, p. 178.

(59) Una situación interesante puede ser la relativa a la intervención del notario en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en situaciones de crisis económica de uno de los cónyuges.

(60) Ejemplo: Un inmueble se parcela simuladamente por un sujeto A, que vende sus parcelas al testaferro B por un precio muy elevado, para lo que se elabora toda la documentación requerida. A partir de esa sobrevaloración de las parcelas, se solicitan créditos con garantías hipotecarias que exceden con mucho el valor real de las parcelas. Las entidades bancarias confían en que los documentos notariales responden a estándar y renuncian a una comprobación adicional. Se relata en LANKHORST/ELEN, Crime, Law & Social Change 2004, 42, p. 178. El caso es poco verosímil en España, como me ha hecho ver el Notario D. Jesús Fuentes, en donde la intervención de especialistas en garantizar la seguridad económica de las transacciones (tasadores independientes, etc.) es decisiva.

(61) Enjuiciado por el *Tribunal de Grande Instance* de París el 23 de febrero de 1982, cuya resolución fue confirmada en la *Cour de Cassation* el 22 de diciembre de 1986. Cfr. el comentario de POULPIQUET, Responsabilité, nº marg. pp. 102-282 y ss.

(62) Sobre este extremo, véase lo indicado al final de la nota 60.

realizar las dos compraventas de modo inmediatamente sucesivo. El notario, condenado por complicidad en un delito de estafa, alegó en su defensa la atipicidad de la complicidad por omisión; sin embargo, ello suponía no advertir que, al documentar las operaciones, había realizado actos de comisión activa. Asimismo, alegó que su obligación de reserva le impedía informarse de las intenciones de sus clientes. Lo que suponía ignorar el deber de asesoramiento y consejo, así como el deber de protección de terceros, que, como se ha indicado, le incumben a todo notario.

d) La doble venta como estafa a "tercero". En el Derecho Penal español existe, desde 1983, una modalidad de estafa sui géneris, que se produce en aquellos casos en los que el agente, que ha enajenado una cosa mueble o inmueble, antes de su definitiva transmisión al adquirente –esto es, antes de la *traditio*– , la enajena nuevamente, en perjuicio del primer adquirente o de un tercero (art. 251,2 del CP)(63). El carácter penalmente típico, y no meramente constitutivo de un incumplimiento contractual, de estos casos de la denominada "doble venta", ha dado lugar a la implicación de algunos notarios en procedimientos penales. En todo caso, la imputación de responsabilidad con base en esta estructura requiere, en primer lugar, que el notario conozca, al menos a título de dolo eventual: a) la existencia de un contrato privado previo sobre el mismo objeto; y b) que el vendedor obligado a entregárselo al adquirente ha incumplido dicha obligación procediendo a otorgar escritura pública a favor de un tercero. En segundo lugar, requiere asimismo que, pese a constarle lo anterior, autorice la escritura pública otorgada en perjuicio del primer adquirente o de un tercero(64).

(63) Cfr. por todos MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*. 15ª ed., Valencia, 2004, p. 440, con referencias. La doctrina discute si el delito contemplado en este subapartado debe reunir todos los requisitos del tipo básico de estafa del art. 248 CP (engaño, error, acto de disposición y perjuicio), o si por el contrario se trata de una estafa impropia, cuya punición podría incluso rechazarse. La jurisprudencia parece haber resuelto la controversia a favor de una interpretación extensiva. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000 establece que "a la vista de esta nueva regulación parece más adecuada la postura doctrinal que considera estos delitos como modalidades de estafa impropia, en el sentido de que para su punición no es necesario que concurran todos los elementos que componen la definición de la estafa propia, la del art. 248 (…)". De acuerdo con dicha jurisprudencia, los requisitos necesarios para la aplicación del segundo inciso art. 251.2 CP son los siguientes: a) existencia de una primera enajenación a favor de un primer adquirente no seguida de tradición (por ejemplo, contrato privado); b) realización de una segunda enajenación con tradición (escritura pública o cualquier forma de traditio material) antes de que el inmueble hubiera sido definitivamente transmitido al primer adquirente.; c) causación de un perjuicio al primer adquirente, como consecuencia de la doble venta; y d) dolo típico, esto es, conocimiento de todos los anteriores elementos objetivos.

(64) Ciertamente, como me ha planteado el Notario D. Jesús Fuentes, puede observarse una cierta oposición entre la tipificación penal de estas conductas, que podría conllevar la incriminación del notario como

3. En la función de asesor imparcial y compensador[65]

También pueden describirse algunas estructuras de responsabilidad del notario que tienen que ver con la situación de debilidad de uno de los otorgantes y el incumplimiento de su función de asesoramiento compensador de las partes. En tales circunstancias, y siempre que concurran en el hecho principal los elementos del delito de estafa, podría imputarse al notario una participación punible en él. Ejemplos de ello son, entre otros, los siguientes.

a) **Superioridad jurídico-económica de una de las partes, gran entidad mercantil que cuente con el apoyo de importantes despachos profesionales, incluso redactores de la minuta de la escritura**[66]. En la medida en que una insuficiente intervención del notario, acompañada de su autorización del documento público, redunde en perjuicio delictivo del otorgante no asesorado[67] puede plantearse la atribución de responsabilidad a título de participación.

b) **Debilidad estructural de uno de los otorgantes particulares.** La intervención del notario en el otorgamiento de negocios jurídicos por incapaces, o, en general "sujetos débiles", quienes no reconocen su conducta como un acto de disposición patrimonial o no en toda su dimensión, puede dar lugar a la imputación a aquel de una cooperación en una estafa[68].

---

partícipe, y el hecho de que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado inste a los notarios a atender exclusivamente a la situación registral de los inmuebles, obviando cualesquiera otras consideraciones (entre las que cabría incluir la preexistencia de un contrato privado de compraventa sobre el mismo bien). Sin embargo, me resulta dudoso que ello pueda dar lugar a sostener que el cumplimiento de la doctrina de la Dirección General genere para el notario un espacio de atipicidad objetiva, o una colisión de deberes objetivamente justificante, incluso en el caso en que resultara patente la existencia del referido contrato privado. En tal supuesto, el hecho de la tipificación penal prevalece sobre cualesquiera otras consideraciones. Así, según creo, siendo su intervención objetivamente ilícita, lo único que podría alegar el notario sería una situación de error generado por la doctrina de la Dirección General, un error cuya relevancia penal sería, en todo caso, dudosa.

(65) La cuestión de hasta qué punto la libre elección de notario y la competencia entre estos puedan haber incidido en alguna medida en la imparcialidad notarial (por dependencia de los grandes clientes, en especial en el ámbito de la propiedad) es algo que desborda las posibilidades de este texto. Referencias a este punto pueden hallarse en CHEVRIER. "The French government's will to fight organized crime and clean up the legal professionals: The awkward compromise between professional secrecy and mandatory reporting". En: *Crime, Law & Social Change*. 2004, 42, pp. 189 y ss., 192. Asimismo en LANKHORST/ NELEN. *Crime, Law & Social Change*. 2004, 42, pp. 169 y ss., 170, donde se alude en particular a la paradoja del notario, que por un lado sigue siendo gatekeeper y, por el otro, se ve sometido a la dinámica de la competencia externa e interna.

(66) Sobre la relación entre esta cuestión y la condición del notario como jurista "generalista" cfr. PAZ-ARES, Iuris I, 1995, p. 214.

(67) El fenómeno de la masificación, en el que el Notario queda privado de la redacción del documento, limitándose a partir de la minuta elaborada por los servicios jurídicos de la entidad otorgante y a la labor informativa, lo resalta LÓPEZ BURNIOL, Iuris I, 1995, p. 129.

(68) KELLER, DNotZ 1995, p. 109.

c) **Déficits de la información de que dispone uno de los otorgantes.** Este es el caso en fraudes que tienen lugar en la constitución de sociedades o en las operaciones de aumento de capital. Un déficit de información de los suscriptores, no compensado por el notario, puede dar lugar a participación punible si es que concurren todos los requisitos antes establecidos.

Como más arriba se apuntó, existe consenso en que, en casos como los tres que se acaban de indicar, no basta, para entender cumplido el deber del notario, con que este documente las declaraciones en términos formalmente correspondientes a la letra de la ley y las lea en voz alta, a efectos del consentimiento, sino que se exige que explique el sentido y alcance de los conceptos jurídicos utilizados(69).

IV. CONCLUSIONES

1. El notario que favorece la comisión de hechos delictivos de terceros mediante la infracción de deberes propios de la actividad notarial, puede ser calificado como partícipe, en la medida en que se den adicionalmente los demás presupuestos objetivos y subjetivos de tal atribución de responsabilidad.
2. El estándar profesional del notario, que define el espacio de lo que sería una participación neutral –impune– de este en hechos delictivos de terceros, se integra por tres deberes fundamentales: a) el deber de rechazo o denegación de la autorización de documentos con contenido antijurídico; b) el deber de asesoramiento; y c) el deber de veracidad en cuanto a los extremos del documento a los que alcanza la fe pública.
3. El notario, a pesar de que su función de documentador y asesor trasciende de los límites de esta figura, es también un *gatekeeper*. En cambio, no es un *whistleblower*, salvo en los supuestos concretos en que así está legalmente establecido. En esa medida, tampoco es un garante en sentido estricto. Responde a título de comisión activa, y no a título de comisión por omisión.
4. El deber primario del notario es el de denegar la autorización de documentos de contenido delictivo. Deberes secundarios previos que recaen sobre él son los de examen, investigación e información en relación con el contenido del documento que ha de autorizar. La infracción de estos deberes es penalmente relevante en tanto en cuanto implique adicionalmente que el notario obra con dolo eventual. Ello vale igualmente para la infracción del deber de asesoramiento compensador.

(69) HÄCKER, en Müller-Gugenberger. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2ª edic., § 82 nº marg. 76.

Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano

Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión

José URQUIZO OLAECHEA[1]
(Perú)
Nelson SALAZAR SÁNCHEZ[2]
(Perú)

SUMARIO: I. Generalidades. **II.** La comisión por omisión en el Código Penal peruano y en la doctrina moderna. **1.** Posición de garante. **1.1.** Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de organización. **1.2.** Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de infracción de deber. **2.** La equivalencia normativa (inciso 2 del art. 13 del CP). **2.1.** Equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de organización. **a)** Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido. **b)** Realización del riesgo jurídico-penal no permitido. **2.2.** Equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deber. **a)** Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido. **b)** Realización del riesgo jurídico-penal no permitido. **2.3.** Equivalencia normativa a nivel subjetivo en los delitos de organización y de infracción de deber. **III.** Fundamentos y requisitos normativos de la responsabilidad penal del miembro del directorio de una persona jurídica en los casos de comisión por omisión. **1.** Naturaleza de la posición de garante del miembro directivo de una persona jurídica en el contexto de la dogmática penal. **1.1.** Perspectiva material del deber de garantía que ostenta el directivo de una persona jurídica. **1.2.** Perspectiva formal del deber de garantía que ostenta el directivo de una persona jurídica. **2.** Postura personal sobre el fundamento y límites normativos de la posición de garante en los supuestos que el directivo de una empresa ostenta deberes de organización. **2.1.** Naturaleza y ámbitos normativos de los deberes que competen

(1) Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona / España. Profesor de Pregrado y Posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Posgrado en la Universidad de San Martín de Porres.
(2) Egresado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Jefe de Prácticas de Derecho Penal / Parte General en la UNMSM.

a las personas que forman parte del organigrama y funcionamiento de la empresa. **a)** Connotación jurídico-penal de los deberes de organización que competen a los directivos de una persona jurídica en virtud de la división del trabajo. **b)** Connotación jurídico-penal de los deberes de organización que competen a los directivos de una persona jurídica en virtud del principio de confianza. **2.2.** Principio de responsabilidad penal por el propio injusto y delimitación de las competencias penales en los casos que el directivo de una persona jurídica infringe sus deberes de organización. **a)** Principio de autorresponsabilidad. **b)** Principio de responsabilidad por el propio injusto. **IV.** Conclusiones.

I. GENERALIDADES

En el presente trabajo esbozaremos algunas precisiones sobre ciertos puntos polémicos que trae consigo la responsabilidad penal del directivo de una persona jurídica, destacando los supuestos en los que las imputaciones penales surgen de la infracción de la posición de garante, que ostenta el directivo en la organización empresarial; es decir, de la denominada comisión por omisión.

En virtud de que los items a desarrollar están referidos a tópicos controversiales de la responsabilidad del empresario en los supuestos de **comisión por omisión**, primero –tomando como referencia legal lo estipulado por el art. 13 del CP y como marco teórico la moderna dogmática penal que se pronuncia sobre el tema– realizaremos un breve análisis de la comisión por omisión tanto en los delitos de dominio como en los delitos de infracción de deber [II]. Luego, sobre la base de los fundamentos y requisitos normativos de la comisión por omisión, configuraremos la estructura de la responsabilidad o irresponsabilidad penal del miembro del Directorio de una persona jurídica en los casos de comisión por omisión [III]. Finalmente, formularemos algunas conclusiones que sintetizan el contenido del presente artículo [IV].

II. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO Y EN LA DOCTRINA MODERNA

El contenido, estructura y fundamento de la comisión por omisión –en virtud del principio de legalidad[3]– solo pueden configurarse en función de lo estipulado por el art. 13 del CP y conforme a los planteamientos doctrinarios

(3) Sobre el contenido, fundamento, fines y garantías del principio de legalidad Cfr. ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier De Vicente Remesal, Madrid, 1997, Civitas, 5/2., p. 37 y ss. URQUIZO OLAECHEA, J. *El principio de legalidad*. Lima, Gráfica Horizonte, 2000, p. 7 y ss. SALAZAR SÁNCHEZ, N. "El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho ...". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 14, Lima, Idemsa, 2004, p. 455 y ss. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. *Comentarios al Código Penal español*. Madrid, 1999, p. 25 y ss.

que son compatibles con el sentido teleológico de nuestra legislación. Al respecto, el art. 13 señala: "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1) si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y 2) si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer". Del presente texto legal, se infieren dos cuestiones normativas básicas que fundamentan la comisión por omisión. Estas son: a) La posición de garante (inciso 1); y b) la equiparación jurídico-penal de la omisión contemplada en el artículo 13 con los elementos normativos de los tipos legales de la parte especial [inciso 2]. Por exigencia, de la ley, es *condittio sine qua non* que, para la configuración de un delito mediante comisión por omisión, estén presentes estas dos instituciones. En este contexto, en lo que sigue, nos referiremos a la posición de garante y a la equiparación que tiene, en el Derecho Penal, el artículo 13 con los tipos penales de la parte especial.

1. Posición de garante

De acuerdo a lo señalado por el inciso 1 del artículo 13, del CP peruano, el primer requisito de la comisión por omisión es la denominada posición de garante que debe poseer el omitente. La existencia de esta institución significa que la persona, respecto de quien se realiza la imputación jurídico-penal, debe ser portadora de un deber que lo obliga a realizar una acción positiva para evitar la producción del resultado lesivo. Dicho de otro modo, a decir del artículo 13, para que el comportamiento omisivo fundamente una responsabilidad penal, mediante comisión por omisión, es indispensable que la persona a quien se dirige la imputación penal sea competente de un deber que lo vincula a impedir la creación y realización de riesgos penalmente relevantes para los bienes jurídico-penales protegidos(4).

Dicho esto, surge la interrogante: ¿cuál es la naturaleza normativa de la fuente de donde emerge el deber de garante? Al respecto, se debe señalar que existen muchas posiciones que tratan de explicar la fuente del deber de garantía, sin embargo, como aquí no se realiza un estudio evolutivo de esta institución –aclaración que ya fue realizada anteriormente– solo analizaremos, en forma sucinta, las más importantes. Esto se debe, a que lo que buscamos –como también ya se dijo al inicio– es formular la posición de garante en función al texto del artículo 13 del CP y conforme a la moderna doctrina que es compatible con nuestro ordenamiento jurídico. En ese contexto, cabe precisar que existen dos posturas de inexcusable análisis: a) las concepciones formales; y b) las concepciones materiales.

(4) Así, MEINI MÉNDEZ, I. "Delitos omisivos de resultado". En: Castillo Alva, J. L. [Coordinador]. *Código Penal comentado*. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 446.

Para los partidarios de la concepción formal, la posición de garante (fuente del deber de impedir resultados lesivos) emana de la ley(5), de un contrato(6), o de un actuar precedente del omitente (injerencia)(7). Esta forma de configurar la posición de garante se debe al fracaso del positivismo en su afán de encontrar criterios de equiparación entre la acción y la omisión en el plano ontológico. El principal argumento que utilizaron los partidarios de las teorías formales, para fundamentar la esencia de todos los delitos de comisión por omisión en la infracción de un deber de actuar formal, fue el respeto del principio del legalidad. Es decir, se buscó que la posición de garante y, por tanto, la comisión por omisión no se configuren de manera arbitraria (v. gr. el criterio del juez), sino conforme a las garantías que rigen las imputaciones penales en un Derecho Penal democrático: vigencia del principio de legalidad y seguridad jurídica.

No obstante, los planteamientos formales fueron objeto de muchas críticas, destacando aquellas que se realizan desde una perspectiva material y las que se formulan desde la óptica axiológica. En lo que respecta a las primeras, estas señalan que la mera infracción del deber jurídico de actuar (antijuridicidad formal) impuesta por una ley o un contrato no supone automáticamente la contrariedad a Derecho de la omisión, si esta no va acompañada de la afección de un interés jurídico-penalmente protegido (antijuridicidad material). En ese sentido, se sostiene, por ejemplo, que el deber legal de alimentar

(5) Quienes admiten la ley como fuente de la posición de garante, tenemos: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho penal español* / *Parte General*. 10ª Edición, Editorial, 1995. Dykinson, Madrid, p. 387. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental*. Volumen II, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1989, p. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, Kart. *Derecho penal* / *Parte General*. Tomo II. Traducido por Jorge Bofill, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 254; aunque su posición trata de conjugar lo formal con la funcional, la cual es compartida por: REÁTEGUI, SÁNCHEZ, James. *El delito de omisión impropia*. Lima, Jurista Editores, 2002, pp. 81-82. LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal* / *Parte General*. 11ª Edición, Madrid, Dykinson, 2000, p. 202. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal* / *Parte General*. 3ª Edición, Tomo I, Lima, Grijley, 2005, p. 757.

(6) A decir de estos autores, la asunción de un deber de actuar puede provenir de un **contrato**, por ejemplo, cuando, en un **contrato de mano de obra**, existe una cláusula que obliga al sujeto a vigilar la ejecución de unas del proyecto [v. gr. construcción de un edificio o un puente], o del derecho público, como en el caso del funcionario que ha de comprobar si se cumplen las disposiciones relativas a la seguridad en la ejecución de las mismas obras. En tales supuestos, según los defensores de esta teoría, es preciso que el sujeto haya efectivamente asumido el puesto de garante a que se obligó. Entre los partidarios de este punto de vista se pueden citar: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Ob. cit., p. 387. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. cit. Tomo II, p. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, Kart. Ob. cit., , Tomo II, p. 256. HURTADO POZO, José. Ob. cit. p. 759.

(7) Para más detalles respecto de las tesis que consideran a la injerencia o actuar precedente como fuente de la posición de garante, Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de derecho penal.* / *Parte General*. 4ª Edición, Madrid, Akal, 1997, p. 397. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal* /*Parte General, hecho punible*. Tomo I. Traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Editorial Ederma, Madrid1, 1982, p. 296. HUERTA TOCILDO, Susana. "Injerencia y Art. 489, 3 del CP". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1985, p. 41, nota 11.

a un hijo no expresa todavía el deber de garantía, que propiamente se fundamenta en la estrecha vinculación personal y de dependencia existente entre el obligado y la persona a su cuidado(8). Por su parte, las críticas que se formulan desde la perspectiva axiológica, sostienen que las teorías formales incurren en una excesiva indeterminación, con lo cual, a decir de los detractores, atentan contra los fines que buscan: violan el principio de legalidad y crean inseguridad jurídica. Sostienen, que es inadmisible pretender la salvación de la legalidad penal fundamentando el deber de garante en otras leyes (v. gr. la ley civil). El argumento principal consiste en señalar que el incumplimiento de un deber que se encuentra en la ley civil (por ejemplo, el incumplimiento de un contrato) no es materia del Código Penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito. De la misma manera, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tendría sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria o la exclusión hereditaria, con su consecuente efecto patrimonial(9).

En lo que concierne a los partidarios de la concepción material, cabe destacar los postulados de Schünemann y Silva Sánchez. Así, en la perspectiva de Schünemann, la responsabilidad penal en forma de comisión por omisión solo se da si la posición de garante y, en consecuencia, la infracción del deber de impedir el resultado –en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico– es comparable –en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado– con aquellos elementos materiales que debe poseer el autor por comisión. Continúa Schünemann, el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales; por tanto, una omisión equivalente a una comisión presupone –a través del dominio sobre su cuerpo– un control actual sobre el suceso(10) equiparable en intensidad a ese control(11).

(8) Al respecto, Mir Puig, precisa que, no puede admitirse seriamente que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción. Así, tal deber lo tienen los padres para con sus hijos menores de 18 años, pero no parece que ello baste cuando el hijo al que no se alimenta es capaz de valerse por sí mismo. También tienen obligación de actuar ante cualquier delito los policías y sería absurdo castigarles por la propia comisión del delito si no lo impiden. Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal / Parte General*. 7ª Edición, Barcelona, Reppetor, 2004, p. 306.

(9) Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal / Parte General*. Volumen II. EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 553.

(10) En el mismo sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, interpretando a SCHÜNEMANN señala: "La plena equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de dominio, o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el superior jerárquico, que se encuentra en posición de garante sobre la causa del resultado". Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 2000, 190.

(11) Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania". En GIMBERNAT / SCHÜNEMANN / WOLTER [Editores]. *Omisión e imputación objetiva*

Esta forma de configurar la posición de garante y, por tanto, la comisión por omisión se debe a que, según Schünemann, la imputación del resultado al sujeto omitente requiere que este sea capaz de dominar sus movimientos corporales, dirigiéndolos en un sentido de desprotección del bien jurídico [incumplimiento del deber de actuación].

Para Silva Sánchez, la realización típica en comisión por omisión requiere que el sujeto, haya adoptado **el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos**. Tal compromiso material, según Silva Sánchez, se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo o riesgos de que se trate. A decir de Silva, los referidos actos –en general constantes y normales– suscitan tanto en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión incontestable de que tal sector de riesgo se encuentra bajo control.(12) Esto significa que, para Silva Sánchez, el compromiso de actuar como barrera de contención revela un doble aspecto: por un lado, de reducción de peligro (en la medida que asume el control o dominio); por otro, de aumento de peligro, toda vez que se da la base para que no surjan (o decaigan) otros intentos de contención del riesgo, que pasan a estimarse innecesarios(13). En suma, la tesis de Silva Sánchez sostiene que **la omisión impropia se relaciona con el incumplimiento de prestaciones positivas que el sujeto debió realizar**. De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un **dominio de dicho riesgo, y, por tanto, responsabilidad penal**, por haber tenido el control o dominio del proceso lesivo(14).

Como síntesis de lo planteado por Schünemann y Silva Sánchez, se concluye que **la posición de garante ya no se configura en función a elementos puramente formales, sino a partir de elementos materiales que tienen como eje central a la posición de dominio o control sobre la causa**

en derecho penal. Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, p. 22.

(12) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales / Parte general*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 200.

(13) Para SILVA SÁNCHEZ, el sujeto que se ha comprometido **domina**, pues, totalmente, el acontecer típico. Ello, hasta el punto de que, en el caso de que, en un determinado momento, deje de actuar como barrera de contención (y el riesgo no controlado se realice en el resultado), la identidad estructural en lo normativo de este supuesto con aquel en que se crea, por interposición de factores causales, un riesgo (y este se realiza en el resultado) es total. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales / Parte general*. Ob. cit., p. 200.

(14) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Comisión y omisión. criterios de distinción". En: *Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 1995, p. 14. El mismo. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona, Bosch, 1986, p. 159.

que genera el resultado lesivo; lo cual no es otra cosa que el quebrantamiento del deber de actuar para impedir la creación y realización de riesgos jurídico-penales(15).

Desde nuestra perspectiva, consideramos que las posturas analizadas no son del todo correctas, sobre todo, si sus fórmulas dogmáticas se aplican por igual tanto a los delitos de organización como a los delitos de infracción de deber. De esto concluimos, que la correcta configuración de la naturaleza normativa de la fuente del deber de garante requiere que, primero, se dilucide la clase de responsabilidad penal respecto de la cual se analiza la configuración de la posición de garante. Esto es así, porque la naturaleza normativa de la fuente del deber de garantía depende de la clase de delito que se trate. No queda otra alternativa, pues la naturaleza normativa de la posición de garante es totalmente distinta en los delitos de dominio o de organización respecto de los delitos de infracción de deber. Si el fundamento de la imputación jurídico-penal, en los delitos de organización, es distinto al de los delitos de infracción de deber, entonces la naturaleza normativa de la posición de garante –en tanto su infracción es fuente de imputación penal– también es diferente en cada clase de delitos. En efecto, mientras que en los "delitos de **responsabilidad por competencia de organización**" (*"Haftung kraft Organisationszuständigkeit"*) la relevancia penal del comportamiento emana, por completo, de la relación del autor con el bien jurídico protegido por los tipos penales, en los "delitos de **responsabilidad por competencia institucional**" (*Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit*) la relevancia penal de la conducta emerge de la infracción de deberes normativos que se encuentran regulados extrapenalmente y cuya existencia es independiente del tipo penal. Así las cosas, existen las necesidades metodológica y dogmática de precisar por separado la configuración de la posición de garante en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber.

1.1. Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de organización

Para comprender lo que se entiende por organización, hay que considerar que cada individuo goza de un marco jurídico para obrar y realizar sus intereses. El aspecto esencial de esta libertad consiste en que cuando uno actúa tiene la obligación de organizarse de manera que garantice que los intereses de terceros y de la comunidad no sean dañados o puestos en peligro(16). De

(15) Vid. La monografía de SCHÜNEMANN. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, publicada en 1971. Obra citada por el mismo autor en SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006, p. 268.

(16) Vid. FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división

esta organización del espacio personal de actuar se deriva la responsabilidad de no crear riesgos penales para los bienes jurídicos de terceros. Por lo tanto, forman parte de este ámbito los deberes de organización, es decir, los deberes de dominar las fuentes de peligro y aquellos relativos a los actos de injerencia en la esfera jurídica de otras personas.

Ahora bien, en los "delitos de **responsabilidad por organización**" –en virtud a que la relación del sujeto con el objeto material es puramente negativa [el deber de garante se agota en el deber de conservación del bien jurídico]– el fundamento de la imputación penal se levanta sobre la infracción del deber negativo: **"no dañar esferas de libertad ajenas"**, o lo que es lo mismo, sobre una organización defectuosa autorresponsable. Esto se debe, a que sobre el instituto de la autonomía en la organización de los comportamientos (competencia por organización) que poseen todas las personas, se construye la máxima "no crees riesgos prohibidos en ámbitos de competencia ajenos para que exijas a los demás que no menoscaben los tuyos"(17), o dicho de otro modo "si quieres ser libre deja ser libres a los demás, pues el respeto de tus ámbitos de libertad es la consecuencia de respetar los fueros de organización de tus semejantes(18). De ello se sigue que: si una persona organiza su libertad defectuosamente –comisiva u omisivamente– y, con ella, atenta contra competencias de organización ajenas, será responsable por las consecuencias de dicha organización, pues organizarse en libertad significa ser responsable de las consecuencias(19). En conclusión, en los delitos de dominio –llamados así porque la persona tiene el dominio o control de la organización de sus comportamientos– la responsabilidad penal se fundamenta cuando se menoscaban las expectativas normativas dirigidas hacia la evitación de resultados lesivos pertenecientes al ámbito de organización del autor.

---

del trabajo; en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 114.

(17) En ese sentido HOBBES: "No hagas a otro lo que no te parece razonable que otros te hagan a ti". Vid. HOBBES, T. *Leviatán*. Madrid, Alianza editorial, 2001, p. 236.

(18) En el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ señala: "La configuración de la esfera de organización propia se basa en la libertad, y tiene como barrera infranqueable la no afectación de esferas individuales ajenas". Cfr, SUÁREZ GONZALEZ, C. "Los delitos consistentes en la infracción de un deber (...)". En SILVA SÁNCHEZ, J. M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Lima, Grijley, 2001, p. 150. También, LESCH, H. *La intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá, 1995, p. 68.

(19) JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas, Madrid, 2003, p. 30. LESCH, H. H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 32. Este autor, acertadamente, señala: "Libertad sin responsabilidad no es libertad personal, sino pura arbitrariedad". PERDOMO TORRES, J. F. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*. Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 33. También, SESSANO GOENAGA, J. C. "Responsabilidad penal por organización y responsabilidad institucional". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, p. 7.

Como acabamos de señalar, la responsabilidad penal por las consecuencias que emanan de una organización autorresponsable no solo se limitan a los comportamientos comisivos, sino que también abarcan a las conductas omisivas, esto es, a aquellos procesos de organización defectuosos que se realizan en forma omisiva. Esto se debe, a que las esferas de libertad ajenas –protegidas por el deber de no dañar– no solo se defraudan con comportamientos comisivos, sino también con conductas omisivas. Formulado en otros términos, la competencia por organización (delitos de dominio) también exige que las personas actúen positivamente, para no dañar a terceros, puesto que el respeto de los ámbitos de libertad de otros no se agota en la vigencia del deber de no dañar realizado solo mediante una abstención, sino que su estricto cumplimiento también implica la realización de dicho deber mediante una acción(20). Empero, dichos comportamientos positivos no requieren de algún deber especial, por el contrario, son expresión de la prohibición general "no dañar"(21).

Aclarado este punto, es momento de precisar como se configura la posición de garante en los delitos de organización. Al respecto, debemos señalar que la configuración de la posición de garante –no solo en los delitos de dominio, sino también en los delitos de infracción de deber– se debe realizar en función de dos clases de instituciones: por un lado, los principios que inspiran el Derecho penal democrático y, por otro, los lineamientos constitucionales de nuestro modelo de Estado. Así las cosas, en lo que concierne a las instituciones que fundamentan el Derecho Penal, la estructura de la comisión por omisión debe respetar fidedignamente –entre otros– el principio de legalidad. Por su parte, en lo referente a las líneas constitucionales de nuestro modelo de Estado, el instituto *sub examine* debe estructurarse en función a los parámetros del Estado social de derecho, pues nuestra Carta Magna establece que el Perú es un **Estado social y democrático de Derecho.**

En este contexto, la doctrina nacional y extranjera sostiene, con razón, que la posición de garante –y, por tanto, el proceso de imputación penal en los supuestos de comisión por omisión– deberá configurarse en función del rol que ostenta la persona en la sociedad; para ser más específicos, en virtud del estatus que ocupa un ciudadano en determinadas actividades o ámbitos. Así, para configurar la posición de garante, se tendrá que tomar en cuenta –por citar algunos ejemplos– el rol de médico, mecánico, camarero, director de una empresa, gerente de una persona jurídica,

(20) Cfr. QUINTERO, María Eloísa. "Omisión vs. acción. Responsabilidad por la conducta omisiva". En: *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del Siglo XXI.* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001, p. 309.

(21) En el mismo sentido, RAWLS, J. *Teoría de la justicia.* 2ª edición, Fondo de cultura económica, México, 1995, p. 115.

etc. Pero cabe la aclaración, no se trata de un rol con puro significado sociológico, sino jurídico-penal, es decir, recogido de manera expresa o tácita en la norma penal(22).

Lo acabado de mencionar significa que, en los delitos de organización, la naturaleza normativa de la posición de garante se determina en virtud de elementos materiales (concepción material), lo cual jurídico-penalmente hablando significa que **en los delitos de organización, la naturaleza normativa de la posición de garante se configura en función del tipo legal y del dominio o control real que posee una persona sobre la esfera de organización**. Esto no es otra cosa que un proceso de adscripción típica, donde las reglas de la imputación objetiva –como veremos más adelante– cumplen un rol fundamental en la configuración de la estructura normativa de la comisión por omisión (asunción voluntaria de ser barrera de contención de aquellos peligros para los bienes jurídicos). Vale decir, en estos delitos, **la posición de garante no pasa por la mera infracción formal de un deber de actuación que se encuentra en una ley, un contrato o en el actuar precedente, sino en elementos materiales consistentes en la asunción fáctica de dominio que posee una persona para ejercer el control –en el caso concreto– de los riesgos que emergen de su propia organización**. Esto significa que, si en los delitos de dominio, la comisión por omisión ha de ser idéntica a la comisión activa (inciso 2 del art. 13), entonces la comisión por omisión no puede configurarse como mera infracción formal de un deber, sino de acuerdo a **los roles que cumple una persona dentro de la sociedad**.

1.2. Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de infracción de deber

En lo que respecta al fundamento de la imputación penal de los delitos de infracción de deber, la doctrina es casi unánime en afirmar que la imputación jurídico-penal dimana de la infracción de un deber institucional, el cual surge de las relaciones positivas o roles vinculados a deberes jurídicos positivos especiales(23) que posee el sujeto *intranëus* respecto del bien jurídico. Este deber positivo, de naturaleza inmediata, hace que el ciudadano sea garante del bien jurídico, es decir, convierte al sujeto en protector de

(22) Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Lima, Grijley, 2002, p. 140 y ss. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico / Parte General*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 300 y ss.

(23) Sobre la autoría en los delitos de infracción de deber, Vid., in extenso, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *El delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 29 y ss. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *El denominado delito de propia mano*. Madrid, Dykinson, 2004, p.133. LESCH, H. H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 69.

las expectativas o realidades normativas[24]; lo cual significa que tiene deberes especiales de no lesionar y de evitar que terceros lesionen el objeto de tutela. En otros términos, el **portador del deber positivo especial** es responsable por la lesión o puesta en peligro que él mismo genera o por la creación de riesgos que realizan otros sujetos, ya que el deber especial, de carácter positivo, hace que la lesión ontológica proveniente de otros ámbitos competenciales se circunscriba, normativamente, en el fuero de incumbencia del sujeto especial. En suma, **el fundamento de la imputación, en los injustos de infracción de deber, se encuentra ligado a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos mediante la infracción de un deber positivo[25] independientemente de la forma ontológica con que se lleve a cabo dicha infracción[26] (se tenga o no el dominio del hecho); esto significa que, en este tipo de delitos, ya no es suficiente la sola creación de riesgos prohibidos, sino que, además y sobre todo, el sujeto debe infringir el neminem laedere positivo**. Por tanto, de no infringirse dicho instituto –aunque se lesione o ponga en peligro el bien jurídico– no estaremos ante un delito de infracción de deber, sino ante un delito de dominio.

Ahora bien, en los delitos de infracción de deber, la posición de garante se determina en función del estatus especial que ocupa la persona en su relación institucional. Dicho de otra manera, en los delitos de infracción de deber, el obligado por un deber institucional tendrá ya posición de garante, respecto de la institución a la que se encuentra ligado, por el solo hecho de portar dicho deber. Esto hace que –a diferencia de lo que sucede en los delitos de dominio– aquí la naturaleza normativa de la responsabilidad penal mediante comisión por omisión solo se configure en función de la infracción formal del deber institucional. Esto es correcto, debido a que en los delitos de infracción de deber, el dominio o control omisivo de los riesgos de la organización personal es sustituido por el quebrantamiento formal del deber positivo especial que vincula a la persona con la institución]. En esa línea –en

(24) Cfr. JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid, Civitas, 2003, pp. 131 y 132.

(25) Vid. ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González De Murillo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, § 34/ I. p. 383. Él mismo. *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Lima, Idemsa, 1998, p. 363. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *El delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 29.

(26) En esta clase de delitos es irrelevante para el Derecho penal que el agente [*intranëus*] infrinja el deber jurídico mediante el comportamiento de un tercero, por cuanto el riesgo jurídico-penal prohibido no se fundamenta en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, ontológicamente, puede pertenecer a un tercero, sino en criterios normativos institucionales. Vid ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González De Murillo. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, § 34/ I. p. 384. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *El delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 29.

virtud de la configuración formal de la posición de garante– el juez y el fiscal tienen el deber de asegurar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia(27); los padres tienen el deber de velar por el normal desarrollo de sus hijos menores de edad(28); el tutor está en la obligación de cuidar que los intereses patrimoniales y personales del tutelado no sean dañados, el administrador de una empresa posee el imperativo jurídico de controlar el desarrollo de dicha institución dentro de la legalidad, la Policía tiene el deber de velar por la seguridad ciudadana(29); etc.

De lo dicho, el juez o el fiscal infringirán su posición de garante –y, por tanto, cometerán un delito de infracción de deber en la modalidad de comisión por omisión(30)– cuando quebranten su deber institucional al cual están vinculados, esto es, cuando infrinjan el deber de tutelar la correcta Administración de Justicia. Así, por ejemplo, el fiscal será autor de un delito de encubrimiento cometido por funcionario público(31) cuando no denuncia al sujeto que persigue, o cuando destruye o deja que un tercero destruya las pruebas de un delito que está investigando(32). En el caso del juez, este cometerá un delito de prevaricato, mediante comisión por omisión, cuando no otorga la libertad del detenido que debió otorgar, o cuando emite una resolución contraria a la ley sin verificar sus fundamentos que materialmente han sido elaborados por su asistente(33). De la misma manera, serán autores de un delito de infracción de deber en forma de comisión por omisión, los padres que infringen el deber de cuidado y protección sobre sus hijos menores de edad (v. gr. dejándolos morir por alguna enfermedad que omitieron tratarla)(34). Aquí, estaremos frente a una autoría de delito de parricidio(35). Por su parte,

(27) Así, JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid. Civitas, 2003, p. 126.

(28) JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid, Civitas, 2003, p. 126. PERDOMO TORRES, J. F. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*. Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 34.

(29) JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003, p. 125.

(30) Esto es así, porque por encima de la forma como se realiza el delito [por comisión o por omisión] se encuentra la infracción del deber positivo de tutela, que le impone la característica de *intranëus*.

(31) Cuando omite perseguir al sujeto que debería denunciarlo, estará realizando el delito de encubrimiento personal, mientras que cuando destruye las pruebas, estará configurando el delito de encubrimiento real.

(32) SALAZAR SÁNCHEZ, N. "Imputación objetiva y participación de los extranëus en los delitos de infracción de deber". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 16, Lima, Idemsa, 2006, p. 543.

(33) Ibidem.

(34) En sentido similar, JAKOBS, G. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 43.

(35) SALAZAR SÁNCHEZ, N. "Imputación objetiva y participación de los *extranëus* en los delitos de infracción de deber". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Ob. cit. p. 544.

en el caso del tutor, este cometerá el delito de infracción de deber cuando infringe sus deberes que le impone su status (por ejemplo, dejando que el tutelado malgaste su dinero). Aquí, al tutor, se le imputará la autoría del delito de administración desleal(36). Lo mismo sucede con el administrador cuando, a través del quebrantamiento de sus deberes especiales positivos, lesiona o pone en peligro las realidades normativas que los socios le han encomendado administrar (por ejemplo, ocultando –a los accionistas, socios, asociados o terceros– la verdadera situación en que se encuentra la persona jurídica, o fraguando balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes). Dicha infracción actuará como fundamento de la imputación, a título de autor, del delito de administración fraudulenta(37). Asimismo, el policía que permite el robo de un Banco, debiendo y pudiendo evitarlo, también responderá por las acciones riesgosas que provienen de la infracción de los deberes especiales.

En conclusión, la configuración normativa de la posición de garante, en los delitos de infracción de deber, no se determina en función a criterios materiales o de dominio de la organización personal, sino en virtud de la infracción formal del deber institucional. En síntesis, no interesa que el obligado institucional tenga o no el dominio, sino que haya infringido formalmente el deber positivo al cual se encuentra vinculado. Esta infracción es la que se presenta en los casos antes señalados, debido a que los sujetos sobre quienes se dirige la imputación han infringido el deber positivo que dimana del status: funcionario público, padre, tutor, administrador, etc.

2. La equivalencia normativa (inciso 2 del art. 13 del CP)

El inciso 2 del artículo 13 del CP señala que: "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado (...) Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer".

En virtud de lo consagrado por el inciso 2 del artículo 13, para que exista responsabilidad penal mediante comisión por omisión no es suficiente la sola infracción de la posición de garante, sino que además debe existir una equivalencia o identidad normativa entre la omisión impropia y la configuración comisiva del tipo penal correspondiente. Es decir, en la conducta omisiva del garante –a nivel normativo– deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos que fundamentan la imputación penal en los supuestos que el tipo de la parte especial es configurado mediante una conducta positiva. Formulado de otro modo, para que la conducta del que infringe la

(36) Ídem.

(37) En el mismo sentido, SALAZAR SÁNCHEZ, N. "Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho [delitos de organización] y de los delitos de infracción de deber". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 18, Lima, Idemsa, 2007, pp. 360 y 361.

posición de garante adquiera relevancia jurídico-penal se requiere que dicho comportamiento omisivo cumpla con los requisitos de imputación objetiva y subjetiva. Esto, solo es posible cuando, por un lado, a nivel objetivo, la persona garante –a través de su conducta omisiva– crea y realiza riesgos no permitidos por el Derecho Penal y, por otro, actúa en forma dolosa o culposa. En ese estado de cosas, a continuación esbozaremos sucintamente el contenido normativo tanto de la creación y realización de riesgos objetivos como del aspecto subjetivo.

Pero, como quiera que la equivalencia normativa exigida por el inciso 2 del art. 13 del CP se presenta –igual que la posición de garante– de manera distinta en los delitos de organización respecto de los delitos de infracción de deber, no queda más que formular su tratamiento por separado.

2.1. La equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de organización

A nivel objetivo, la equivalencia normativa en los delitos de organización está configurada por dos elementos normativos: a) la creación de un riesgo penal prohibido(38) y, b) la realización de dicho riesgo en un resultado lesivo(39). La presencia de estos dos elementos obedece a que la infracción del deber de garante realizado mediante una conducta omisiva debe poseer el mismo significado normativo que ostenta un comportamiento comisivo, es decir, debe crear un riesgo prohibido y consecuentemente desencadenar la lesión del bien jurídico que protege la norma penal.

a) Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido

En los delitos de organización, la infracción del deber de garantía debe significar, en primer lugar, **la creación de un riesgo jurídico-penalmente no permitido**. Esto significa que el infractor del deber de garantía, con su comportamiento omisivo, habrá de configurar un riesgo penal que se encuentra contemplado en el tipo legal que se le imputa, pues solo así se puede sostener que el riesgo creado es competencia del omitente. En otros términos, en los delitos de organización, la omisión del que posee la posición de garante debe generar un peligro para los bienes jurídicos que están dentro del radio de organización de aquel, porque esa es la única manera en que puede hablarse sobre la existencia de identidad normativa entre omisión impropia y configuración positiva del tipo penal. Si la configuración de la imputación objetiva de los tipos legales de la parte especial exigen, como primer

(38) ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier De Vicente Remesal. Madrid. Civitas. 11/43, 1997, p. 365 y ss.

(39) ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Ob. cit., 11/59, 1997, p. 373 y ss.

elemento normativo, que el sujeto cree un riesgo desvalorado por el Derecho Penal, entonces resulta indispensable que el infractor del deber de garante también cree este tipo de riesgos. Esto es una exigencia del principio de legalidad, pues no se puede dejar sin efecto la exigencia del inciso 2 del art. 13 del CP, toda vez que no tomar en cuenta la equivalencia normativa exigida por el inciso 2, implicaría –mediante interpretación– derogar el art. 13 del CP y crear una nueva institución de comisión por omisión, en la cual no se exigiría la equivalencia normativa, lo cual es imposible en un Estado de Derecho.

De lo dicho, el ostentador de un deber de garante habrá creado un riesgo prohibido por el Derecho Penal en los siguientes supuestos: un médico obstetra que, ante la imposibilidad material de la madre para tener un parto natural, se niega a realizar una cesaria; el salvavidas que incumple su deber de socorrer a una persona que se está ahogando en la playa o en la piscina; el director de una empresa que no interviene para impedir el diseño de una política económica ilícita de dicha persona jurídica (v. gr. transferir, ocultar o tener, dinero proveniente del narcotráfico); etc. En todos estos supuestos, se habrá cumplido con el primer elemento de la equivalencia normativa (art. 13 inciso 2) de la comisión por omisión, ya que el médico, el salvavidas y el director, con sus conductas omisivas, crean riesgos desaprobados por el Derecho Penal. En el caso del médico y el salvavidas, la infracción del deber de garantía habrá generado riesgos no permitidos por los tipos penales de homicidio y/o lesiones; por su parte, en el caso del director de la empresa, la conducta omisiva de este también habrá creado un riesgo prohibido respecto del bien jurídico tutelado en el tipo penal de lavado de activos. En todos los casos mencionados, la creación del riesgo jurídico-penal sí pertenece a la esfera de organización del sujeto que infringe el deber de garante, pues los bienes jurídicos habrán sido puestos en peligro, debido al dominio que ha tenido el sujeto sobre la conducta omisiva.

Pero, bajo la misma premisa de la creación del riesgo que debe crear el garante cuando infringe su deber, no se pueden imputar a aquel riesgos jurídico-penales que no pertenecen a su esfera de organización. Esto, sucede cuando los riesgos prohibidos no pertenecen a la posición de dominio que ha adoptado el garante; y si no pertenecen a dicha posición, entonces el garante no es competente de dichos riesgos(40). Lo sostenido se expresa, por

(40) En el mismo sentido, señala ROXIN: "Ya de entrada falta la creación de un riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado". Para ilustrar mejor las consecuencias penales de este instituto, ROXIN formula sub principios: a) disminución del riesgo, b) falta de creación de peligro, c) riesgo permitido. Vid, ROXIN, C. *Derecho Penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Ob. cit., 11/43, 1997, p. 365 y ss.

ejemplo, en los siguientes casos: un médico cardiólogo observa pasivamente como su paciente, que termina de ser operado del corazón, consume cigarrillos y marihuana(41); un salvavidas que no informa a los bañistas de los graves daños que puede causar la insolación si no utilizan bloqueador; un camarero observa inactivo como uno de los comensales, a los que está atendiendo, consume una fruta envenenada que le ha sido proporcionada por el amigo de este último(42). En todos estos casos, la creación de riesgos prohibidos que puedan surgir para la vida o la salud del paciente, bañista o comensal –producto del consumo de marihuana, no utilización de bloqueador o consumo de la fruta envenenada– no pueden ser imputados al médico, salvavidas o camarero respectivamente, ya que no son expresión de su competencia. Efectivamente, el médico no tiene el deber de impedir que el paciente consuma cigarrillos o marihuana inmediatamente después de haber sido operado del corazón(43). La competencia del médico solo se limita a proteger al paciente de los riesgos que emanan de la enfermedad objeto de tratamiento, en este caso, de los riesgos que emergen de la operación quirúrgica y del suministro de medicamentos, pero de ninguna manera de aquellos riesgos que provienen de la esfera de organización del mismo paciente. De la misma manera, el salvavidas no tiene la obligación de informar a los bañistas acerca del peligro que se cierne sobre la salud cuando una persona se expone al sol sin utilizar protección contra los rayos ultravioletas. Ciertamente, el salvavidas solo está obligado a brindar protección a los bañistas frente a los riesgos de ahogamiento, mas no frente a los riesgos que provienen de la insolación. Finalmente, el camarero tampoco tiene el deber de informar, a los comensales que atiende, sobre la contaminación o mal estado de los productos que estos consumen, pero que él no les suministra. El deber de informar a los comensales respecto del mal estado de los productos, o de impedir que estos consuman productos dañinos para la salud o la vida (v. gr. frutas envenenadas) solo se restringe al ámbito de los productos que el propio camarero suministra, mas no frente a peligros que dimanan de productos suministrados por otras personas.

(41) En el mismo sentido, Roxin sostiene que no se pueden imputar al médico los autodaños realizados por el mismo paciente, siempre que este actúe responsablemente. Vid. ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Ob. cit., 11/90, p. 390.

(42) Este es un supuesto distinto al que utiliza Jakobs para defender la configuración de la imputación objetiva en función de los roles sociales.

(43) Al respecto, Roxin, sostiene: "(...) el médico tiene que proteger al paciente de enfermedades, pero no de autodaños. El que un paciente se dañe a sí mismo abusando de los medicamentos que se le han prescrito [aunque sea un narcótico], no se puede excluir prácticamente nunca; y si el médico tuviera que responder penalmente por ello, siempre estaría ya con un pie en la cárcel". Cfr. ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Ob. cit. 11/90, p. 390.

b) Realización del riesgo jurídico-penal no permitido

Comprobada la competencia por la creación del riesgo no permitido, la equivalencia normativa de los delitos de organización exige que a la misma competencia de organización se vincule normativamente el resultado lesivo que la norma penal desvalora. La presencia del segundo elemento de la equivalencia normativa de la comisión por omisión pasa por el inexorable vínculo normativo que debe existir entre la creación del riesgo por parte del garante y la realización del mismo en un resultado lesivo(44). Efectivamente, de acuerdo a lo consagrado por el inciso 2 del art. 13, para que exista equivalencia normativa –y por tanto, imputación penal– entre la conducta omisiva y la realización activa del tipo es necesario que, a nivel del tipo objetivo, la creación del riesgo prohibido configurada por el garante se materialice en un resultado lesivo.

Así, la realización del riesgo debe encontrarse dentro del ámbito de protección de la norma que fundamenta la actuación del garante. Esto significa que –como dice Roxin– la creación del riesgo prohibido por la competencia del garante debe generar un resultado lesivo que no se encuentre cubierto por un riesgo permitido, es decir, que se encuentre dentro del alcance del tipo. Si los tipos penales de la parte especial –en los delitos de lesión– solo califican como delitos consumados a las creaciones de riesgos que se materializan en un resultado lesivo entonces, para efecto de fundamentar la imputación penal, cuando el garante omite cumplir con su deber de impedir la producción del resultado lesivo, es imprescindible que el garante no solo genere un riesgo prohibido por el tipo legal, sino que, además, este desencadene la producción de un resultado desvalorado por dicha norma penal.

Desde esta perspectiva, solo cumplirán con la equivalencia normativa establecida por el inciso 2 del artículo 13 del CP, las conductas omisivas impropias de organización que configuren los dos niveles de imputación objetiva. Así, siguiendo con los ejemplos del médico, del salvavidas y del empresario, existirá equivalencia normativa en las conductas omisivas de dichos ciudadanos, solo en la medida que la creación de riesgos prohibidos pertenecientes a su ámbito de organización desencadenen resultados lesivos que el artículo 13 y los tipos penales de homicidio (o lesiones) y lavado de activos quieren evitar. En el caso del médico obstetra, se configurarán los dos elementos de

(44) Cfr. ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Ob. cit., 11/59, p. 373. Este autor señala: "La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso, está excluida la imputación, en primer lugar, si aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino solo en conexión causal con el mismo".

la equivalencia normativa, cuando el actuar omisivo de este lesione la vida o la salud de la madre o del hijo. Por su parte, en el supuesto del salvavidas, la equivalencia normativa de esta, se realizará en el momento que el peligro generado por su omisión se ve reflejado en la muerte del bañista. Finalmente, en lo que concierne al director de la empresa, la conducta de este cumple con la configuración de los dos elementos de identidad normativa cuando a raíz de su actuar omisivo la persona jurídica transfiere, oculta o tiene, dinero proveniente del narcotráfico. En todos estos supuestos, el actuar omisivo del garante –desde un punto de vista netamente normativo– ha creado y realizado riesgos que, por un lado, se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma que fundamenta la actuación positiva del garante y, por otro, se encuentran dentro del alcance de los tipos penales de homicidio, lesiones o lavado de activos respectivamente.

De lo señalado precedentemente, la falta de realización del riesgo elimina la identidad normativa de la comisión por omisión y con ello se elimina también la imputación penal sea a título de consumación (por ejemplo, en los delitos dolosos de lesión) o incluso a título de tentativa (v. gr. en los delitos imprudentes)(45). No queda otra alternativa, puesto que aquí la producción del resultado lesivo no es expresión de la organización defectuosa del garante, sino de otros riesgos, es decir, la producción del resultado lesivo no pertenece a la competencia o dominio del omitente que posee la posición de garante de realizar conductas positivas orientadas a evitar la creación y realización de riesgos prohibidos para los bienes jurídicos que se encuentran bajo su tutela. En este contexto, la ausencia de equivalencia normativa en los supuestos arriba mencionados se presenta de la siguiente manera: en lo que concierne a la conducta del salvavidas (no socorrer al bañista que se está ahogando) no existe equivalencia normativa, por falta del segundo elemento, cuando este muere producto de un derrame cerebral ocasionado por una crisis nerviosa proveniente del mero contacto con el agua por no saber nadar. En este caso, la muerte del bañista no es expresión normativa de la creación del riesgo creado por el salvavidas al no intervenir, puesto que la muerte se produce como consecuencia de un riesgo cotidiano que se presenta en todas las personas que no han tenido experiencia de nado en ambientes de esta naturaleza. Dicho en otros términos, la creación del riesgo prohibido configurado por el salvavidas no es el que normativamente ha producido la muerte, sino el riesgo perteneciente a la esfera de lo permitido. Lo mismo ocurre en el caso del médico obstetra, cuando la muerte o la lesión de la salud de

(45) Así Roxin afirma: "está excluida la imputación, en primer lugar, si aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino solo en conexión causal con el mismo". ROXIN, C. *Derecho penal / Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Ob. cit., 11/59, p. 373.

la madre no se produce como consecuencia de la creación del riesgo proveniente de la organización defectuosa del garante, sino como expresión de un paro cardiaco originado por el estado puerperal y la tensión psicológica por tratarse del primer parto. Aquí, tampoco está presente el segundo elemento de la equivalencia normativa, pues en la muerte de la madre no se ha materializado el riesgo creado por el garante, sino el riesgo permitido al que se enfrentan las mujeres parturientas primerisas.

2.2. Equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deber

La equivalencia normativa de la comisión por omisión, de los delitos de infracción de deber, posee una naturaleza similar a la equivalencia normativa de la comisión por omisión de los delitos de organización, lo cual implica que la estructura de este instituto también se encuentra configurada, tanto por la creación como por la realización de riesgos jurídico-penales prohibidos. Sin embargo, existen algunas diferencias, como, por ejemplo, la naturaleza mixta (formal y material) que posee la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deber, respecto de la equivalencia normativa de los delitos de organización, la cual se caracteriza por ser unívoca (solo material). El matiz formal de la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deber, se encuentra a nivel del primer elemento de dicho instituto, es decir, en la creación del riesgo. Al respecto, debemos señalar que, tal como ocurre con la posición de garante, en los delitos de infracción de deber, el punto de partida de la equivalencia normativa es de índole formal. Esto significa que, la creación del riesgo, por parte del garante, se configura con la sola omisión de actuar, independientemente que, en el caso concreto, no exista un peligro real para el bien jurídico tutelado. Al margen de lo acabado de precisar, la creación y realización del riesgo prohibido son fundamentales para la configuración de la equivalencia normativa exigida por el inciso 2 del artículo 13.

a) Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido

Como ya se señaló en las líneas precedentes, en los delitos de infracción de deber, el primer elemento de la equivalencia normativa pasa por la creación formal de un riesgo prohibido. La configuración de este primer elemento, se realiza cuando el garante omite llevar acabo la acción positiva evitadora de la creación del riesgo. La creación del riesgo, no necesita que la omisión cree un riesgo material, puesto que el desvalor de la acción, en esta clase de delitos, se determina en torno a la naturaleza de la posición de garante; y ya hemos señalado que la esencia de la posición de garante en los delitos de infracción de deber –en tanto se configura en función del status que ocupa el intranëus– es de naturaleza formal. Por tanto, la creación del riesgo prohibido por parte del obligado institucional también es de naturaleza formal.

Dentro de esta perspectiva, el intranëus creará un riesgo prohibido –solo a manera de ejemplos– en los siguientes casos: a) la madre que –haciendo uso de su capacidad de autodeterminación– no da de lactar a su hijo recién nacido; b) los jueces que firman una sentencia cuyos fundamentos jurídicos se levantan sobre leyes derogadas; c) el funcionario o servidor público que omite los deberes de vigilancia de los caudales o efectos que se encuentran bajo su administración; etc. En el primer caso, la madre creará un riesgo jurídico-penal perteneciente al delito de parricidio o de lesiones, pese a que fácticamente la vida o la salud del niño no haya corrido ningún peligro debido a la alimentación proporcionada por terceros. Lo mismo sucede con los jueces, pues estos ya habrán creado un riesgo prohibido de prevaricato, independientemente de que dicho fallo entre en contacto con el tráfico jurídico de la administración de justicia. Y, en lo que concierne a los funcionarios o servidores públicos también habrán creado un riesgo prohibido del delito de peculado, pese a que los caudales o efectos no hayan sido puestos en peligro en relación a la correcta Administración Pública.

En consecuencia, en los delitos de infracción de deber, la conducta omisiva del portador de un deber institucional cumplirá con el primer elemento de la equivalencia normativa aunque el incumplimiento del deber positivo no menoscabe las expectativas normativas materiales que subyacen dentro de dichas relaciones institucionales. Esto es correcto, debido a que –como ya se dejo sentado *supra*– los delitos de competencia institucional, el dominio o control omisivo de los riesgos de la organización personal es sustituido por el quebrantamiento formal del deber positivo institucional que relaciona al intranëus con la institución].

b) Realización del riesgo jurídico-penal no permitido

El segundo elemento de la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deber se encuentra vinculado al primero. Se trata de la realización del riesgo prohibido, elemento que es *condittio sine qua non* no solo de la equivalencia normativa en los delitos de organización, sino también en los delitos de infracción de deber. Esta es la razón, por la que, en líneas anteriores, decíamos que la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deber es de naturaleza mixta, pues el primer elemento es de naturaleza formal (creación de un riesgo) y el segundo de índole material (realización del riesgo en un resultado lesivo). La exigencia de este segundo elemento se debe a que, conforme a lo estipulado por el inciso 2 del art. 13, la configuración de la equivalencia normativa y, por ende, la imputación penal de un tipo de infracción de deber, necesitan que el garante no solo cree un riesgo prohibido, sino que dicho riesgo también se vincule con la lesión del bien jurídico, es decir, con la realización del riesgo. En otras palabras, para que se configure la equivalencia normativa de la comisión por omisión, en los delitos

de infracción de deber, no basta con que el intranëus cree un riesgo prohibido, sino que además la creación del riesgo por el obligado institucional debe quebrantar los bienes jurídicos que se protegen a través de los deberes institucionales. Esto no es otra cosa que la existencia de una relación normativa entre la creación del riesgo y la realización del mismo.

Enmarcados en este contexto, cumplirán con el segundo elemento de la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deber –como ejemplos ilustrativos– los siguientes supuestos: un padre omite impedir que su hijo menor de edad ingiera un líquido tóxico y a consecuencia de ello muere envenenado. Un policía, que se encuentra de guardia en un centro penitenciario, omite cerrar la puertas que conectan al penal con el exterior a través de un túnel, facilitando la fuga de los reclusos, etc. En estos supuestos, las conductas omisivas del padre y el policía configuran la equivalencia normativa de la creación y realización de riesgos jurídico-penales prohibidos, pues el incumplimiento de su deber positivo especial cumple con los requisitos de imputación objetiva de los delitos de parricidio (art. 107) y favorecimiento a la fuga (art. 414) respectivamente. En estos supuestos, la muerte del hijo menor de edad y la fuga de los reclusos son expresión de la infracción de los deberes institucionales de tutela, cuidado y vigilancia que poseen el padre y el funcionario; vale decir, son producto de la creación y realización de riesgos penales prohibidos.

Pero, bajo esta misma óptica, no se configura la equivalencia normativa cuando falta la realización del riesgo. Así, por ejemplo, en los casos anteriores, el hijo no muere como consecuencia del envenenamiento, sino producto de un accidente automovilístico que sufre la ambulancia en la cual está siendo llevado al hospital. De la misma manera, la fuga de los reclusos no se produce por no haberse cerrado las puertas que dan acceso al túnel, sino porque los funcionarios y policías –distintos al policía que no cerró la puerta– encargados de vigilar que los internos se encuentren en su celdas (no fuguen) no impidieron el escape. En estos supuestos, no se discute que el padre y el policía que no cerró la puerta hayan creado un riesgo prohibido, sin embargo, tampoco se puede sostener que los riesgos creados se vean reflejados en un riesgo prohibido. Dicho de otra manera, la muerte del hijo y la fuga de los reclusos no son resultados lesivos que se explican por la creación de los riesgos del padre y el policía respectivamente, pues normativamente no existe ninguna relación. En estos supuestos, la muerte del niño y la fuga de los internos son expresión de creaciones de riesgos que pertenecen a otros centros de imputación. Por lo tanto, las conductas omisivas del padre y del policía que no cerró la puerta no cumplirán la equivalencia normativa de la comisión por omisión y, en consecuencia, no se les podrá imputar (al padre y al policía) la muerte del niño y la fuga de

los reclusos como delitos consumados de parricidio y favorecimiento a la fuga respectivamente.

2.3. Equivalencia normativa a nivel subjetivo en los delitos de organización y de infracción de deber

La equivalencia normativa de los delitos de comisión por omisión, a nivel subjetivo, exige la presencia del tipo subjetivo (dolo o imprudencia). Al respecto, la doctrina mayoritaria sostiene, con razón, que en los delitos de comisión por omisión, el garante debe conocer dos cuestiones fundamentales: por un lado, el garante debe conocer que está infringiendo su deber de garante y, por otro, que, como consecuencia de dicha infracción, está creando riesgos penales prohibidos.

Por tanto, para que exista equivalencia normativa, tanto en los delitos de organización como en los delitos de infracción de deber, es indispensable que el garante de deberes de organización o de deberes institucionales conozca o tenga conciencia del incumplimiento de sus deberes y de los riesgos penales que traen consigo dicho incumplimiento. En otras palabras, debido a la equivalencia normativa que exige el artículo 13 para la configuración de los delitos de comisión por omisión, no es suficiente con que el portador de deberes de organización o institucionales configure la imputación objetiva, sino que, además, debe actuar con dolo o imprudencia. Es decir, no es suficiente la infracción del deber de garantía por parte del obligado, sino que este debe tener conocimiento sobre los riesgos que genera su comportamiento omisivo y de los resultados lesivos que se proyectan de dicha omisión. Por consiguiente, si se infringe el deber de garantía (de organización o institucional) sin tener conocimiento respecto de que se está infringiendo dicho deber o sobre los riesgos que emergen de dicha infracción, no existirá equivalencia normativa y, en consecuencia, el comportamiento omisivo del garante no configurará un delito de comisión por omisión.

III. FUNDAMENTOS Y REQUISITOS NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MIEMBRO DEL DIRECTORIO DE UNA PERSONA JURÍDICA EN LOS CASOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Después de haber diseñado los fundamentos y requisitos normativos de la comisión por omisión –en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber– conforme tanto a lo consagrado por el texto del art. 13 del CP, como por los planteamientos de la moderna literatura jurídico-penal; en este punto, desarrollaremos los elementos normativos que estructuran y fundamentan la responsabilidad penal del directivo de una empresa o persona jurídica en los supuestos que infringe su deber de garante. Para tal fin, en

primer lugar, haremos un análisis esquemático de la posición de garante que ostenta el directivo de una persona jurídica y con ello, las connotaciones jurídico-penales que se derivan de dicha instit ución. En segundo término, analizaremos las competencias normativas que posee el directivo de una persona jurídica (v. gr. una sociedad anónima) y las consecuencias penales que dimanan de la organización defectuosa de dichas competencias.

1. Naturaleza de la posición de garante del miembro directivo de una persona jurídica en el contexto de la dogmática penal

En la doctrina y legislación penales de la actualidad, existe unanimidad al considerar que no todas la personas que se encuentran vinculadas a una persona jurídica son responsables de todos los resultados lesivos que proceden del seno de dicha institución. Al respecto, Jakobs, sostiene que, en la organización de una empresa, no todo es competencia de todos. Efectivamente, en las empresas no todos sus integrantes deben tener cuidado de todo lo que pase en la empresa, sino solo de determinados aspectos de la actividad empresarial. Esto se debe a que, en el contexto jurídico-penal moderno, la responsabilidad penal –como veremos más adelante– se levanta, en varias instituciones, por ejemplo, los ámbitos de competencia, el principio de confianza, el principio de responsabilidad por el propio injusto, etc. Bajo este contexto normativo, los resultados lesivos, que provienen de una persona jurídica, no pueden ni deben imputarse a todas las personas que tienen alguna relación con dicha institución (por ejemplo, propietarios, gerentes, administradores, trabajadores, personal de seguridad, etc.), sino solo a aquellas que, a través de sus defectuosos procesos de organización, han generado y realizado riesgos penales prohibidos. En ese sentido, la responsabilidad penal por los riesgos penales prohibidos que emergen de la actividad de una persona jurídica, recaerá solo en la persona o personas que no han cumplido con los roles y funciones que les compete por ocupar un determinado status dentro de la persona jurídica. En consecuencia, la configuración de la posición de garante del directivo de una persona jurídica (así como las consecuencias penales que se derivan de dicha infracción de garantía) no se realizará de manera colectiva, sino individual. Para tal efecto, es indispensable recurrir no solo a la normatividad que regula las competencias de cada persona dentro de la empresa, sino también a la dogmática penal que se ha pronunciado sobre el tema.

A nivel dogmático, ya hemos visto que la configuración de la posición de garante en los procesos de imputación a aquellas personas que crean riesgos sin representar a personas jurídicas se realiza, principalmente, bien desde la perspectiva material, o desde la óptica formal. Esta es la línea metodológica que utiliza un sector de la doctrina, para configurar la posición de garante del miembro directivo de una persona jurídica. Es decir, la naturaleza

jurídica de dicho instituto también es determinada de manera unidimensional, lo cual significa que unas veces se configurará utilizando criterios materiales y, otras recurriendo a elementos netamente formales. Veamos los planteamientos de cada perspectiva.

1.1. Perspectiva material del deber de garantía que ostenta el directivo de una persona jurídica

Para los partidarios de la óptica material (Tiedemann, Schünemann, Frisch y Silva Sánchez), la posición de garante del directivo de una persona jurídica emana de las funciones de vigilancia que le competen a dicho directivo dentro de la organización y funcionamiento de la empresa(46). A decir de los autores mencionados, el directivo de una empresa tiene deberes de vigilancia o control de las fuentes de peligro que subyacen a sus funciones o competencias (v. gr. ingerencia por un actuar precedente, relación de autoridad sobre sujetos dependientes, etc.). Esta forma de configurar la posición de garante del directivo, implica que este debe haber asumido materialmente, tanto la función de dirección de la empresa, como el dominio de la fuente de riesgo o peligro. Dicho de otro modo, desde la perspectiva indicada, el solo hecho de haber sido nombrado como directivo de una persona jurídica (sin asunción de un dominio real) no es suficiente para fundamentar la posición de garante y, por ende, el deber de controlar los riesgos que traen consigo las actividades empresariales.

Ahora bien, sobre está premisa, un sector doctrinal y jurisprudencial(47) minoritarios otorgan un amplio campo de acción a la posición de garante del empresario directivo que se determina desde la óptica material, con lo cual, la competencia por organización del directivo de una empresa abarcaría deberes de vigilancia sobre las actividades que terceros desarrollan al interior de la persona jurídica, es decir, el directivo de una empresa estaría obligado a controlar los riesgos con relevancia penal que emanan de otros centros de imputación(48). Con esto, los directivos de la empresa estarían compelidos a supervisar todas las actividades que allí se desarrollan, pues de no hacerlo in-

(46) FRISCH, W. "Problemas Fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo"; en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch1, 1996, p. 110.

(47) Es partidario de este punto de vista un pequeño sector de la Jurisprudencia alemana. Cfr. FRISCH, W. "Problemas Fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo"; Ob. cit., p. 111.

(48) Al respecto, véase, FRISCH, W. "Problemas Fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo"; Ob. cit., p. 111.

currirían en la infracción de su deber de garantía y, con ello, serían responsables de las consecuencias penales que acarrea la infracción de dicho deber. Frente a lo sostenido por este sector de la doctrina, cabe señalar, que resulta insostenible el planteamiento que considera que el directivo de una persona jurídica es garante respecto de las actividades que los empleados desarrollan al interior de la empresa. Es inconcebible tomar en serio esta postura, pues la aceptación de este planteamiento implica –entre otras– tres cuestiones fundamentales: a) tratar como inimputables a los administradores, empleados y trabajadores de una empresa; b) convertir al directivo en guardián de todos las personas que conforman parte de la estructura empresarial y; c) violar el principio de responsabilidad por el propio hecho.

a) En lo que concierne a la primera cuestión, es necesario precisar que, el directivo de una persona jurídica solo puede ser garante de los riesgos que crean otras personas si es que estas no son autorresponsables, es decir, si son inimputables. Efectivamente, solo los inimputables –en tanto no poseen capacidad de autodeterminación jurídico-penal– no son responsables por los resultados lesivos que generan sus comportamientos. En estos casos, las creaciones y realizaciones de riesgos prohibidos, con relevancia penal, no se imputan a la persona que materialmente realiza el comportamiento, sino a quienes tienen posición de garante respecto de los sujetos inimputables. Esto pasa, por ejemplo, con el padre respecto de los riesgos prohibidos que generan sus hijos menores de edad; del tutor o curador respecto de los riesgos configurados por los que padecen de graves alteraciones psíquicas (v. gr. la oligofrenia y la imbecilidad). En esa línea, si un padre observa pasivamente como su hijo menor de edad dispara a una persona con una arma de fuego y le causa la muerte, el homicidio no se imputará al niño, sino al padre, debido a que dicho resultado lesivo pertenece a la esfera de organización de este. De la misma manera, si el curador de una persona oligofrénica omite impedir que esta suministre veneno en la tasa de café de un tercero y con ello le priva de su vida, el asesinato se imputará al curador, pues la muerte es expresión de la conducta omisiva del curador. Como se puede observar, en los casos mencionados, desde la perspectiva normativa, el padre y el curador son quienes han creado y realizado los riesgos jurídico-penales de los delitos de homicidio y asesinato respectivamente, pues mediante la infracción de sus deberes de garantes han matado en el sentido de los artículos 106 y 108 del CP.

Sin embargo, con los administradores, empleados o trabajadores de una empresa no se presenta este panorama normativo, puesto que

todas las personas que forman parte del organigrama estructural de la empresa no son inimputables, a contrario sensu, son personas que poseen capacidad de autodeterminación y, por ende, son responsables de los riesgos que emanan de su esfera de competencia u organización. Dicho de otra manera, los administradores, empleados, etc. –pese a que tienen una relación jerarquizada o vertical con los directivos de la empresa– no realizan actividades en calidad de instrumentos o cosas, sino como personas que desempeñan un rol dentro de la actividad de la persona jurídica. Es evidente que las formas de organización social complejas (v. gr., las personas jurídicas) no privan en absoluto a las personas de su capacidad de autorresponsabilidad; es decir, continúan siendo entes a los que se les reconoce libertad organizativa y, por tanto, capacidad jurídico-penal para imputarles los riesgos que genera su comportamiento(49). Si eso es así, las personas que forman parte de la estructura de una empresa –aunque sea cierto que su deber y responsabilidad están condicionados por el status que ocupan dentro de la organización empresarial– se convierten en centro de imputación penal cuando de su competencia organizativa defectuosa emergen riesgos con relevancia penal(50). Así, por ejemplo, si el camarero –estudiante de medicina– de la cadena de restaurantes Mc Donald's sirve comida elaborada con ingredientes tóxicos y con ello causa la muerte de una o varias personas, estos riesgos jurídico-penales prohibidos –al margen de que el directivo o administrador de la cadena de restaurantes ocupan una posición vertical respecto del camarero– no se pueden imputar al directivo o administrador de la persona jurídica mencionada, sino solo al camarero, porque dichos riesgos pertenecen a su competencia de camarero(51).

b) En lo que respecta a la segunda cuestión, convenimos en lo siguiente: hacer garante al directivo de una persona jurídica de los riesgos que emanan de otros ámbitos de competencia, implica convertir al directivo en guardián de todos los trabajadores y empleados que conforman parte de la estructura empresarial. Esto es inconcebible, ya que ello implicaría dos cosas: en primer lugar, se despojaría al directivo de sus funciones y deberes que le han sido encomendadas por la normatividad correspondiente; y, en segundo término, se estaría imponiendo roles y funciones que no son propias

(49) Vid. WALTER. p. 139 y ss. (nota 6).
(50) Vid SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia, 1999, p. 37, nota 3.
(51) Así, en forma detallada, FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona, 2001, p. 220 y ss.

del estatus que ocupa en la estructura de la empresa. Con ello, el directivo empresarial ya no tendría las funciones de dirigir la política de la persona jurídica, sino tutelar que los gerentes, empleados y trabajadores no organicen sus procesos de comunicación laboral en forma defectuosa. En el ejemplo anteriormente señalado, si la muerte de las personas se imputa al directivo o administrador, implicaría aceptar que estos han configurado riesgos penales de homicidio mediante la infracción de sus deberes de garantía que tienen respecto del camarero. No obstante, como veremos más adelante, el directivo o administrador de una persona jurídica no ostenta el deber de garante respecto de los riesgos que solo atañen a la esfera de competencia del trabajador (v. gr. el camarero), pues se trata de la administración de la esfera de organización que compete a toda persona responsable.

c) Relacionada a la objeción anterior, se encuentra la violación del principio de responsabilidad por el propio injusto, puesto que este sector de la doctrina no imputa riesgos jurídico-penales propios, sino ajenos. Esto se debe a que –en la concepción de esta teoría– el fundamento y límites de la imputación penal, en virtud de la infracción del deber de garante, no se construye en torno a los deberes que competen a una persona, sino con base en elementos propios del sistema causal. Esta forma de configurar las imputaciones, restringe las libertades de actuación de los directivos y promueve el actuar imprudente de los administradores o empleados, porque les garantiza: que sus actuaciones imprudentes serán controladas por los directivos, o bien que si no son controladas, se imputarán a otras personas. Ahora bien, como señala Frisch, "dentro de la organización empresarial, no se pueden ejercer las libertades (y las ventajas que resultan de las mismas) y esperar que sean los terceros quienes se preocupen de reducir las posibles dificultades que dicho ejercicio de libertades pueda causar"(52). Con todo ello, el quebrantamiento del principio de responsabilidad por el propio injusto, se corrobora con el aniquilamiento de la división de las funciones laborales o de trabajo existentes dentro de la organización empresarial, pues ya no se valoran los diferentes roles que desempeñan los integrantes de una persona jurídica, sino la relación material con la empresa.

(52) FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo; en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 113.

1.2. Perspectiva formal del deber de garantía que ostenta el directivo de una persona jurídica

Por su parte, los partidarios de la perspectiva formal, sostienen que la posición de garante de la persona que pertenece al directorio de una persona jurídica se configura con base en criterios netamente formales. O sea, bastaría la existencia de una ley(53), un contrato(54), etc. que vincule a una persona natural con el órgano directivo de una empresa, para que aquella, ostente la posición de garante respecto de los riesgos que surgen de la actividad de la persona jurídica. Para esta postura dogmática, la posición de garante del miembro directivo de una empresa no requiere que este haya asumido materialmente la conducción de la persona jurídica, sino únicamente que el miembro se encuentre vinculado formalmente al órgano dirigencial.

Sin embargo, como se ha indicado (*supra* 2.1), la teoría formal de la posición de garante clásica, que en un sentido genérico menciona como fuentes jurídicas de los deberes de garante la ley, el contrato, la injerencia, etc., deja en entredicho el fundamento material de la responsabilidad y tiene, a lo sumo, legitimidad virtual. Además, la concepción formal, también presenta enormes dificultades en la distinción funcional entre deber de garante del protector, que apunta a la tutela de un bien jurídico frente a los peligros externos que le amenazan, y el deber de garante del vigilante, que tiene como contenido el aseguramiento de una fuente de peligro a favor de todos los bienes jurídicos situados fuera de la fuente de peligro. Asimismo, la teoría formal de la posición de garante del directivo, tampoco devela el fundamento de la imputación penal, sino que solo caracteriza el contenido del deber con mayor detalle. Esto, es lo que ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que la distinción realizada por esta teoría es circular, puesto que, el cuidado de una fuente de peligro también es una manera de proteger bienes jurídicos, así como, la protección de estos, una manera de cuidar fuentes de peligro.

De lo manifestado se infiere que, los planteamientos radicales (v. gr., las perspectivas aludidas) no llegan a soluciones satisfactorias cuando se trata de imputar riesgos penales a los directivos de una empresa, en los supuestos que estos infringen los deberes materia de su competencia. Efectivamente, ni la teoría formal, ni la perspectiva material extensiva de la posición de garante,

(53) Quienes admiten la ley como fuente de la posición de garante, tenemos: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Op. Cit.*, p. 387. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. cit., Tomo II, p. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, Kart. Ob. cit., Tomo II, p. 254; aunque su posición trata de conjugar lo formal con la funcional, la cual es compartida por: REATEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., pp. 81-82. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. cit., p. 202. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 757.

(54) Entre los partidarios de este punto de vista se pueden citar: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Ob. cit., p. 387. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. cit., Tomo II, p. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, Kart. Ob. cit., Tomo II. p. 256. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 759.

permiten determinar con eficacia el fundamento de la responsabilidad del directivo de una persona jurídica. Por ello, en lo que sigue, realizaremos un esbozo normativo sobre los criterios que se deben utilizar para fundamentar y delimitar las imputaciones a los directivos de las personas jurídicas, cuando infringen sus deberes competenciales.

2. Postura personal sobre el fundamento y límites normativos de la posición de garante en los supuestos que el directivo de una empresa ostenta deberes de organización

Desde nuestra perspectiva, la configuración de los delitos de omisión, cuando los directivos de una empresa ostentan deberes de organización, debe realizarse en virtud a tres requisitos: l**a existencia de un deber de garantía, que el ostentador del deber de garante no haya contribuido a la evitación del resultado mediante el cumplimiento de su deber, y que exista una relación normativa entre la omisión del deber de garante y la configuración de los riesgos penales**(55); sin embargo, como ya hemos visto, la jurisprudencia penal no sigue dicha línea de análisis. Por eso, la ciencia penal debe tomarse en serio los procesos de imputación que se fundamentan en las creaciones y realizaciones de riesgos como consecuencia de la infracción del deber de garantía que competen a los directivos, empleados o trabajadores de una persona jurídica. En ese contexto, los procesos de imputación penal ya no deben configurarse solo con base en elementos ontológicos (por ejemplo, la persona y su vínculo formal con el deber, pero aislada del contexto social; o la relación de causalidad existente entre el resultado lesivo y la conducta omisiva). Por el contrario, la naturaleza del deber de garante (y su infracción) así como las imputaciones penales de los directivos de una empresa necesitan fundamentarse en elementos normativos (formales y materiales), pues los meros elementos ontológicos, aisladamente considerados, representan el mismo valor que los lentes tienen para un ciego en medio de la oscuridad. De acuerdo con lo dicho, la naturaleza normativa de la posición de garantía de los directivos o administradores –y en general de todos los trabajadores– y las imputaciones que se configuran al infringirse el deber de garantía deben estructurarse en base a dos instituciones normativas: la naturaleza y ámbitos normativos de los deberes que competen a las personas que forman parte del organigrama y funcionamiento de la empresa(56) y; el principio de responsabilidad por el propio injusto.

(55) En el mismo sentido FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 110.

(56) Así, FRISCH, sostiene que: "(...) el auténtico fundamento normativo de la posición de garante estriba en la ponderación de intereses. Dicha ponderación pretende responder a la pregunta acerca de quién

Decimos que las imputaciones jurídico-penales de las personas que forman parte de la estructura organizativa de una persona jurídica deben levantarse sobre la naturaleza de los deberes que les competen de acuerdo al status que ocupan en la pirámide de la estructura empresarial por las siguientes consideraciones. En primer lugar, se debe precisar que, a través de la identificación del tipo de deberes que competen a una persona, se logra descifrar la clase de responsabilidad penal que configura el infractor del deber de garantía, o lo que es lo mismo, permite desentrañar si con la comisión por omisión, el sujeto ha fundamentado un delito de organización o de infracción de deber, y con ello, la configuración formal o material de los riesgos penales prohibidos. En segundo lugar, el principio de responsabilidad por el hecho propio injusto, garantiza que los procesos de imputación penal, en el seno de las actividades empresariales, se realicen en forma individual, mas no colectiva.

Dicho esto, es necesario señalar que en la organización empresarial existen deberes de organización personal y deberes institucionales. Los deberes de organización son inherentes a todas las personas que forman parte de la organización de la persona jurídica, mientras que los deberes institucionales solo competen a ciertas personas en un determinado contexto. Por tanto, la correcta configuración de la naturaleza y límites normativos de la posición de garante del directivo de una persona jurídica se encuentra condicionada por la clase de deberes que este ostenta en la empresa. La infracción de deberes de organización –a nivel penal– da origen a los denominados delitos de organización o de dominio del hecho, mientras que la infracción de los deberes institucionales configura los delitos de infracción de deber. Con ello, la configuración de la posición de garante en un delito de organización es distinta en relación con la configuración de la posición de garante de un delito de infracción de deber.

Ahora bien, como lo que nos interesa es dilucidar los pormenores de los items formulados en el apartado (I) no es lugar ni momento para pronunciarnos pormenorizadamente sobre la configuración normativa de todas las competencias penales que pertenecen al directivo de una persona jurídica. Dicho de otra manera, en lo que sigue no nos detendremos a analizar la forma cómo se configuran las imputaciones penales cuando el directivo de una persona jurídica infringe sus deberes de organización y/o sus deberes institucionales. En

es especialmente competente, de acuerdo con los principios de distribución adecuada de libertades y de cargas (y a parte de lo que constituya deberes de solidaridad general), para determinar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para bienes jurídicos de terceros". FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 112.

los items posteriores de este apartado, solo analizaremos la naturaleza y límites normativos de las imputaciones penales en los supuestos que el directivo de una empresa infringe sus deberes de organización, mas no cuando infringe sus deberes institucionales. Esto se debe, a dos consideraciones: primero: se debe destacar –tal como lo expresa el título del presente trabajo– que el contenido de este artículo se refiere al fundamento y requisitos normativos de las imputaciones que incumben al directivo de una empresa cuando este infringe sus deberes de organización; segundo: existe una imposibilidad material, pues, en un comentario de esta naturaleza, no es recomendable científicamente desarrollar un análisis de la responsabilidad del directivo de una persona jurídica en virtud de la infracción de deberes institucionales. Pero, si existiese alguna necesidad de hacer referencia a los deberes positivos, basta con dar una mirada a lo señalado en el apartado1.2.

2.1. Naturaleza y ámbitos normativos de los deberes que competen a las personas que forman parte del organigrama y funcionamiento de la empresa

Como ya hemos referido en líneas anteriores, la naturaleza y los límites normativos de los deberes que competen a una persona que se encuentra vinculada a la estructura y organización de una persona jurídica se configura en virtud del estatus que ocupa en dicha estructura empresarial. Bajo dicha perspectiva, cuando desde el seno de una organización empresarial, se crean y realizan riesgos penales prohibidos, la posible responsabilidad penal (dolosa o imprudente) se debe configurar atendiendo a la estructura de la organización empresarial y a los roles que competen a las personas en función de su status. Esta forma de fundamentación y limitación normativas permiten que los institutos que estructuran y fundamentan la connotación penal (v. gr. la posición de garante y la equivalencia normativa) de los delitos de comisión por omisión no se determinen en forma arbitraria, sino dentro del contexto de la sistemática y la seguridad jurídica.

De lo señalado, se infiere que para determinar correctamente los deberes –en otras palabras, los ámbitos de organización– del directivo de una empresa y, con ello, la connotación jurídico-penal de los riesgos que surgen de dichas competencias, es necesario reparar en la división del trabajo y en el principio de confianza. La división del trabajo –en tanto delimita las distintas competencias y los riesgos que pertenecen a ellas– impide imputar dichos resultados a quienes no tienen vínculo jurídico de vigilancia respecto de ciertas actividades empresariales. Pero, la determinación de competencias en el seno de toda organización y actividad empresarial, no puede ser configurada solo en virtud de la división del trabajo, sino que necesita el complemento de otro instituto de la misma importancia, el principio de confianza.

De nada servirían la división del trabajo y los ámbitos de competencia, si no existiese el principio de confianza, puesto que sería imposible llevar adelante las distintas actividades empresariales si no se confía en las personas entre quienes se divide el trabajo. Estas ideas generales, se hacen presentes cuando se trata de determinar la posición de garante –y por tanto, las competencias penales– de los directivos de una persona jurídica. A continuación, nos ocuparemos los institutos mencionados y sus implicancias penales dentro de los delitos de organización cometido por un directivo de la empresa.

a) Connotación jurídico-penal de los deberes de organización que competen a los directivos de una persona jurídica en virtud de la división del trabajo

En primer lugar, hay que precisar que –con razón– la doctrina mayoritaria(57) considera que, en los delitos de organización, el fundamento, los requisitos y los límites normativos de la posición de garante del directivo de una empresa es de índole material. Al margen de lo señalado, es necesario dilucidar el por qué la connotación material de la posición de garante de un directivo empresarial. Veamos:

Dentro de la organización empresarial, la posición de garante original es asumida por los directivos(58), sin embargo, luego esta posición de garante es delegada o transferida a otras personas. Esta delegación de la posición de garantía, se da en forma horizontal y en forma vertical. Será de carácter horizontal, cuando la delegación se realiza a personas que tienen el mismo status, esto es, que ocupan el mismo nivel en la estructura organizativa de la empresa (v. gr. un directivo respecto de otro directivo, un gerente respecto de otro gerente, etc.). Por el contrario, la delegación de competencias será de carácter vertical, cuando se realiza respecto de personas que tienen una jerarquía menor, es decir, cuando la persona a quien se delega el cumplimiento del deber, ostenta un status de menor jerarquía que la persona delegante (v. gr. directivo-gerente, gerente-empleado, empleado-trabajador, etc.). Ahora bien, en el ámbito de las organizaciones empresariales, la delegación de deberes implica dos cosas: por un lado, la transformación de competencias y, por otro, la restricción de competencias.

En lo que respecta a la primera cuestión, la división del trabajo trae consigo la generación de nuevos deberes de quienes ocupan la cúspide de la pirámide estructural de la organización empresarial. Esto no es otra cosa que,

(57) Para más detalles, FRISCH. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo; en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, 1996, p. 111 y ss.

(58) Ídem.

la sustitución de la idea de que, el directivo tiene el dominio sobre todo lo que pasa en la empresa por la idea de competencia, esto es, cada nivel de la empresa detenta competencias diferentes que generan fundamentos distintos de la responsabilidad penal. En esa línea, cuanto mayor es la división y especialización del trabajo, más generales son los deberes de los directivos o gerentes de una persona jurídica, con lo cual, los niveles superiores de la empresa solo responden si no han cumplido con dichos deberes de organización. Efectivamente, en las organizaciones empresariales los altos dirigentes, solo tienen deberes generales, por ejemplo, la planificación y coordinación de las políticas generales de mediano y largo plazo, el nombramiento de los administradores(59), etc. En el mismo sentido, las políticas de organización de la empresa, la administración de las diversas actividades, etc. pertenecen a otras esferas de competencia (los administradores). Con ello, los directivos de una persona jurídica no responden jurídico-penalmente por los riesgos penales que emanan de los otros niveles de la pirámide organizativa empresarial, ya que dichos riesgos no pertenecen a la competencia de los directivos(60). Dicho de otro modo, la solución de los riesgos jurídico-penales que emanan del interior de una persona jurídica, no pasa por imputar todos estos riesgos a las personas que ocupan el vértice superior de la pirámide organizativa por el solo hecho de tener dicho estatus(61), sino en la determinación de competencias organizativas y asunción de las consecuencias por los riesgos que emergen de dicha organización. Con esto, los directivos de una

(59) Cfr. FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. Ob. cit., p. 115.

(60) Este es el criterio que ha seguido la SAP de Badajoz [sección 1ª] del 14 de febrero de 2006. Aquí se declara la absolución de la representante legal de unos laboratorios que era gerente de una sociedad limitada con funciones de gestión y comercialización en el nivel superior por la comisión imprudente del artículo 364.1 CP español y por un delito de lesiones imprudentes. La argumentación que esboza la Sala Penal española sigue la misma línea de análisis que las ideas que exponemos líneas arriba. Al respecto, la Sala de Badajoz, señala: "el resultado disvalioso propio del delito que estudiamos no puede ser imputable a todos aquellos sujetos que por ostentar facultades representativas y de alguna manera participar de la actividad arriesgada, están involucrados en la misma. Se hace preciso, y el caso concreto que enjuiciamos puede ser ejemplo estereotipado al respecto, la distribución de roles, la determinación de deberes de control de peligro y la delimitación de responsabilidades (...). No es el caso presente, en que, como se dice, la empresa disponía de un Director Técnico, en posesión de título y especializados conocimientos para llevar a efecto específicos cometidos y asumir las correspondientes y directas responsabilidades, que son las que en la vía penal, este Tribunal de enjuiciamiento debe tener en consideración".

(61) Al respecto, FRISCH señala que: "La posición [del órgano directivo] en el negocio es evidentemente relevante, en la medida en que implica poder de dirección, y, con ello, posibilidades de actuación; pero no proporciona un fundamento para el reconocimiento de un deber jurídico frente a los bienes de terceros, sino que, por el contrario, exige la previa existencia de este, indicando a lo sumo algo acerca de la competencia primaria para la asunción del deber". Cfr. FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. Ob. cit., p. 112.

empresa serán competentes por los riesgos que surjan de las políticas generales materia de su competencia, mientras que los riesgos que dimanan de los ámbitos de organización de staus intermedios o inferiores serán atribuidos a estos, debido a que son ellos quienes toman las decisiones relevantes y disponen de la información decisiva respecto de la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos(62).

Pero, la división del trabajo, dentro de las organizaciones empresariales, no solo transforma los deberes del directivo trasladando parte de sus competencias a otras personas; sino también restringe los deberes del directivo no delegados. Nos referimos a los deberes de supervisión y control que tiene el directivo de una persona jurídica respecto de las actividades que se desarrollan al interior de la organización empresarial. No cabe duda de que los funcionarios directivos de las empresas tienen ciertos deberes de vigilancia respecto de algunas actividades que se encuentran a cargo de otras personas, puesto que quienes ocupan los status más bajos, generalmente, desempeñan funciones de ejecución dadas por los superiores. Así, por ejemplo, los directivos tienen el deber de supervisar que la empresa esté organizada correctamente (v. gr., que no haya lagunas de información o de comunicación, etc.). Sin embargo, la existencia de este deber de vigilancia no significa que el directivo es garante de todas las actividades que se realizan dentro de la organización empresarial, ya que eso significaría –como ya lo hemos señalado anteriormente–, por un lado, la aceptación de que las personas que forman parte de la pirámide organizativa empresarial –excepto los directivos– no poseen capacidad de autodeterminación, por otro, la imposibilidad de dividir el trabajo (= inactividad de la empresa), o lo que es lo mismo, la extinción de la persona jurídica(63). Como ya se precisó, los deberes de vigilancia o supervisión de los directivos de una persona jurídica tienen límites, por lo tanto, no están obligados a supervisar todas las actividades que se desarrollan en la empresa. Esto es correcto, pues resulta fuera de lugar o excesivo(64) que los directivos supervisen

(62) Vid. BOSCH. p. 12, nota 4.

(63) Efectivamente, si al directivo de una persona jurídica se exige deberes de vigilancia respecto de todos los riesgos que traen consigo las actividades empresariales, no queda otra alternativa que aceptar la inactividad o extinción de la persona jurídica. Si la división del trabajo y la organización de la empresa se debe a que es imposible que una persona [por ejemplo, el directivo] se encargue de controlar las diversas actividades, entonces es inaudito exigir al directivo que controle los riesgos que emergen de las actividades que son desarrolladas por sujetos responsables. Dicha exigencia impide la división del trabajo y, por tanto, la inactividad de la empresa.

(64) En la misma línea, FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. [Coordinadores]. Ob. cit., p. 118. "Exigir el control o la vigilancia activa de todas las fuentes de peligro sería exigirle a la empresa en exceso. Por tanto, hay que dejar de exigir, al órgano de la empresa, los peligros relativamente lejanos, con los que no puede contar, v. gr. la actividad de los administradores".

los riesgos que dimanan de otras esferas de organización, por ejemplo, la de los administradores, empleados o trabajadores. Si dentro de la pirámide organizativa de la empresa, cada persona posee una competencia de acuerdo al estatus que ocupa, entonces jurídicamente cada quien es garante y responsable por los riesgos que pertenecen a su esfera de competencia.

A partir de esta idea, hay que señalar que dentro de la organización de una empresa existen ámbitos completamente diferenciados que funcionan de forma autónoma o independiente(65). Dicho de forma gráfica, los encargados de la publicidad no se tienen que ocupar de lo que hacen los de producción y estos, a su vez, no tienen que estar pendientes de si los encargados del departamento de contabilidad llevan bien las cuentas. Así, por ejemplo, si en una unidad de cadena de producción fabrican un buen producto, pero saben que la publicidad es engañosa porque hace creer que el producto tiene más características de las que carece (v. gr., en la publicidad se dice y hace creer al consumidor que unas papas fritas están hechas con aceite de oliva cuando solo lo es en un 2 % del aceite utilizado), la posible responsabilidad penal por dicha publicidad engañosa se restringe solo a los encargados de dicho departamento. Hay que tener en cuenta que este fenómeno de la existencia de claros ámbitos de organización y responsabilidad provoca que aunque alguien sepa o pudiera saber que está favoreciendo causalmente una conducta delictiva, no se le podrá imputar el hecho delictivo mientras no tenga nada que ver con su ámbito de competencia dentro de la empresa, esto implica que, su comportamiento no adquiere connotación jurídico-penal mientras se trate de sucesos con los que no debe tener cuidado alguno. No puede ser de otro modo, porque en la empresa no todos sus integrantes están obligados a vigilar todas las actividades que allí se desarrollan, sino solo de determinados aspectos de la actividad, aquellos que pertenecen a su esfera de competencia u organización. Así, por ejemplo, los trabajadores de una empresa que cargan mercancía en los camiones pertenecientes a dicha persona jurídica, sabiendo que sus conductores están obligados por la empresa a realizar una conducción temerariamente rápida durante el traslado de la mercancía, no responden por el accidente que se pueda producir.

De lo acabado de mencionar, se infiere que la regla general es: los directivos de una persona jurídica no son competentes por los riesgos penales que se derivan de las organizaciones defectuosas de los administradores, empleados, etc. No obstante, como sucede con todas las reglas de validez general,

(65) Al respecto, CUADRADO RUIZ, con acierto sostiene: "La administración es un medio de actuación autónomo, puesto que no está obligado a seguir las instrucciones de la Junta General de Accionistas, más que en la medida en que puedan servir para formarse el propio juicio para actuar con diligencia y al servicio de los intereses sociales". Cfr. CUADRADO RUIZ, Mª. A. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 110.

esta máxima no se cumple en todos los casos. Existe un pequeño grupo de supuestos en los cuales el directivo, el administrador, etc., sí son competentes por los riesgos que devienen de los comportamientos de sus subordinados: se trata de aquellos casos en los que el subordinado solo ejecuta las decisiones del superior y de los supuestos en los que el directivo asume la gestión de vigilar las actividades que realizan los subordinados. Como ejemplo del primer grupo se puede citar el siguiente caso: el administrador de una empresa envasadora de gas ordena que se entreguen a los distribuidores balones que tienen deficiencias de ensamblaje. Bajo la perspectiva esbozada, si las deficiencias que presentan los balones de gas producen lesiones en los consumidores, dichos riesgos prohibidos no se imputarán a los trabajadores que fácticamente pusieron los balones de gas al servicio del público, sino al administrador(66) que ordenó la distribución. Aquí, la imputación a la esfera de organización del directivo, se debe a que el comportamiento ejecutivo del dependiente forma parte de la esfera de competencia del superior; pues es irrelevante para el Derecho Penal que, fácticamente, los riesgos penales hayan sido configurados por los dependientes; lo que importa es el ámbito de organización o competencia y, desde esa óptica, los resultados lesivos pertenecen a la esfera de organización del directivo o administrador(67). Por su parte, la imputación de riesgos generados por terceros –los subordinados– a la esfera de competencia del directivo, debido a que este último omite sus deberes de vigilancia, sobre las actividades de sus subordinados se presenta cuando, habiendo asumido materialmente la vigilancia, el directivo incumple dicho deber. Así, por ejemplo, el directivo de una persona jurídica tiene elementos razonables de que el administrador o los empleados lavan dinero para aumentar los activos de la empresa. En este supuesto, los riesgos penales pertenecen a la esfera de organización del directivo, debido a que ha incumplido con sus deberes de supervisión y control de las actividades empresariales que le competen en calidad de directivo. No debemos olvidar, que uno de los deberes del directivo es diseñar, controlar y supervisar el correcto desarrollo de las políticas económicas de la empresa, lo cual abarca la vigilancia de las actividades de los subordinados que pertenecen a su esfera de competencia. En los dos supuestos mencionados, los hechos –desde la perspectiva normativa– no pertenecen a los subordinados, sino a los directivos. No obstante, si el hecho realizado por el dependiente no se corresponde con la organización

(66) En el mismo sentido, se pronuncia CUADRADO RUIZ, Mª. A. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 92 y ss.

(67) CUADRADO RUIZ, Mª. A. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 110. Esta autora señala que: "La posición jurídica del administrador aparece predeterminada por la propia Ley al fijar sus competencias y el deber genérico de diligencia en el ejercicio de las mismas".

dispuesta por el directivo, los riesgos penales que genere el comportamiento del subordinado no forman parte de la competencia del directivo, sino del que realiza el comportamiento, del dependiente(68).

De lo dicho hasta aquí, en relación a la división del trabajo, se concluye que cada persona (v. gr., directivo, administrador, empleado, trabajador, etc.) solo es responsable por los riesgos que pertenecen a su actividad o status que ocupa dentro del organigrama empresarial. Dicho de otra manera, cada persona que desempeña una determinada actividad dentro de la empresa, solo responde por los riesgos que genera dicha actividad, cuando es realizada en forma defectuosa; es decir, únicamente responde por las connotaciones penales que se derivan de un actuar fuera del riesgo permitido. En los demás casos, los directivos no pueden ser objetos de imputación penal alguna, ya que si desarrollan su actividad o desempeñan su rol dentro del riesgo permitido, los resultados lesivos que se produzcan, solo serán tomados como meras desgracias o se imputarán a quienes han infringido su rol o competencia (por ejemplo, los administradores, los empleados y los trabajadores).

b) Connotación jurídico-penal de los deberes de organización que competen a los directivos de una persona jurídica en virtud del principio de confianza

Para dilucidar correctamente el contenido y consecuencias jurídico-penales del principio de confianza es necesario precisar anteladamente tres cuestiones fundamentales: en primer lugar, hay que señalar que "en un Estado de Derecho no impera, como principio que orienta las relaciones sociales, un principio de desconfianza, sino, por el contrario, el principio de confianza, es decir, que el otro respetará las normas que guían la vida en comunidad"(69). En segundo lugar, no se debe dejar de tomar en cuenta que el contenido y las funciones del principio de confianza, tienen el mismo fin que el Derecho Penal: tanto el Derecho Penal como el principio de confianza buscan asegurar la confianza general en la normas penales y el respeto de las mismas(70). Efectivamente, actuar bajo el amparo del principio de confianza se debe a que el ordenamiento jurídico debe garantizar o estabilizar ciertas expectativas o reglas de comportamiento que permitan saber, en una determinada situa-

(68) Esto se debe a que, como dice FEIJOO SÁNCHEZ, en la división vertical del trabajo el principio de confianza también juega un papel de suma importancia, puesto que el que ocupa la posición superior puede confiar en principio en que sus instrucciones serán seguidas". Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas". En: *Imputación objetiva en Derecho penal.* Ob. cit., p. 305.

(69) Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas". En: *Imputación objetiva en Derecho Penal.* Ob. cit., p. 281 y ss.

(70) Ibídem, p. 279.

ción, lo que se puede esperar de los otros participantes en el sistema social y lo que esperan estos de nosotros (por ejemplo, lo que esperan los directivos de los administradores, empleados, etc. y viceversa). En tercer lugar, se debe resaltar las consideraciones de naturaleza práctica que subyacen al instituto sub examine: el principio de confianza, por un lado, permite la extensión de las posibilidades de libertad de actuación (v. gr., en la empresa, mayor productividad cuantitativa y cualitativamente), por otro, el favorecimiento de ciertos contactos sociales de carácter anónimo y, con ello, el impulso de actividades o prestaciones de valor general y específica que de otra manera sería imposible desarrollar.

A partir de lo manifestado, sostenemos que el principio de confianza –como instituto fundamentador y delimitador de todo ámbito de organización jurídica(71)– encuentra su razón de ser en la capacidad de autodeterminación y autorresponsabilidad de los ciudadanos que conforman una comunidad. Veamos porqué: todo Estado de derecho queda configurado sobre la base del principio de autonomía (presupuesto que sus ciudadanos son autorresponsables)(72). Formulado de otra manera, los fundamentos del modelo de Estado descrito, exigen que se respete la dignidad de sus ciudadanos(73), lo cual implica que las personas deben ser reconocidas como integrantes del sistema social y, para ello, es indispensable que a las personas se les reconozca un ámbito de autodeterminación y autorresponsabilidad(74). Ahora bien, el respeto de la esfera de organización, no puede llevarse a cabo, si no se concibe al ciudadano como persona responsable y dispuesto a comportarse de acuerdo con las normas, es decir, con una visión de los otros como individuos racionales y con una motivación respetuosa del Derecho. Esta disposición a respetar las normas (capacidad de autodeterminación + capacidad de autorresponsabilidad = principio de confianza) se convierte así en un presupuesto fundamental e irrenunciable del estatus de ciudadano, del estatus de persona y, por tanto, de la fundamentación y delimitación de las esferas de organización no solo en el ámbito del Derecho Penal, sino de todo el Derecho(75).

(71) Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ señala que el principio de confianza no es netamente un principio del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas". En: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2002, pp. 277-337.

(72) FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas". En: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Ob. cit., p. 283.

(73) Cfr. el art. 1 de la Constitución peruana de 1993.

(74) Ibidem.

(75) FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas". En: *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 284.

Conforme esta perspectiva, en las estructuras empresariales, el principio de confianza estará vigente en cada proceso de comunicación o actividad que se desarrolla dentro de la empresa. Es el principio de confianza el que ha permitido el desarrollo empresarial e industrial, debido a que gracias a este instituto las personas jurídicas han podido dividir y estructurar su organización, con lo cual han alcanzado cada vez mayor productividad y eficacia. La confianza que tienen los directivos en que las personas desarrollarán sus actividades conforme a las normas, es lo que ha llevado a estos a contratar a administradores, empleados y trabajadores. Si no fuera por el principio de confianza (esto es, si no se confiara en las otras personas), no hubiese sido posible el desarrollo de las actividades empresariales, ya que los directivos no hubiesen contratado administradores, empleados y trabajadores, porque no se puede contratar a personas que se cree se comportan en contra de las normas.

Dentro de la dogmática jurídico-penal, el principio de confianza, es un instituto que sirve para determinar los límites del deber de garante que le competen a una persona, sobre todo frente a la infracción imprudente del deber de garantía realizada por terceros igualmente autorresponsables(76). De esto se infiere que, el principio de confianza, opera en todas las "direcciones" afectando las relaciones horizontales y verticales, y a comportamientos de terceros tanto si son anteriores como si son coetáneos o como si son posteriores(77). Dicho esto, se hace indispensable responder tres interrogantes: ¿Cuándo una persona actúa amparado por el principio de confianza? y ¿hasta dónde una persona puede confiar legítimamente en que las otras personas actuarán respetando las normas? y ¿cuál es la consecuencia jurídico-penal que se deriva de actuar amparado por la vigencia del principio de confianza?

La respuesta a la primera interrogante es la siguiente: un ciudadano actúa amparado por el principio de confianza cuando la persona que confía se comporta de acuerdo a Derecho. Efectivamente, el principio de confianza ampara a la persona que confía, siempre que esta cumpla con respetar las normas; esto implica que quien no se comporta jurídicamente no puede confiar en que los otros ciudadanos (de estatus superior o inferior) organizarán sus comportamientos dirigidos a evitar resultados lesivos creados por su propia esfera de competencia. Según esta perspectiva, un automovilista que conduce su carro respetando las normas del tráfico rodado, actúa bajo el imperio del principio de confianza, puesto que racionalmente confía en que los otros conductores o peatones no van a cruzar la pista cuando se encuentra activada la luz roja del semáforo. En lo concerniente a la segunda interrogante, la

(76) Ibídem, pp. 298 y 299.
(77) Ibídem, p. 302.

respuesta es: una persona puede confiar en que los otros ciudadanos se comportarán de acuerdo a Derecho en la medida que no sea consciente de la actuación antijurídica de los sujetos en quienes confía, esto implica dos cosas: por un lado, el sujeto que confía debe comportarse dentro del riesgo permitido, por otro, no debe tener indicios acerca de que los terceros muy probablemente actuarán en forma delictuosa. Así, por ejemplo, actuará amparado por el principio de confianza el médico que, sin tener indicios acerca del comportamiento antijurídico de la enfermera, ordena a esta que suministre una anestesia al paciente para que le practiquen una operación quirúrgica. Si la enfermera, imprudentemente, suministra algo distinto y a consecuencia de ello el paciente muere, este resultado lesivo no se le puede imputar a la esfera de competencia del médico, puesto que este –en virtud del principio de confianza– no ha infringido ningún deber que le compete. Por el contrario, un médico no puede confiar en que la enfermera suministrará al paciente el medicamento que él (médico) ha indicado cuando observa que aquella se encuentra en estado de ebriedad. Así, si la enfermera suministra un medicamento distinto y con ello lesiona, el médico no podrá ampararse en el principio de confianza, debido a que le fue asequible el comportamiento antijurídico del tercero. Por último, la respuesta sobre la consecuencia jurídico-penal que trae consigo la actuación bajo el imperio del principio de confianza, es que quien se comporta adecuadamente, no tiene que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas(78). En otros términos, quien se comporta respetando las normas jurídico-penales no es competente por los riesgos que pertenecen a esferas de organización ajenas (no se les puede imputar riesgos penales)(79).

En ese contexto, todo lo que se ha dicho respecto del principio de confianza se puede aplicar al ámbito de la organización empresarial y, por ende, no hay ningún inconveniente normativo para que las reglas del principio de confianza se apliquen cuando se trata de determinar la esfera de competencia penal del directivo o del administrador de una persona jurídica(80). Analice-

(78) Ibídem, p. 291.

(79) En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Penal de Badajoz del 14 de febrero de 2006, la cual señala que: "Conforme al principio de confianza, con carácter general no se responde por la falta de cuidado ajeno, sino que el Derecho autoriza a confiar en que los otros –con específicas funciones y responsabilidades en el concreto aspecto o cometido generador del riesgo– cumplirán sus deberes de cuidado, esto es, el principio de confianza excluye la imputación objetiva del resultado producido por quien ha obrado al amparo de aquella confianza en el cumplimiento del deber ajeno".

(80) Sobre el principio de confianza en supuestos de reparto de tareas en el ámbito empresarial Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Revista de Derecho penal y criminología*. 2ª época, Nº 1, 2000, p. 93 y ss. En el mismo sentido, se pronuncia la Sala Penal de Badajoz, en su Sentencia del 14 de febrero de 2006. Aquí, se señala que como complemento del principio de división del trabajo, el principio de confianza es un

mos brevemente. En las organizaciones empresariales, para llevar adelante y correctamente las actividades de la empresa, los directivos suelen encargar dichas actividades a otras personas. Es decir, parte de las actividades riesgosas de la persona jurídica, no las gestiona el propio directivo o administrador, sino que –por cuestiones de funcionalidad– las divide o encomienda a otras personas igualmente racionales. Ahora bien, en virtud de lo señalado anteriormente, el nivel de confianza permitido en el ámbito de la empresa depende tanto del plano en el que se mueva una persona como del status que ocupe dentro de la organización. Con ello, queremos decir que, el nivel de confianza, no es igual para todos los que forman parte de la organización empresarial. Esto es consecuencia de que, los deberes que generan responsabilidad penal dependen de la posición que se ostente dentro de la empresa.

Con esta división de las actividades de la empresa, el directivo o administrador de la persona jurídica que delega la actividad, transforma su ámbito de competencia original, restringiendo los límites de la competencia que poseía inicialmente; esto se debe a que –en virtud de la delegación– el directivo o administrador traslada la competencia a otro centro de imputación, esto es, se libera de los riesgos transferidos. En esa línea, el administrador de una persona jurídica se libera de los deberes específicos que ha encargado realizar a un especialista. Así, por ejemplo, el administrador de una empresa no es competente por los riesgos jurídico-penales que derivan de la organización defectuosa del ingeniero que ha contratado (v. gr. el ingeniero químico de una cervecería –contratado para supervisar la calidad de la cerveza– omite verificar el buen estado del producto, provocando una epidemia contra la salud de los consumidores). En este caso, los riesgos jurídico-penales que emergen de la mala organización del ingeniero químico no tienen ninguna implicancia en los administradores de la fábrica de cerveza(81). En ese mismo

criterio que sirve para determinara los ámbitos de competencia en el seno de la organización de una empresa y, por ende, los deberes de vigilancia y cuidado que competen a cada esfera de organización. En esta sentencia se utiliza el principio de confianza para delimitar las esferas de competencia de los directivos, administradores, representante legal, supervisor técnico, farmacéuticos, biólogos, etc. que formaban parte de la estructura organizativa de un laboratorio.

(81) En la jurisprudencia española se ha presentado un supuesto similar. Se trata del caso del laboratorio TEGOR. La Sentencia de la Sala Penal de Badajoz emitida el 14 de febrero de 2006, declara la absolución de la representante legal del laboratorio TEGOR que era gerente de una sociedad limitada con funciones de gestión y comercialización en el nivel superior. Las imputaciones de las que se absuelve a la representante legal es haber configurado la conducta imprudente del artículo 364.1 CP español y el delito de lesiones culposas. Entre otras cosas, la Sala Penal de Badajoz sustenta que el objeto de la sociedad es la elaboración de medicamentos, o productos complemento de dietas, cuya realización material se lleva a cabo por técnicos sanitarios, como farmacéuticos, biólogos, médicos, etc., mas no por la representante legal. Agrega, que la legislación en materia de sanidad, exige la presencia de un técnico de laboratorio, con unos específicos cometidos y responsabilidades. Si en el caso del laboratorio Tegor se cumplió con la contratación de la mencionada figura, la empresa contaba, por tanto, con un Director técnico responsable de la fabricación y del control

sentido, el directivo de una persona jurídica no es competente por los riesgos jurídico-penales que emergen de la esfera de competencia del administrador. Por ejemplo, el directivo de una persona jurídica contrata a un administrador para que se encargue de gestionar la licencia de funcionamiento del local (restaurante). Aquí, el directivo de la cadena de restaurantes (por ejemplo, pollería Pardos) no es competente por los riesgos jurídico-penales que emergen de la organización defectuosa del administrador(82) (v. gr., falsificación de la licencia de funcionamiento, etc.). En este supuesto, los riesgos jurídico-penales del delito de falsificación de documentos no competen al directivo, sino solo al administrador.

Lo dicho, encuentra su fundamento en el hecho que, el principio de confianza tiene vigencia no solo a nivel horizontal, sino también a nivel vertical. Si bien es cierto que el principio de confianza no tiene la misma eficacia en las relaciones horizontales y verticales, se debe tener en cuenta que el principio de confianza es válido tanto para los que ocupan una posición superior (persona delegante) como para las personas que ostentan una posición subordinada dentro la organización empresarial. En otras palabras, el Derecho ampara no solo la confianza racional que deposita el subordinado en el superior, sino también la confianza que mantiene el que ocupa un status superior (v. gr. el directivo de una persona jurídica) en el que desempeña una labor subordinada (por ejemplo, el administrador o empleado). Por tanto, el directivo de una persona jurídica, no es competente por los riesgos que emergen de las esferas de organización pertenecientes a otros centros de imputación, cuando se encuentra amparado por el principio de confianza. Esto se debe –como ya dejamos sentado– a que la consecuencia jurídico-penal respecto del directivo que actúa confiando racional y legítimamente en que los administradores, empleados y trabajadores desarrollarán sus funciones respetando las normas que rigen dichas actividades, está exento de cualquier tipo de imputación.

2.2. Principio de responsabilidad por el propio injusto y delimitación de las competencias penales en los casos que el directivo de una persona jurídica infringe sus deberes de organización

Proclamado el papel que desempeñan la división del trabajo y el principio de confianza en la configuración de competencias de las personas que

de calidad. De esto concluye la Sala penal de Badajoz, que el representante legal no tiene ninguna responsabilidad penal.

(82) En el mismo sentido, falla la STS del 20 de enero del año 2001 cuando se pronuncia por la irresponsabilidad penal en el marco de distribución y venta al por menor de productos cárnicos en supuestos de ignorancia de que las reses en origen habían sido tratadas con sustancias prohibidas como el clembuterol.

forman parte de la organización de una empresa, es el momento de dar respuesta a una nueva interrogante ¿cómo se configura el injusto penal del directivo de una persona jurídica? Dicho de otra manera ¿La imputación de los riesgos penales que se realizan al directivo de una persona jurídica solo abarca el propio injusto o también injustos ajenos? Al respecto, sostenemos que la responsabilidad penal del directivo –como sucede con todas las imputaciones que se realizan en un Estado de Derecho– se configura en virtud de dos instituciones fundamentales: **a) el principio de autorresponsabilidad**(83) y **b) el principio de responsabilidad por el propio injusto**. En lo que sigue, nos referiremos a estas categorías.

a) Principio de autorresponsabilidad

La capacidad de autorresponsabilidad –de manera explícita o implícita(84)– siempre ha sido utilizada para fundamentar la construcción de instituciones dogmáticas(85). La capacidad de autodeterminación ha sido interpretada de tantas formas como instituciones dogmáticas se han construido sobre ella. En ese mismo sentido, el principio de autorresponsabilidad –según el instituto que se ha querido estructurar sobre él– ha sido ubicado en todas las categorías del delito. Sin embargo, desde la perspectiva metodológica, muy pocas veces se ha utilizado en forma correcta(86) y, desde la óptica teleológica, casi nunca se ha otorgado su verdadero valor. Ahora bien, nuestro afán no es la elaboración de un trabajo exhaustivo de dicho principio, sino –sobre dicho instituto– construir el fundamento y los límites de la responsabilidad penal del directivo de una empresa; por tanto, no analizaremos las distintas posturas doctrinales que existen al respecto, sino que nos limitaremos a desentrañar el significado normativo de dicho principio

(83) En ese sentido CANCIO MELIÁ, señala que el principio de autorresponsabilidad juega un papel determinante en la configuración dogmática de la intervención en el delito Cfr. CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 2001, p. 277.

(84) CANCIO MELIÁ, M. [2001]. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Ob. cit., p. 302.

(85) FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid, Colex, 1995, pp. 124 y 125. Este autor señala que, en Alemania el principio de autorresponsabilidad ha sido utilizado para fundamentar, entre otros, los siguientes institutos dogmáticos: la inimputabilidad de los niños [§ 19 StGB], la exención de responsabilidad por trastornos mentales [§ 20 StGB], el estado de necesidad exculpante [§ 35 StGB], homicidio a petición [§ 216 StGB], etc. Por su parte, en España, el principio de autorresponsabilidad ha sido utilizado en forma correcta por varios autores. Así, entre otros tenemos: Cancio Meliá (quien lo utiliza para configurar los criterios normativos de imputación objetiva en torno a la actuación de la víctima); Baldó Lavilla (este autor construye los fundamentos de la legítima defensa y del estado de necesidad sobre la base de la autonomía individual, es decir, del principio de autorresponsabilidad). En el mismo sentido, Feijoo Sánchez (quien toma a la capacidad de autodeterminación o al principio de autorresponsabilidad como pilar fundamental del injusto penal).

(86) Esto trae consigo soluciones injustas. En ese sentido, FRISCH señala que la utilización encubierta e inadecuada de este principio "implica un peligro nada desdeñable para la igualdad y seguridad jurídicas". Cfr. FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid, Colex, 1995, p. 125.

y el papel que desempeña en la configuración del injusto del directivo de una persona jurídica.

Como hemos visto en los apartados anteriores, Hegel ya había señalado que en una sociedad normativa el mandato jurídico es: **"sé una persona y respeta a los demás como personas"**(87), lo cual no es otra cosa que el reconocimiento recíproco de las personas como iguales(88), como otro yo, es decir, con capacidad de autodeterminación y de autorresponsabilidad. Esta forma de concebir a la persona es lo que permite construir algo objetivo que deje atrás el *bellum omnium contra omnes*(89). Dicho de otro modo, solo a partir del reconocimiento del otro como persona se puede construir una comunidad jurídica(90), en tanto este reconocimiento es lo que permite establecer procesos de comunicación racionales(91) que traen consigo la elaboración de las normas y el respeto vinculante de las mismas(92). Efectivamente, en el estadio cultural del nuevo milenio, no es comprensible reconocer la capacidad de autoorganización en libertad si no se concibe como parte del sinalagma "capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias de esa autodeterminación"(93). Solo a través de este sinalagma se reconvierte el cúmulo de arbitrariedades subjetivas en

(87) HEGEL. *Filosofía del Derecho.* 1968. § 36 "El mandato jurídico es sé una persona y respeta a los demás como personas".

(88) Así, BALDÓ LAVILLA, F. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona, Bosch, 1994, p. 47: "En todo Estado social y democrático de derecho y, en general, en todo sistema jurídico-penal respetuoso con el individuo, la idea rectora que constituye el punto de partida –que no el final– de las distintas reglas que regulan las situaciones de conflicto en las que están en juego bienes jurídico-penales de sustrato individual reside en el principio de autonomía individual".

(89) Vid. HOBBES, T. *Leviatán*. 1999, Caps. XIII y ss.

(90) FEIJOO SÁNCHEZ, J. B. *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima, Grijley, 2002, p. 296. Asimismo, BALDÓ LAVILLA, F. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona, Bosch, 1994, p. 45. Este autor sostiene: "[...] el reconocimiento de la llamada autonomía individual es tanto un presupuesto previo de la existencia de conflictos entre individuos como una razón suficiente para que sea necesaria una coordinación jurídica armónica entre las distintas esferas autónomas en las que estos despliegan su actividad organizativa". También, MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal [Concepto y método]*. 1976, p. 139 y ss.

(91) En el mismo sentido, BALDÓ LAVILLA, F. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Ob. cit., p. 45, señala que: "Este reconocimiento de esferas de intereses individuales es precisamente el que genera la necesidad de coordinar axiológicamente los conflictos sociales lesivos de bienes jurídico-penales".

(92) ALCÁCER GUIRAO, R. *Fines del Derecho penal [Una aproximación desde la filosofía política]*. Bogotá, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 176. Ente autor, refiriéndose al concepto jurídico de persona –al cual él denomina "persona del Derecho"–, señala que: "Dicho status está basado [...] en la atribución intersubjetiva de facultades y pretensiones de respeto**, es decir,** los sujetos se reconocen como libres e iguales y como capaces de establecer un diálogo en condiciones de imparcialidad, así como reconocen la asunción vinculante de lo acordado y, por tanto, la responsabilidad política del respeto a dichas decisiones". Las negritas son nuestras.

(93) Este instituto es el que permite que en todo sistema social se reconozca una división o separación entre esferas jurídicas de intereses en las que cada individuo ejerce su libertad organizativa, su propia autodeterminación. Vid. BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad y legítima defensa*. Ob. cit., p. 47.

libertad jurídica(94). Únicamente, con la imputación de responsabilidad se dota de un contenido positivo a la autonomía individual, porque mediante la atribución de responsabilidad se compele a los ciudadanos a organizarse conforme a Derecho(95).

Lo sustentado, jurídicamente, significa que, en un Estado constitucional de Derecho, la fundamentación y delimitación de la responsabilidad penal –en tanto se vive en sociedad– no se puede configurar sin tener en cuenta la capacidad de autoorganización y autorresponsabilidad de otras personas(96), debido a que solo en el seno de una comunidad social se habla de capacidad de autodeterminación y, por tanto, de responsabilidad por las consecuencias que genera la organización en libertad(97). En ese sentido, dentro del ámbito penal, los injustos y las imputaciones de riesgos solo se pueden construir sobre la base de reconocer a las personas sus capacidades de organización y responsabilidad. Esto en clave penal implica que la estructura y contenido de los injustos penales (v. gr. el injusto del directivo de una persona jurídica) pasan por reconocer a la persona un ámbito de libertad en el que pueda organizar sus comportamientos(98). Dicho de otro modo, en nuestro acervo cultural, la configuración de los injustos penales –de autores y partícipes– implica reconocer a cada persona un ámbito de autodeterminación, porque

(94) Por eso, con acierto, BALDÓ LAVILLA sostiene que la responsabilidad por organización debe entenderse como: "(...) respeto por toda autonomía ajena igualmente legítima –aspecto positivo– o en el sentido de responsabilidad por falta de este respeto –aspecto negativo– (...)". Vid. BALDÓ LAVILLA, F. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Ob. cit., pp. 47 y 48.

(95) Sobre esto señala FRISCH: "Quien configura establemente una organización está, en todo caso, obligado a eliminar el peligro de ella derivado siempre que, de haber intentado ejercer su libertad de actuación a través de acciones positivas, ello le hubiera estado prohibido, a causa de la peligrosidad de tales acciones, o cuando dicho ejercicio le hubiera sido autorizado únicamente bajo la condición de haber reducido previamente el riesgo gracias a medidas colaterales de cuidado". Vid. FRISCH, W. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: Mir Puig, S. / Luzón Peña, D. M. [Coordinadores]. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 114.

(96) En la misma línea, CANCIO MELIÁ señala: "(...) el modelo de Estado social diseñado en la base del ordenamiento jurídico, sin duda, debe ser punto de referencia de la construcción conceptual de la dogmática jurídico-penal" CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 279.

(97) Por eso, es que en el campo del Derecho penal, tanto los que le atribuyen la misión de proteger bienes jurídicos, como los que le encomiendan la misión de proteger la vigencia de la norma, coinciden en considerar que la lesividad relevante del delito –lo que lo convierte en una conducta merecedora y necesitada de sanción penal– no es, en sí misma, la lesión la esfera de intereses de una persona, sino las repercusiones sociales de dicha conducta, en tanto que pone en duda o vulnera la pretensión de vigencia de la norma respectiva, o del valor ideal, presente en el colectivo social". Vid. ALCÁCER GUIRAO, R. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión de un bien jurídico o lesión de deber?*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, p. 90.

(98) BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Ob. cit., p. 47.

solo así se puede exigir, como contrapartida, que cada cual responda por su propia organización(99).

No puede ser de otro modo, ya que ¿cómo se podría imputar algo a alguien cuando lo que se le imputa no es expresión de su capacidad de autodeterminación? En otras palabras, ¿cómo se podría atribuir responsabilidad si la persona a quien se imputa no ha tenido libertad? No es comprensible la atribución de ciertas consecuencias sin el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación(100), pues no olvidemos que, por un lado, la responsabilidad por las consecuencias sienta su fundamento en la capacidad de autoorganización y, por otro, los límites de toda imputación abarcan hasta donde abarca el ámbito de reconocimiento a la capacidad de autodeterminación.

Ahora bien, –como ya señalábamos al referirnos al principio de confianza– el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación no es posible sin la adscripción de los ciudadanos como respetuosos de las normas, ya que, sin dicho presupuesto teleológico, sería inconcebible formular la competencia privada de la persona para tomar sus propias decisiones. Esto, a nivel normativo, significa que no tiene ningún sentido formular el reconocimiento de la libertad si, antelada o paralelamente, no se proporciona al ciudadano un contenido de responsabilidad. Es decir, si una persona infringe libremente una norma, debe asumir los costos de dicha infracción; con esto, el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación implica, como contrapartida, la atribución de aquellas consecuencias que provienen de una mala organización(101). De esto se deriva que, en los delitos cometidos desde la empresa, los directivos, administradores, empleados o trabajadores solo responderán penalmente por aquellos riesgos penales que se derivan de su organización defectuosa.

b) Principio de responsabilidad por el propio injusto

La capacidad de autodeterminación y la responsabilidad por las consecuencias no fundamentan, sin más, la imputación de riesgos penales de los directivos de una persona jurídica. Es *conditio sine qua non* la concurrencia de otros elementos normativos, puesto que, por un lado, no toda actuación en

(99) Ver CANCIO: Conducta De la víctima e imputación objetiva; p. 277. BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*. pp. 47-48. JAKOBS. *Imputación objetiva*. Ob. cit., p. 102.

(100) Es tan importante el reconocimiento y respeto de la capacidad de autodeterminación que Rafael ALCÁCER –denominándola autonomía privada– sostiene que es una esfera en la cual: "ni terceras personas, ni el Estado están legitimados a propasar para conformar y fomentar las convicciones morales del sujeto". Vid. ALCÁCER GUIRAO, R. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, p. 66.

(101) En el mismo sentido BALDÓ LAVILLA, F. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Ob. cit., p. 47, señala: ""[…] como es sabido, autonomía individual no solo significa autodeterminación del individuo en su propio ámbito. No solo significa libertad de organización, sino también, responsabilidad por organización".

libertad –y responsabilidad por las consecuencias de dicha actuación– comporta siempre la configuración de imputaciones penales(102); por otro, la presencia de actuar autorresponsablemente tampoco decide el título de la responsabilidad penal(103). De esto se infiere que este sinalagma solo implica un punto de partida para la construcción dogmática de las imputaciones penales(104) de quienes forman parte de la estructura u organización de una empresa, por ejemplo, los directivos.

Sin duda, a nivel jurídico-penal, la principal consecuencia, de un entendimiento normativo del principio de autorresponsabilidad es que cada sujeto responde únicamente de aquello que él ha configurado, es decir, por su propio injusto. Del principio de autorresponsabilidad deviene –tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes– la responsabilidad por el propio injusto. Esto implica, que la imputación de riesgos penales al directivo de una empresa, cuando se cometen delitos a través de las actividades empresariales, debe fundamentarse en base al principio de responsabilidad por el propio injusto. Es decir, solo se le deben imputar riesgos penales prohibidos en la medida que dichos riesgos sean obra suya. Con ello, el fundamento y la determinación de la responsabilidad penal del directivo de una persona jurídica, no debe realizarse con base en lo que hagan el administrador o los empleados, etc., sino en base a lo que haya hecho o dejado de hacer el directivo(105).

Lo acabado de señalar se debe a que, según el principio de responsabilidad por el propio injusto, por un lado, el directivo no puede responder por un injusto ajeno (el del administrador o empleado), sino solo por su propio injusto; por otro, cuando el administrador o empleado quebrantan sus deberes que les competen –aisladamente del comportamiento del directivo–, las consecuencias que se derivan de dicho quebrantamiento no tienen porqué ser imputadas al directivo de la persona jurídica, sino solo al administrador o empleado que son quienes han infringido los deberes que subyacen en sus esferas de competencia. En otras palabras, el principio de responsabilidad por el propio injusto exige que, en los delitos cometidos desde la empresa, el directivo debe responder solo en la medida en que su propia conducta suponga una configuración de riesgos penales; y, a la inversa, no deberá responder en la medida en que la creación y realización de

(102) ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 164.
(103) Ídem.
(104) De manera similar, refiriéndose al papel que desempeña el principio de autorresponsabilidad en la configuración de la imputación a la víctima, Cfr. CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. 2001, p. 301.
(105) ROBLES PLANAS, R. Ob. cit., pp. 165 y 166.

riesgos no esté vinculada normativamente a su propia conducta, sino solo al comportamiento de otras personas responsables, por ejemplo, el administrador o empleado.

Ahora bien, como ya se hizo referencia, el principio de responsabilidad por el propio injusto –en tanto es expresión de la capacidad de autodeterminación y del principio de autorresponsabilidad– se manifiesta en dos ámbitos. El primero, es de naturaleza positiva y se caracteriza por fundamentar la imputación; el segundo, es de naturaleza negativa y resalta por excluir la responsabilidad. En su vertiente positiva, el principio de responsabilidad por el propio injusto, solo atribuye las consecuencias al propio sujeto que se organizó defectuosamente. Es decir, en virtud del ámbito positivo, el mencionado principio impide que el sujeto, a quien pertenece la organización defectuosa, se libere de la responsabilidad por las consecuencias. Por su parte, la vertiente negativa del principio de responsabilidad por el propio injusto, garantiza la separación de los ámbitos de responsabilidad personales(106). Efectivamente, la consecuencia más importante que el principio de autorresponsabilidad transmite al principio de responsabilidad por el propio injusto es que los ámbitos de responsabilidad de cada persona quedan limitados a su propia organización. De esto se infiere que, en principio, nadie responde por los efectos que su propia conducta puede ocasionar en otros sujetos a su vez autorresponsables(107).

Bajo esta perspectiva, es de observancia obligatoria la vigencia de los aspectos positivo y negativo del principio de responsabilidad por el propio injusto cuando se fundamenta y delimita las imputaciones penales en el ámbito de la actividad empresarial. Así, por imperio del aspecto positivo, el directivo, el administrador o el empleado de una persona jurídica no pueden rehuir a la imputación del injusto –en calidad de autor o partícipe– cuando sus organizaciones defectuosas configuran o ayudan a configurar la creación y realización de riesgos jurídico-penales. En ese sentido, en los supuestos de la envasadora de gas, de la cadena de restaurantes Pardos, de la fábrica de cerveza, etc., los creadores de riesgos penales no pueden escapar de las imputaciones, pues la no imputación de dichos riesgos implicaría el quebrantamiento del principio de responsabilidad por el propio injusto, debido a que se habría obviado su aspecto positivo. En consecuencia, siendo respetuosos del principio de responsabilidad por el propio injusto, no queda mejor alternativa que imputar los riesgos penales a las esferas de competencia del administrador e ingeniero químico respectivamente,

(106) Ibídem, p. 162.
(107) Ibídem, pp. 162 y 163.

ya que estos con sus organizaciones defectuosas han configurado los riesgos penales mencionados.

Similares consecuencias se derivan del aspecto negativo, pero en sentido inverso. En el ámbito de las imputaciones penales, por los riesgos que emergen de las actividades empresariales, la consecuencia inmediata es que, los ámbitos de responsabilidad de las personas que forman parte de la organización empresarial quedan limitados a su propia competencia. De esto se infiere que, en principio, el directivo no responde por los riesgos que derivan de las esferas de competencia de otros sujetos a su vez autorresponsables (v. gr., los administradores o empleados, etc.), puesto que no solo los directivos son sujetos autorresponsables, sino también los administradores, empleados, etc. y, como consecuencia de ello, deben responder por su propia conducta defectuosa"(108). Lo mismo sucede con los administradores o empleados, estos tampoco responden por los resultados lesivos que dimanan de los directivos o empleados. Por tanto, en los ejemplos mencionados, sucede lo siguiente: el directivo y los trabajadores de la envasadora de gas no responden por los riesgos que se derivan de la organización defectuosa del administrador, pues este es quien a ordenado la distribución de los balones de gas mal envasados. Lo mismo sucede con el directivo y trabajadores de la cadena de restaurantes Pardos, estos tampoco pueden ser centro de imputación de los riesgos penales que ha creado el administrador mediante la falsificación de documentos. Finalmente, en el supuesto de la fábrica de cerveza, el directivo, el administrador y los trabajadores tampoco son responsables de los riesgos que se han generado para la salud de las personas mediante la venta de cerveza en mal estado, pues ya se mencionó, que en dicho supuesto, los riesgos penales competen al ingeniero químico.

En conclusión, por exigencia de los principios de: "capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias de esa autodeterminación" y responsabilidad por el propio injusto (vertiente positiva y negativa) los directivos de una persona jurídica no son responsables de los riesgos penales que pertenecen a las esferas de competencia de otros sujetos responsables (por ejemplo, administradores y empleados) que forman parte de la estructura empresarial. Lo mismo sucede con los administradores y empleados: estos tampoco responden por los riesgos penales que competen a los directivos. Lo dicho significa que: por un lado, al directivo de una persona jurídica, no se pueden imputar los riesgos que son generados por el administrador o empleado, por otro, al administrador o empleado tampoco se

(108) Ibídem, p. 163.

pueden imputar los riesgos que solo pertenecen a la esfera de competencia del directivo. Aquí, no caben concesiones o flexibilizaciones del principio de responsabilidad por el propio injusto, y con ello, no es posible imputar a los directivos, administradores o empleados de una persona jurídica injustos ajenos, sino solo sus propios injustos. De lo dicho, se infiere que solo con el cumplimiento de este principio (responsabilidad por el propio injusto y no por injusto ajeno) se cumple las garantías de imputación de un Estado de derecho.

IV. CONCLUSIONES

Como síntesis de lo desarrollado en este trabajo, ponemos a discusión las siguientes conclusiones.

1. De lo señalado por el artículo 13 del Código Penal peruano, la configuración de los delitos de comisión por omisión requieren de la existencia de dos instituciones básicas: la posición de garante (art. 13 inciso 1) del omitente y la equivalencia normativa (art. 13 inciso 2). La existencia de la posición de garante significa que la persona, respecto de quien se realiza la imputación jurídico-penal, debe ser portadora de un deber que lo obliga a realizar una acción positiva para evitar la producción del resultado lesivo. Es decir, es indispensable que la persona a quien se dirige la imputación penal sea competente de un deber que lo vincula a impedir la creación y realización de riesgos penalmente relevantes para los bienes jurídico-penales protegidos. Por su parte, la equivalencia normativa, entre la omisión impropia y la configuración comisiva del tipo penal correspondiente, significa que en la conducta omisiva del garante –a nivel normativo– deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos que fundamentan la imputación penal en los supuestos que el tipo de la parte especial es configurado mediante una conducta positiva. Esto implica, que el comportamiento omisivo debe cumplir con los requisitos de imputación objetiva y subjetiva, lo cual solo es posible cuando: por un lado, a nivel objetivo, la persona garante –a través de su conducta omisiva– crea y realiza riesgos no permitidos por el Derecho Penal y, por otro, actúa en forma dolosa o culposa.

2. Precisada la configuración legal del injusto penal de comisión por omisión, es necesario dilucidar la estructura y contenido a nivel dogmático. En este ámbito, la configuración de la comisión por omisión, requiere que, primero, se dilucide la clase de competencias que ostenta el garante. Esto se debe a que, tanto la posición de garante como la equivalencia normativa de la comisión por omisión es distinta en los delitos de organización respecto de los delitos de infracción de deber. Si el fundamento

de la imputación jurídico-penal, en los delitos de organización, es distinto al de los delitos de infracción de deber, entonces la naturaleza normativa de la posición de garante –en tanto su infracción es fuente de imputación penal– también es diferente en cada clase de delitos. En efecto, mientras que en los "delitos de *responsabilidad por competencia de organización*" (*Haftung kraft Organisationszuständigkeit*) la relevancia penal del comportamiento emana, por completo, de la relación del autor con el bien jurídico protegido por los tipos penales, en los "delitos de *responsabilidad por competencia institucional*" (*Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit*) la relevancia penal de la conducta emerge de la infracción de deberes normativos que se encuentran regulados extrapenalmente y cuya existencia es independiente del tipo penal. Por lo tanto, hay razones metodológicas y dogmáticas que exigen construir por separado la configuración de la posición de garante en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber.

3. En un Estado de derecho, la fundamentación y limitación normativas de los institutos que estructuran y fundamentan la connotación penal de la comisión por omisión (v. gr. la posición de garante y la equivalencia normativa) no deben determinarse en forma arbitraria, sino dentro del contexto de la sistemática y la seguridad jurídica. Por lo tanto, la naturaleza y los límites normativos de los delitos de comisión por omisión, en el ámbito empresarial, se debe configurar en función de los deberes que competen a una persona que se encuentra vinculada a la estructura y organización de la persona jurídica (por ejemplo: director, administrador o empleado). Con ello, cuando desde el seno de una organización empresarial, se crean y realizan riesgos penales prohibidos, la posible responsabilidad penal omisiva (dolosa o imprudente) se debe configurar atendiendo a la estructura de la organización empresarial y a los roles que competen a las personas en función de su estatus. En ese sentido, es imprescindible recurrir al principio de división del trabajo, al principio de confianza y al principio de responsabilidad por el propio injusto para determinar las competencias penales del director o administrador de una persona jurídica.

4. En relación al principio de división del trabajo, este instituto exige que cada persona (v. gr., directivo, administrador, empleado, trabajador, etc.) solo es responsable por los riesgos que pertenecen a su actividad o estatus que ocupa dentro del organigrama empresarial. Dicho de otra manera, cada persona que desempeña una determinada actividad dentro de la empresa, solo responde por los riesgos que genera dicha actividad, cuando es realizada en forma defectuosa; es decir, únicamente responde por las connotaciones penales que se derivan de un actuar fuera del

riesgo permitido. En los demás casos, los directivos no pueden ser objetos de imputación penal alguna, ya que si desarrollan su actividad o desempeñan su rol dentro del riesgo permitido, los resultados lesivos que se produzcan, solo serán tomados como meras desgracias o se imputarán a quienes han infringido su rol o competencia (por ejemplo, los administradores, los empleados y los trabajadores).

5. Junto a los principios mencionados, cumple un rol preponderante en la determinación de competencias penales, el principio de responsabilidad por el propio injusto. En virtud de este principio, nadie responde por los efectos que su propia conducta puede ocasionar en otros sujetos a su vez autorresponsables. Esto se debe a que, el principio de responsabilidad por el propio injusto tiene dos aspectos: positivo y negativo. El primero, se caracteriza por fundamentar la imputación; el segundo, resalta por excluir la responsabilidad. En su vertiente positiva, el principio de responsabilidad por el propio injusto, solo atribuye las consecuencias al propio sujeto que se organizó defectuosamente; por su parte, la vertiente negativa del principio de responsabilidad por el propio injusto, garantiza la separación de los ámbitos de responsabilidad personales. En este contexto, los directivos de una persona jurídica no son responsables de los riesgos penales que pertenecen a las esferas de competencia de otros sujetos responsables (por ejemplo, administradores y empleados) que forman parte de la estructura empresarial. Por lo tanto, en virtud de este principio se deben cumplir con dos mandatos normativos: por un lado, al directivo de una persona jurídica, no se pueden imputar los riesgos que son generados por el administrador o empleado, por otro, al administrador o empleado tampoco se pueden imputar los riesgos que solo pertenecen a la esfera de competencia del directivo. Aquí, no caben concesiones o flexibilizaciones del principio de responsabilidad por el propio injusto, y con ello, no es posible imputar a los directivos, administradores o empleados de una persona jurídica injustos ajenos, sino solo sus propios injustos.

6. De lo señalado en las primeras cinco conclusiones se infiere lo siguiente: para que el directivo de una persona jurídica sea competente por los riesgos penales generados por los subordinados (v. gr., administrador, empleado o trabajador) es indispensable que la hipotética conducta omisiva del directivo cumpla con los presupuestos legales y dogmáticos exigidos por el instituto de la comisión por omisión. Esto significa dos cosas: a nivel legal, la conducta del directivo debe cumplir con los requisitos de la posición de garante y de la equivalencia normativa (imputación objetiva y subjetiva); mientras que a nivel dogmático –por exigencia de los principios de confianza, división del trabajo,

y responsabilidad por el propio injusto– el directivo debe tener competencias de control y vigilancia sobre las actividades de los subordinados. Sin embargo, ya hemos visto que si –en el caso concreto y de acuerdo a lo estipulado por los cuerpos normativos (Ley General de Sociedades y estatuto de la persona jurídica); así como por los principios antes aludidos– el directivo no posee la competencia de controlar los riesgos que se derivan de las actividades de los subordinados, entonces no es garante de ningún riesgo y, por tanto, no es competente de ninguna imputación penal, cuando el administrador, o empleado configuran injustos penales.

SEGUNDA PARTE

Derecho Penal Económico
(Parte especial)

La nueva regulación de los llamados "delitos informáticos" en el Código Penal argentino: Un estudio comparado

Gustavo Eduardo ABOSO(*)
(Argentina)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Delitos contra la integridad sexual. **III.** Delitos contra la intimidad. **IV.** Delitos contra la propiedad. **V.** Delitos contra la seguridad pública. **VI.** Delitos contra la Administración Pública. **VII.** Delitos contra la propiedad intelectual. **VIII.** Conclusiones. **IX.** Bibliografía consultada.

I. INTRODUCCIÓN

Finalmente la ley 26.388(1) incorporó al Código Penal argentino los llamados "delitos informáticos". Desde hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia venían reclamando la necesaria y urgente regulación penal de las conductas que atentan contra el sistema informático. En especial, los tribunales domésticos habían declarado en varias ocasiones la atipicidad de ciertos comportamientos que afectaban bienes jurídicos personales y que, por su publicidad, generan una sensación de incertidumbre que impactaba sobre la seguridad jurídica en el normal desarrollo del almacenamiento y la transmisión de datos(2).

(*) Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Coautor del libro *Cibercriminalidad y derecho penal*, editado por BdeF, Buenos Aires, 2006.

(1) Sancionada el 4 de junio de 2008 y promulgada el 24 de junio de 2008 (B.O. 25/06/2008).

(2) Respecto del delito de daño, se registran algunos fallos donde se afirmó que la conducta de introducir un virus informático en un red telemática constituye el delito de daño (art. 183 CP), vid., CCC, Sala I, "Vecchio, P.", rta. 20/07/2001; id., "Debandi, N.", rta. 9/08/2002 (BJ Nº 3/2002, p. 252), de otra opinión, CCC, Sala VI, "Pinamonti, O.", rta. 30/04/1993 (JA 1995-III, p. 236 y ss., con nota de Pablo A. Palazzi); CCCFed., Sala II, c. 22.600 "M., G. G. S/ sobreseimiento", rta. 15/11/2005. Por su parte, también se asimiló al correo electrónico en la categoría de correo privado, CCC, Sala VI, "Lanata", rta. 04/03/1999 (ED, 17/05/1999, con nota de Marcelo A. Riquert). Sobre la atipicidad de la violación de

Si bien la delincuencia informática ya fue motivo de un tratamiento particular[3], en esta nueva ocasión nos dedicaremos exclusivamente a realizar algunas notas sobre la flamante regulación de este nuevo campo delictivo. En la actualidad, como afirma Sieber, el peligro que encierra el uso abusivo de los ordenadores se fundamenta en puntos de vista cuantitativos y cualitativos: la lesividad de la moderna sociedad informática, que no se restringe al uso personal de los computadores y los sistemas informáticos, sino que atentan contra la paulatina dependencia de la sociedad moderna de la operatividad de los sistemas informáticos. Por mencionar algunos ejemplos, la mayoría de las transacciones económicas y financieras se encarrilan mediante el uso de los sistemas computarizados; la producción de las fábricas depende cada día más de la intervención de procesos automatizados e informatizados; los sistemas de drenajes y de distribución de aguas dependen también de dichos sistemas y procesos; etcétera[4].

En este campo se distingue la "criminalidad de la red" (*Netzkriminalität*) que se concentra en el uso abusivo de los ordenadores en la red informática pública, de la llamada "criminalidad multimedia" (*Multimedia- Kriminalität*) que es la que se proyecta en el mercado competitivo de los diversos multimedios y la convergencia de los aparatos digitalizados (v. gr., la computadora personal, los aparatos radiales, los de telecomunicaciones, etcétera) y que posibilitará que en el futuro cercano la difusión de la información y la transmisión de la comunicación amplíen sus fronteras (la llamada **era digital**)[5].

Es importante señalar que la categoría de "delito informático" debería quedar reservada únicamente a los casos donde el objeto de la acción está

acceso restringido a una *website* y la alteración de su contenido, vid. Juzg. Fed. Río Cuarto, "Universidad Nacional de Río Cuarto s/ denuncia", rta. 26/04/1999 (JA 1999-III, p. 320); Juzg. Fed. Crim. y Correc. Nº 12, "Gornstein, M. y otros", rta. 20/03/2002 (LL 2002-C, p. 23). Por su parte, la aplicación del delito de estafa cometido mediante medios informáticos ha generado posturas ambivalentes en la jurisprudencia nacional, por su rechazo, CCC, Sala III, "Iglesias, C.", rta. 04/06/2002, con nota de Sergio L. Amadeo (JA 1994-II, p. 596). Por el contrario, el uso fraudulento de tarjetas de crédito ajenas en la compra de productos mediante la red informática constituye el delito de estafa, cfr., CCC, Sala VII, "Ricciardi, E.", rta. 19/09/2001 (BJ Nº 3/01, p. 185). La alteración de datos mediante la transferencia ilícita de fondos a una cuenta persona fue valorada como la comisión de un delito de hurto, vid. CCC, Sala III, "Iglesias, C.", rta. 04/06/1992 (LL 1994-B, p. 441, con nota de Pablo A. Palazzi). También se ha considerado delictiva la acción de remitir de manera masiva correo electrónico con el propósito de interrumpir un sistema público telefónico, vid. CCC Fed., Sala II, rta. 15/11/2005. Se juzgó esa conducta como constitutiva de los delitos de daño agravado y de interrupción de un servicio público. En el marco de los delitos tributarios, se ha juzgado de atípica la conducta de alterar un registro almacenado en el sistema informático del fisco nacional, sin perjuicio para terceros (CCC Fed., Sala I, c. 39.627 "M. R., H. R y otros s/ defraudación", rta. 14/04/2007).

(3) ABOSO/ZAPATA. *Cibercriminalidad y Derecho Penal*. BdeF, Buenos Aires, 2006.

(4) SIEBER. "Multimediarecht, Strafrecht und Strafprozeßrecht", <www.jura.uni-muenchen.de/sieber/article>, p. 25.

(5) Ibídem, p. 23.

constituido por la red informática o su uso, es decir, no toda intermediación de un ordenador implica necesariamente que estemos frente a un delito informático.

II. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Uno de los problemas más acuciantes generado por el uso abusivo de redes telemáticas se circunscribe a la difusión de material calificado de pornográfico. El uso generalizado de la red global posibilita que menores de cualquier edad accedan sin mayores inconvenientes a páginas no autorizadas donde se explicita el sexo, o bien se promueve directamente las relaciones sexuales con mayores de edad. Esta práctica abominable se extiende también a la utilización de dibujos animados participando de escenas de sexo, lo que permite no solo atraer por su formato animado a menores de edad, sino que apunta directamente a sorprender a los inocentes usuarios. Justamente esta fue la finalidad perseguida por la reforma de los delitos sexuales en Alemania (4. StRG) al regular en el § 184 el delito de difusión de imágenes pornográficas(6). Nuestra ley penal tutela no solo la integridad sexual de los menores de dieciocho años al prohibir la difusión de imágenes en las que se registra su participación en relaciones sexuales explícitas, sino también cualquier tipo de evento en el que dichos menores de edad sean utilizados como protagonistas de escenas de relaciones sexuales. De esta manera dicha tutela penal alcanza también el aspecto psíquico de la integridad sexual de los menores de dieciocho años(7).

Por su parte, la Convención sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001) reguló especialmente, en su art. 9, las infracciones relacionadas con la pornografía infantil, entre las que se cuentan la producción de pornografía infantil con fines de difusión, su ofrecimiento o puesta a disposición por medio del sistema informático, la acción de procurarse, para sí o para un tercero, dicho material pornográfico a través de un sistema informático y, por último, la posesión de dicho material prohibido.

Las legislaciones penales establecen distintas formas normativas de abordar la regulación del llamado "derecho penal de la pornografía": En primer término, se ubican las legislaciones penales que no se contentan con la represión del abuso de menores de edad en escenas pornográficas, sino que también reprimen toda facilitación y distribución de pornografía a aquellos. Entre

(6) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 9., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, 2003, § 23 I 2.

(7) LACKNER/KÜHL, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2007, § 184b, 1. Sobre el contenido del bien jurídico, vid. DONNA. *Delitos contra la integridad sexual*.Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 163 y ss.

ellos se cuentan Bélgica (art. 383 bis), Dinamarca (§ 235 StGB), Alemania (§ 184, incisos 3- 5 StGB), Finlandia (Capítulo 17, § 18 StGB), Francia (art. 227-23), entre otros. El inconveniente que se presenta en estos casos con la punición de la distribución y facilitación de material pornográfico a los menores de edad está constituido por el alcance de la protección penal, es decir, si abarca a los "actores" menores de edad de dichas escenas, o también procura castigar toda difusión de material imitativo donde se grafique una relación sexual con menores de edad. En esto cuenta mucho la posibilidad de usar fotomontajes informáticos que simulen dichas actividades sexuales. El problema radica en resolver si dichas imágenes o fotos trucadas pueden estimular la paidofilia o, en su caso, si ellas sirven a los fines de desinhibir a las futuras víctimas(8). En segundo término, se cuentan aquellos ordenamientos penales que protegen, además, el desarrollo moral-espiritual de los menores de edad, en especial contra toda transmisión de documentos pornográficos a los que pueden estar expuestos. La mayoría de los países cuentan en su legislación represiva con normas que sancionan la eventual influencia en el desarrollo moral de los menores de edad mediante la puesta a disposición mediata de dichos elementos(9). Por último, nos encontramos con legislaciones penales que protegen una moralidad determinada para el desarrollo sexual de los menores de edad y de acá que se prohíba cualquier tipo o forma de pornografía explícita, incluso el bestialismo(10).

Al respecto, la ley 26.388 sustituye el art. 128 del Código Penal argentino por una redacción más amplia, al abarcar ahora las acciones de "financiar", "ofrecer", "comerciar", "facilitar" y "divulgar", que se suman a las ya previstas de "producir", "publicar" y "distribuir" imágenes pornográficas de un menor de dieciocho años(11). De esta manera, el legislador

(8) SIEBER. "Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht- Eine Rechtsvergleiche Analyse". <www.jura.uni-muenchen.de/sieber/article>, p. 4.

(9) SIEBER, «Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht», p. 5.

(10) Ídem.

(11) El nuevo art. 128 reza: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años".

Al respecto, vid. NÚÑEZ. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. 4ª ed., actualizada por el Dr. Víctor Félix Reinaldi, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2009, p. 169 y ss.; LÓPEZ CASARIEGO, "Sanción a la pornografía infantil. El nuevo texto del art. 128, CP.". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Abeledo Perrot, 2/2009, p. 298 y ss.; PALAZZI. "El delito de ofrecimiento y distribución de imágenes relacionadas con la pornografía infantil y de tenencia con fines de distribución". En: *RDPPP*,

contempló en la reforma nuevas conductas que prácticamente no dejan resquicio alguno para la utilización lícita de ese material pornográfico, salvo el almacenamiento sin fines de circulación y la recepción de dicho producto que hasta el momento son conductas permitidas. El arco represivo abarca entonces desde la conducta de "financiar" –que en muchos supuestos puede presentarse como un acto preparatorio– hasta la de "distribuir" material pornográfico con participación de menores de dieciocho años. Entendemos que las acciones punibles no presentan una complejidad excesiva en su correcta exégesis. En lo que aquí interesa, el ofrecimiento de ese material pornográfico puede hacerse de manera explícita o encubierta, no es necesario que dicho comportamiento sea destinado a un público en general, sino que basta con el ofrecimiento a un tercero determinado mediante mensaje electrónico o parecido. En este tópico, la doctrina alemana realiza una distinción entre la acción de "distribuir" y la de "publicar" basada en el número de los participantes y el grado de control del autor(12). Así pues, el envío de imágenes o filmes pornográficos de la naturaleza de los ya descriptos entre un grupo de cibernautas que comparten un sitio de acceso restringido, constituiría una acción de difusión, mientras que si dicha acción se lleva adelante en un portal público (por ejemplo, subir un video en YouTube), se tratará de una acción de "publicar". En este sentido, la doctrina española discute si en el tráfico de pornografía infantil existe verdaderamente una afectación al bien jurídico tutelado del menor de edad, ya que la circulación o la distribución de dicho material implica ipso facto una lesión consumada(13). Sin embargo, esta postura no puede compartirse, porque más allá de las afectaciones al honor, la imagen y la intimidad de los menores de edad afectados por su difusión(14), la punición de la circulación de esta clase de material parece descansar en los peligros ciertos que encierra su probabilidad de repetición por terceras personas. La acción de "comerciar" puede ser de naturaleza onerosa como gratuita. La acción de "facilitar" presenta algunas dudas sobre su especifica materialidad, ya que si bien la facilitación del material prohibido por la norma parece exigir una entrega personalizada, puesto que si dicha facilitación se realiza en el mundo cibernético constituiría más bien una acción de distribuir, lo cierto es que la indicación a otro de páginas o sitios donde puede

Abeledo-Perrot, 2/2009, p. 290 y ss. En doctrina judicial, vid., CCC, Sala I, c. 25.846 "Malomo, Enrique s/ apelación", rta. 27/06/2005.

(12) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht, BT, 1, § 23 I 21; HILGENDORF/FRANK/VALERIUS, Computer- und Internetstrafrecht, Springer, Berlin, pp. 108 y 109 (398).

(13) Cfr. BOLDOVA PASAMAR. *Pornografía infantil en la red, Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. Colección Vanguardia en Ciencias Penales, Editorial Ubijus, México D.F., 2008, p. 25 y ss.

(14) Ibídem, p. 26.

accederse al material pornográfico descrito podría dar lugar a la comisión de una conducta de facilitación.

El objeto de las acciones descriptas está constituido por el material pornográfico (fotos, filmaciones, etc.) en las que aparezcan menores de dieciocho años como protagonistas de escenas sexuales. Uno de los impertérritos problemas que se presentan en el estudio de esta figura se relaciona con el concepto de "pornográfico". Basta decir ahora que dicha conceptualización se vincula particularmente con la degradación de la persona como objeto, sumado a la humillación sexual que generalmente acompaña a este tipo de representaciones, las que además ensalzan la ausencia de humanidad y son idóneas para corromper a las personas menores de edad(15). En las representaciones sexuales prohibidas no es menester que los menores de dieciocho años adopten un papel activo, basta que ellos participen en la representación, incluso la mera presencia de un menor de dieciocho años en una escena de sexo llevada a cabo por adultos sería suficiente para la tipificación de la conducta prohibida.

Se trata de delitos dolosos y de peligro concreto(16). El agente debe tener la finalidad de financiar, ofrecer, comerciar, facilitar, divulgar, producir, publicar o distribuir imágenes pornográficas en las que aparezca retratado un menor de dieciocho años, razón por la cual no parece tener cabida la posibilidad de admitir al dolo eventual.

Al exigir el delito en cuestión que las imágenes pornográficas reflejen un menor de dieciocho años, las reproducciones animadas (dibujos animados) o digitalizadas (la denominada "pseudopornografía infantil") quedarían excluidas del ámbito de aplicación de este tipo penal(17). En este sentido, debe tenerse en mérito que la tutela penal en este caso no se restringe a la integridad sexual del menor de dieciocho años, sino que abarca el normal desarrollo de su sexualidad, razón por la cual la reproducción de dibujos animados de naturaleza pornográfica también debería punirse por su ineludible efecto negativo en la indemnidad sexual de los menores de dieciocho años(18). Si bien el límite entre la pornografía real y la ficticia es cada vez más difuso gracias al avance tecnológico de la digitalización y el uso de gráficos más sofisticados, por aplicación del principio de legalidad debería quedar excluida la pornografía ficticia, ya que la ley penal exige la participación de menores

(15) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht, BT, 1, § 23 I 4. La jurisprudencia alemana exige que las imágenes pornográficas tengan como propósito exacerbar la estimulación sexual mediante la exhibición de relaciones sexuales llevadas a cabo de un modo grotesco o intimidante (BGH 37, 59 y ss.)
(16) NÚÑEZ. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, p. 169.
(17) BOLDOVA PASAMAR. *Pornografía infantil en la red*, p. 34 y ss.
(18) HILGENDORF/FRANK/VALERIUS, Computer- und Internetstrafrecht, pp. 108 (396), 116 (424).

de dieciocho años en las representaciones calificadas de pornográficas. Este tema debería ser objeto de estudio en una futura reforma.

Otra cuestión relacionada con el dolo del autor se refiere a la posibilidad de error sobre la edad de la persona reflejada en las escenas pornográficas. Muchas de las conductas reprimidas penalmente implican la posesión de un material ya terminado, donde el autor carece de poder para controlar la auténtica edad de los participantes de las escenas sexuales prohibidas. De esta manera es factible que puedan presentarse casos de error de tipo cuando los menores de edad retratados en dichas imágenes aparenten una mayor edad cronológica.

La ley de reforma conservó la punición de la conducta de organizar espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en las que participen menores de dieciocho años. La prohibición abarca también la difusión de ese espectáculo en vivo (*on-line*) por medio de la red telemática.

Otra de las novedades introducidas por la Ley 26.388 se refiere a la represión de la tenencia de dicho material con fines de distribución o comercialización. Si bien la recepción de dicho material continua siendo por ahora una conducta lícita, lo cierto es que la prohibición penal que pesa en adelante sobre la tenencia de material pornográfico de esa índole genera cierta controversia sobre su almacenamiento sin fines de difusión. La norma penal exige que la tenencia prohibida de ese material carezca de una finalidad de distribución o comercialización, es decir, el sujeto activo no debe tener ese propósito, lo que no sitúa una vez más en los problemas probatorios que genera la objetivación del dolo del autor y que tienen su efecto inmediato en la carga probatoria en el proceso penal. Un problema interesante se presenta con el alcance de la conducta de tenencia de ese material, ya que si bien no existen mayores discrepancias sobre el almacenamiento de esta clase de imágenes en los ordenadores personales, la cuestión no es tan sencilla cuando dicho almacenamiento se realiza directamente en alguna *website*.

Por último, el tipo penal en comentario reprime, como lo hacía también antes, la conducta de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o el suministro de material pornográfico a menores de catorce años.

III. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad o a la privacidad está expresamente amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional argentina[19].

(19) BIDART CAMPOS. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. T. I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 302.

En general puede decirse que la intimidad de una persona se vincula directamente con una razonable expectativa de intimidad de las proyecciones de nuestra personalidad y que constituyen el ámbito nuclear donde la persona puede desarrollar su plan de vida. La intimidad así entendida no se limita únicamente a la persona, sino que alcanza muchas veces zonas compartidas (v. gr., el núcleo familiar y el domicilio), donde las personas puedan llevar adelante proyectos comunes[20].

Esta expectativa de privacidad se extiende también hacia ciertas relaciones profesionales (relación médico/paciente; cliente/abogado; etcétera) y se conecta en la actualidad con el uso seguro de ciertos sistemas o medios de comunicación masivo. De esta manera, la relación de amistad que une a dos personas y que se ejercita en el correo electrónico que se intercambian mutuamente implica necesariamente un ámbito de privacidad y de exclusión de terceras personas ajenas a esta relación. La privacidad en sentido amplio incluye no solo el ámbito privado de la persona en sí, sino también todas aquellas proyecciones de su personalidad y de sus relaciones con terceros que le permitan realizar el plan de vida fijado.

Nuestra jurisprudencia ha establecido que los derechos a la privacidad e intimidad se extiende al ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física[21].

También ingresan en el campo de las manifestaciones de la personalidad, como lo sostiene el Tribunal Constitucional alemán, el microcenso[22]; las actas de divorcio[23]; los archivos médicos[24]; la recolección de los datos personales, su archivo, procesamiento y difusión[25]; etcétera, ya que dichas proyecciones de la personalidad importan una expectativa de privacidad respecto del indebido conocimiento por parte de terceros.

(20) BIDART CAMPOS. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. T. I-B, p. 302.
(21) CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.", del 11/12/1984. En igual sentido en la doctrina francesa VERON, Droit pénal spécial, 7ª. ed., Colin, Paris, 1999, p. 142. Este autor afirma que la noción de vida privada fue definida por vía de la jurisprudencia civil, pero que en el marco del Derecho Penal puede existir algunos inconvenientes. De esta forma, explica este autor, que la vida privada engloba la salud, la enfermedad, la vida familiar, la vida afectiva, el domicilio, las horas de ocio, la vida profesional. Respecto de los funcionarios públicos o personas célebres, se reconoce que sus ámbitos de privacidad están reducidos, pero no excluidos de la tutela penal contra las injerencias arbitrarias, ob. cit., p. 142
(22) BVERFGE, 27, 1; 24, 353, citado en *Cincuenta años de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003, p. 38.
(23) BVERFGE, 32, 373, ob. cit.
(24) BVERFGE, 35, 202, ob. cit.
(25) BVERFGE, 65, 1, ob. cit.

Respecto de menores de edad, este derecho a la imagen resulta ser un derecho personalísimo de naturaleza indisponible, cuya injerencia no puede ser justificada so pretexto de contar con la autorización del progenitor(26).

En este sentido, del Tribunal Supremo español ha dicho que:

> "La intervención del Derecho Penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal"(27).

El derecho a la intimidad presenta una configuración dualista que se proyecta no solo en su **aspecto negativo** de rechazar injerencias arbitrarias ajenas, sino también en su **aspecto positivo** vinculado a la posibilidad de conocer las fuentes y el contenido de los datos esenciales de una persona, cuyo amplio arco se extiende desde la personalidad hasta sus datos financieros, bancarios o económicos(28).

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha resuelto un recurso de amparo promovido por el Consejo General de Colegios de Economistas de España contra el Real Decreto Nº 358/1990 y otra disposición administrativa que regularon la composición y la forma de utilización del Número de Identificación Fiscal. Los recurrentes sostenía que dicha reglamentación afectaba el derecho a la intimidad. En esta ocasión dijo ese tribunal constitucional que:

> "El derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 209/1988, fundamento jurídico 3.). Dada la conexión necesaria que ha de existir entre el derecho en cuestión y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona, resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial. Unas actividades que tienden a

(26) CSJN, "*Keylian, Luis A. y otro c. Santillán, María L. y otros*", del 31/08/2004.
(27) STS, Sala de lo Penal, del 10/12/2004, N° de Resolución 12/09/2004 (Ponente Saavedra Ruiz).
(28) MUÑOZ CONDE. *Derecho penal, Parte especial*. 15ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 257 y ss. con cita de Morales Prats.

> desarrollarse en el ámbito de relación con terceros, y a estar sometidas a fórmulas específicas de publicidad, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia en el tráfico económico, de ahí que solo con extremada dificultad puedan calificarse como reservadas, en el sentido antes descrito típico del juego del derecho a la intimidad. No cabe duda de que puede existir un interés legítimo en mantener resguardadas del conocimiento de terceros estas actividades, pero dicho interés desborda el ámbito de estricta constitucionalidad, para introducirse en la esfera de lo puramente económico (...)"[29].

Esta denominada "autodeterminación informática" expresa de manera clara el significado amplio que tiene en la actualidad el derecho de las personas, cuyos datos personales son almacenados y tratados, de controlar su contenido y uso debido en nuestra sociedad moderna[30]. De acá, entonces, en la importancia del **hábeas data** como recurso idóneo para cumplir con dichos propósitos. Nadie duda que la información almacenada de una persona permite realizar perfiles familiar, social, económico, financiero, etcétera, que inciden de manera abrumadora en la estrategia del mercado, en la elaboración de productos, en la concesión de créditos, es decir, en varios aspectos esenciales de la vida comunitaria.

> "Esa capacidad [la de los individuos que se deriva del concepto de autodeterminación] debido a las condiciones actuales y futuras del procesamiento automático de datos, requiere en especial medida de una protección. Pero se encuentra en peligro, debido a que en los procesos de decisión no se acude como antes a las actas y archivos elaborados en forma manual, sino que con la ayuda del procesamiento automático de datos puede consultarse información individual sobre las relaciones personales y materiales de una persona determinada o determinable (...) que ha sido archivada en forma ilimitada desde el punto de vista técnico, y que se puede revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias (...)"[31].

En materia de procesos de almacenamiento de datos, el Tribunal Constitucional alemán afirmó que está en juego el derecho de la **autodeterminación de la información** del individuo (art. 2, párrafo primero, en relación con el art. 1, párrafo primero, de la Ley Fundamental). Así pues, se dijo que

(29) SSTC 143/1994, del 09/05/1994.
(30) Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Lorenzo. "La protección de datos de carácter personal en las actuaciones administrativas". En: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Carlos María Romero Casabona (Ed.), Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, Comares, 1997, p. 207.
(31) BVERFGE, 65, 1.

el secreto de los servicios de telecomunicaciones, postales o epistolares integran el ámbito del libre desarrollo de la personalidad que se produce en el intercambio privado y secreto de información y al mismo tiempo lo protege como valor humano(32).

Más allá del elemental espacio privado tutelado por el ordenamiento en general y el Derecho Penal en particular, lo cierto es que la nueva dimensión de la intimidad personal abarca un sinnúmero de contactos con terceros que merecen igual resguardo jurídico, ya que la intimidad no debe ser entendida como una conducta o situación solipsista de la persona, ya que desde tiempos inmemorables se subraya la naturaleza social de la persona y la necesidad de relacionarse con terceros(33).

> "56. La vida privada es un término límite no susceptible de una exhaustiva definición. El tribunal ha señalada cuales elementos pueden servir para una correcta identificación, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual son importantes elementos de la esfera personal protegida por el artículo 8 (vid., por ejemplo, B. v. France, sentenciado el 25 de marzo de 1992, Series A no. 232-C, pp. 53-54, § 63; Burghartz v. Switzerland, sentenciado el 22 de febrero de 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24; Dudgeon v. the United Kingdom, sentenciado el 22 de octubre de 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41; y Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, sentenciado el 19 de febrero de 1997, Reports 1997-1, p. 131, § 36). De esta manera el artículo 8 protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho de establecer y desarrollar relaciones con terceros (...) (vid., por ejemplo, Burghartz, ya citado, opinión de la Comisión, p. 37, § 47, y Friedl v. Austria, sentenciado el 31 de enero de 1995, Series A no. 305-B, opinión de la Comisión, p. 20, § 45). Esto puede incluir actividades profesionales o de naturaleza comercial (vid. Niemietz v. Germany, sentenciado el 16 de diciembre de 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29, and Halford, ya citado, p. 1016, § 44). En varias ocasiones existe una zona de interacción de la persona con otros, en un espacio público en concreto, la cual puede caer dentro del ámbito de la "vida privada"(34).

(32) BVERFG 2 BvR 2099/04, del 02/03/2006 (LG Karlsruhe).

(33) ROMEO CASABONA. "La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos". En: *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Juan I. Echano Basaldúa (Coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 516 y ss. Este artículo aparece publicado también en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 13, José Urquizo Olaechea (Director), Lima, 2003, p. 83 y ss.

(34) TEDH, «caso P.G. and J.H. v. The United Kingdom», del 25/09/2001.

De esta manera se echan por tierra los argumentos que pretenden justificar la ausencia de lesión a la intimidad de la persona cuando ella mantiene una relación de amistad, v. gr. divulgación de situaciones o experiencias personales; o incluso cuando ella mantiene relaciones basadas en el afecto o en el sexo que son aptas para lesionar otro tipo de bienes o intereses.

Así, por ejemplo, se ha dicho que las situaciones de intimidad compartida, v. gr. relaciones sexuales, no autorizan la revelación de secretos o su divulgación a merced de la experiencia compartida, ya que en estos casos también rige la tutela jurídica de la persona y su intimidad que se encuentra afectada cuando dichas relaciones son expuestas al público.

> "El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las S.S. citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que esta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo. Como señala la S.T.C. 70/02 es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 C.E., en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 C.E., implica 'la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana', con cita de las S.S.T.C. precedentes, y ello así sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad"[35].

Como bien señala el fallo trascripto, el ámbito de privacidad de la persona no se limita a una actividad aislada y no compartida, sino que abarca aquellas situaciones donde la persona desarrolla con otro un plan de vida determinado que por su naturaleza implica necesariamente la falta de trascendencia hacia terceros.

(35) STS, Sala de lo Penal, del 10/12/2004, N° de Resolución 12/19/2004 (ponente Saavedra Ruiz).

Uno de estos ámbitos es el matrimonio, donde los cónyuges están obligados recíprocamente a preservar dicho ámbito de privacidad libre de injerencias extrañas, salvo cuando alguna conducta de uno afecte directamente al otro de los contrayentes o algún otro miembro del grupo familiar.

> "Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el art. 197 del CP. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisible la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa. Porque la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece *erga omnes*, la constituye la autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común, pero en ningún caso –como razona la sentencia impugnada– podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado"(36).

En el tema que nos ocupa esto último tiene una relevancia práctica, ya que el uso abusivo de los ordenadores y los medios informáticos se caracterizan por la amplia posibilidad de divulgación y transmisión de datos o situaciones personales que atentan contra la susodicha intimidad personal. Cuando se transmite un video íntimo de una pareja sin su consentimiento por vía internet o se publican fotos de la intimidad personal, familiar, laboral, etcétera, sin la aprobación expresa del afectado, nos encontramos ante auténticos casos de inobservancia del derecho a la intimidad que merecen ser sancionados.

> "(...) al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa

(36) STS, Sala de lo Penal, del 14/05/2001, N° de Resolución 872/2001 (ponente Ramos Gancedo).

> absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no solo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de esta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado"[37].

En la actualidad, organismos públicos y privados almacenan y procesan datos personales de terceros en función de la relevancia de la información y su uso específico en cada materia. En particular, la llamada "automatización administrativa"[38] permite a la administración pública el tratamiento y uso de datos personales de sus ciudadanos, lo que genera de manera consciente la necesidad de protección contra el uso abusivo de dicha información por parte de los funcionarios públicos, así como evitar las indebidas injerencias de terceros. Dicha automatización administrativa genera un uso responsable y confidente de dicha información a la vez que genera una pretensión positiva en los afectados de controlar su contenido y uso.

Respecto del **ámbito** que abarca este derecho a la privacidad, por lo corriente se restringe dicho espacio al domicilio personal o familiar del individuo, pero nada impide extender dicho ámbito a otros que también generan una expectativa de privacidad, como ser e domicilio profesional, social, recreativo, etcétera. El problema de delimitar el ámbito razonablemente tutelable no reside tanto en la vinculación física, sino en el grado de expectativa de privacidad razonable que cabe esperar en términos generales de dicho ámbito. Nadie dudaría en afirmar que un escritorio, una gaveta, un armario o cualquier otro lugar debidamente cerrado genera una razonable expectativa de privacidad que merece resguardo jurídico.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal ha dicho que:

> "El derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión,

(37) STS, Sala de lo Penal, del 20/06/2003, N° de Resolución 694/2003 (ponente Moner Muñoz).
(38) Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Lorenzo. "La protección de datos de carácter personal en las actuaciones administrativas", p. 204.

> siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (...)"[39].

A su vez, el Tribunal Supremo español ha manifestado en este sendero que:

> "Es evidente que ni el domicilio de una persona jurídica, ni un despacho profesional u oficina, ni un establecimiento mercantil, ni un local abierto al público pueden ser normalmente equiparados al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna. Pero cabe la posibilidad de que en los domicilios, despachos, establecimientos y locales arriba mencionados se guarden documentos u otros efectos cuyo descubrimiento pueda lesionar la intimidad de las personas que sean titulares de los mismos o que sencillamente desempeñen en ellos una actividad laboral, bien entendido que la esfera de la intimidad se puede extender a cualesquiera datos de la vida personal o familiar, incluso a los económicos, de cuyo conocimiento se quiera excluir legítimamente a los extraños. Es por ello por lo que no debe ser considerado un exceso del legislador haber ampliado la protección penal a tales domicilios, despachos, establecimientos y locales, aunque la interpretación del tipo introducido en el Código Penal vigente y la fijación de los límites de su aplicación debe hacerse sin perder de vista el bien jurídico protegido por el mismo que es, en definitiva la 'ratio' del precepto"[40].

Cabe agregar que el acuerdo prestado por el titular del bien jurídico importa la renuncia de la protección penal, cuyo efecto jurídico deviene en causal de exclusión de la tipicidad de la conducta[41].

En este punto cabe recordar que la doctrina distingue, a partir de la labor de Geerds, entre acuerdo o conformidad (*Einverständnis*) y consentimiento (*Einwilligung*). Esta diferencia escapa a cualquier intento de reducirla a una mera distinción fonética o al uso caprichoso del idioma. Así pues, el acuerdo (también denominado asentimiento) opera en el marco del tipo y tiene como efecto inmediato su exclusión, siempre y cuando se trate de una acción contra o sin la voluntad del afectado (como ocurre con el delito en comentario); el consentimiento, por el contrario, excluye la antijuridicidad

(39) CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.", del 11/12/1984.
(40) STS, Sala de lo Penal, del 30/11/1999, N° de Resolución 1737/1999 (ponente Jiménez Villarejo).
(41) BERTEL/SCHWAIGHOFER, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I, Sechste, neubearbeitete Auflage, Springer, Wien/New York, 2000, § 122-124, 5.

de la conducta típica(42). Para esto último se reclama que el consentidor tenga poder de disposición (*Dispositionsbefugnis*) sobre el bien jurídico lesionado, que el consentimiento se otorgue anteriormente al hecho(43). En cuanto a sus efectos, el consentidor debe tener capacidad para consentir –para esto no es menester contar con la capacidad civil, sino con la capacidad de juicio y comprensión del hecho por parte del afectado–, el autor debe estar en conocimiento del consentimiento y no puede consentirse injerencias ajenas en el ámbito personal contrarias a las buenas costumbres, v. gr., lesiones corporales, atento el grado de preeminencia de la integridad corporal(44).

La ley en comentario sustituye la antigua denominación del Capítulo III, del Título V, del Libro II, "violación de secretos", por la de "violación de secretos y de la privacidad". Es necesario referirse a la circunstancia de que la jurisprudencia local discutió si el correo electrónico integraba el concepto de "carta". En consecuencia, la nueva regulación del art. 153 del Cód. Penal pone fin a este discusión al incorporar de manera expresa a la "comunicación electrónica" dentro de la categoría de los objetos susceptibles de agresión.

El nuevo art. 153 reprime las conductas de "abrir" o "acceder" indebidamente a una comunicación electrónica de la que el autor no sea destinatario. También se reprime el apoderamiento indebido de una comunicación electrónica, así como su supresión o desvío de su destino original. El segundo párrafo de este artículo reprime las acciones de "interceptar" o "captar" indebidamente comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de sistema privado o de acceso restringido. Si agrava la pena si el autor además hiciere público el contenido de la misiva. Por último, en caso de que el autor revista la calidad de funcionario público, se prevé conjuntamente la pena de inhabilitación por el doble de tiempo de la condena. El acceso indebido se presenta también cuando el autor utiliza una clave auténtica, pero sin el asentimiento del titular.

El bien jurídico protegido es la privacidad de las personas en el intercambio de información mediante un sistema telemático(45). Existe una expectativa de privacidad por parte de los usuarios de un sistema de comunicación (telefónico, telemático, etcétera) que merece ser tutelada a través de la ley penal. También existirá en su caso una afectación del normal funcionamiento del sistema informático por su acceso indebido y que permite

(42) EBERT, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Schaeffers Grundriß C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 79 y ss.
(43) BGHST. 17, 359.
(44) BGHST. 4, 88. En igual sentido, EBERT, Strafrecht, AT, pp. 79 y 80.
(45) CREUS/BUOMPADRE. *Derecho Penal, Parte especial*. T. 1, 7ª edición, Astrea, 2007, p. 381 y ss. Sobre el alcance del bien jurídico tutelado, vid. DONNA. *Derecho Penal, Parte especial*. T. II-A, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 341 y ss.

conocer el contenido de las comunicaciones interpersonales o manipular su destino. Para algunos autores el bien jurídico tutelado se identifica directamente con la incolumidad en la aplicación de datos(46). No excluye la mencionada tutela penal la circunstancia de que los datos afectados carezcan de valor económico(47).

El objeto de la acción está constituido por la comunicación electrónica. Dicha comunicación electrónica abarca desde la transmisión de datos de cualquier naturaleza, incluyendo la propia afectación de las comunicaciones orales realizadas mediante la red informática, hasta el acceso a la información almacenada en el sistema. De esta manera, la persona que abre un correo electrónico que no le está dirigido comete este delito (por ejemplo, el que lee los mensajes electrónicos dirigidos a su cónyuge, o bien el empleador que accede a los correos electrónicos de sus empleados)(48). También lo realiza el que lo suprime o lo reenvía a otra persona. La acción de "suprimir" abarca tanto la destrucción total o parcial de la comunicación electrónica. No excluya su tipicidad la posibilidad de recuperar la comunicación, ya que lo esencial es el ataque a la privacidad de las personas.

El art. 153 bis del Cód. Penal argentino reprime también la conducta de acceso indebido a un sistema telemático o dato informático de acceso restringido. Si el titular del servicio telemático o del dato informático fuese un organismo público, entonces la pena prevista de quince días a seis meses se agrava al doble de su tiempo.

También se sustituye la redacción del art. 155, al reprimir con pena de multa al que diese a conocimiento público el contenido de una comunicación electrónica, siempre y cuando el hecho tenga la entidad suficiente para menoscabar a terceros. Se requiere que la publicación del contenido de la comunicación privada alcance a un grupo indeterminado de personas(49). El último párrafo de este artículo regula una exención de responsabilidad cuando el autor hubiese actuado con el propósito de proteger un interés público. Este apartado tiene por finalidad tutelar el derecho a la información, en especial, respecto de su ejercicio por parte de la prensa(50).

(46) HILGENDORF/FRANK/VALERIUS, Computer- und Internetstrafrecht, p. 54 (192); LACKNER/KÜHL, StGB, § 303a, 1.
(47) LACKNER/KÜHL, StGB, § 303a, 1.
(48) NÚÑEZ. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. p. 235.
(49) Ibídem, p. 240.
(50) Al respecto, vid. Cám. Nac. Casación Penal, Sala I, c. 8949 "Ventura, Luis s/ rec. casación", rta. 07/11/2008. En este fallo se confirmó la condena de multa impuesta a un periodista que publicitó durante un programa televisivo el contenido de dos correos electrónicos de un tercero. En esta sentencia se analiza la relación que existe entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad. Asimismo, se pone de relieve que si bien la anterior redacción del art. 155 del Código Penal no contemplaba al "correo electrónico" como objeto de la acción, el uso del lenguaje común permite realizar una exégesis extensiva

De esta manera, la regulación definitiva de los delitos que atentan contra la intimidad de las personas en sus comunicaciones electrónicas resulta satisfactoria para abarcar los distintos comportamientos abusivos en la interceptación de comunicaciones privadas. Ya el acceso indebido a una cuenta de correo electrónica es suficiente para desencadenar la respuesta penal. Si a su vez el autor accede al contenido del correo electrónico, entonces cometerá otro delito informático, dando lugar a la aplicación de las reglas del concurso de delitos. Es menester resaltar que el contenido de lo injusto del tipo de acceso ilegítimo se presenta con el simple acceso a la base de datos del sistema informático, sin contar con la debida autorización de su titular(51). La autorización dada por el titular del sistema o el destinatario del correo electrónico, según el caso, reviste el efecto jurídico de una causal de exclusión de la tipicidad de la conducta. También actúa de manera atípica el que intercepta comunicaciones electrónicas mediando orden judicial.

Por su parte, la reforma en comentario introduce en el texto del art. 157 del Cód. Penal la acción de proporcionar de manera ilegítima información contenida en un archivo o banco de datos personales y se introduce otro párrafo al art. 157 bis para reprimir las conductas de inserción o hacer insertar de manera ilegítima datos en un archivo de datos personales. El delito de proporción ilegítima de datos se diferencia de la conducta penada por el art. 155 en que la primera apunta directamente al caso del "agente confidente", es decir, la persona encargada de ingresar los datos al sistema informático. En todo proceso de almacenamiento y procesamiento de datos existen personas determinadas que cumplen la función específica de manejar los datos o archivos del sistema. Al no tratarse de un delito especial, el autor debe proporcionar a terceros la información contenida en un archivo o banco de datos personales, no se requiere que la información proporcionada sea destinada a un grupo específico de personas, basta para su configuración la sola publicidad. Tampoco se requiere que el banco de datos afectado por la acción ilícita tenga por finalidad brindar informes a terceros(52). Por su parte, el delito del art. 157 bis se perfecciona cuando una persona inserta ilegítimamente datos en una archivo de datos personales. En nada impide la aplicación de esta figura la circunstancia de que los datos insertados de manera ilegítima sean verdaderos o falsos. El borrado o la manipulación de dicha información, como se verá a continuación, cae bajo el ámbito de la figura de "daño informático" (art. 183, segundo párrafo, CP).

---

para incluirlo en el término "correspondencia", sin importar dicha actividad una inobservancia del principio de legalidad.

(51) CCC, Sala VII, c. 24.848 "Reidman, A.", rta. 18/03/2005.

(52) CCC, Sala VII, c. 24.542 "Feldman, A. s/ procesamiento", rta, 20/10/2004.

Todos los delitos reseñados son dolosos y se acepta en doctrina la tentativa(53).

IV. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

La extendida intermediación de sistemas telemáticos en la circulación de dinero, su aplicación a la compra y venta de productos, generó la necesidad de contar con tipos penales que escaparan a la necesidad de la presencia de un error en el sujeto, casos abarcados generalmente por el delito de estafa(54). Justamente este delito de estafa exige la intervención de una persona física, circunstancia que estaba ausente cuando intermediaba un sistema informático o de transmisión de datos(55). En consecuencia, dicha realidad impuso la necesidad de reformar los ordenamientos penales a la luz del avance de las nuevas tecnologías. Una respuesta a dicha evolución ha sido la de regular de manera independiente un delito de defraudación que abarcase la intermediación de un sistema informatizado. En general, se requiere ahora la necesaria manipulación de un sistema informático con el propósito de obtener un ilegítimo beneficio económico. Para el caso, se ha afirmado que comete el delito en cuestión el autor de la manipulación del sistema informático contable de su empresa empleadora con el propósito de alterar la cantidad de pedidos de mercadería usualmente formulados por aquella, cuyo importe era abonado por dicha empresa y el excedente de mercadería solicitada era remitido a un tercero en connivencia con el autor de la maniobra fraudulenta(56).

Otro inconveniente que se presenta con la intermediación de un aparato automatizado se proyecta sobre la disposición patrimonial. En general se acepta en doctrina que el sujeto pasivo debe entregar a merced del engaño que padece una cosa material. Sin embargo, esta exigencia ofrece serias dificultades cuando se trata de prestaciones de servicios, por ejemplo, una comunicación telefónica(57) o en el supuesto de las transferencias electrónicas de moneda escritural o moneda de giro(58).

(53) NÚÑEZ. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. p. 235 y ss.

(54) KINDHÄUSER, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar (LPK- StGB), 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006, § 263a, 1.

(55) En este sentido TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Trad. Amelia Mantilla Villegas, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, p. 27, señala que "los nuevos desarrollos en la técnica y en la economía imponen perentoriamente, por ejemplo, una modificación en los tipos penales de la estafa y la falsedad documental, por cuanto, en muchos ordenamientos jurídicos, las normas vigentes se refieren a conductas humanas y manifestaciones del pensamiento y, por tanto, no pueden abarcar las manipulaciones realizadas en instalaciones de procesamiento electrónico de datos (...)".

(56) BGH 1 StR 274/03, sentencia del 07/10/2003.

(57) RASAT, Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, 2a. ed., Dalloz, 1999, pp. 123 y 124.

(58) GONZÁLEZ RUS. "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", RECPC 01-14 (1999), 30/61 (<http://criminet.ugr.es/recpc>). Este autor señala los problemas

En el Derecho Comparado, el § 263a del Código Penal alemán regula el denominado fraude informático (*Computerbetrug*) que se perfecciona cuando el agente influye en el resultado de un proceso de elaboración de datos por medio de una errónea configuración del programa, por medio del uso de datos incorrectos o incompletos, a través del uso no autorizado de datos o a través de intervención desautorizada en el proceso, con el propósito de procurar para sí o para un tercero una ventaja patrimonial ilícita y perjudique el patrimonio de otro(59).

Entre las modalidades posibles de engaño se cuentan la falta de veracidad sobre el valor de la cosa o su estado, su cantidad, su calidad, etcétera(60). De esta manera comete el delito de estafa el proveedor de un sistema informático que engaña al adquiriente sobre las prestaciones técnicas del programa que fueran estipuladas en el contrato respetivo(61).

Sin embargo, en este campo de delincuencia informática se acepta necesariamente por lo general el "uso no autorizado" de un dato informatizado, es decir la manipulación por parte de un tercero de datos informáticos no autorizados por su titular, para afirmar la configuración del delito de estafa. Acá es preciso señalar la importancia adquirida por el denominado "confidente necesario" en el uso de los procesos informáticos. El almacenamiento, la transmisión y la utilización de datos a cargo de personas especializadas o no permite conocer ciertos datos sensibles de clientes, circunstancia que auspicia la posibilidad de su uso no autorizado o permitido. Los tipos penales especiales de estafa informática (*Computerbetrug*) regulan este tipo de comportamientos donde no media engaño o error alguno, sino un uso no autorizado por parte del interesado(62). Lo importante en el delito de estafa informática es que el autor influya en el resultado de un proceso de tratamiento de datos(63).

Una cuestión aparte en la aplicación del delito de estafa es la que se presenta con la **eliminación** de algún dato o cómputo que perjudique al usuario o titular. Así, por ejemplo, puede mencionarse el supuesto de borrado de

que se presentaban con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1995 con las transferencias electrónicas de moneda, ya que dicha transferencia no supone otra cosa que un asiento contable en el sistema y un derecho de crédito por el saldo resultante, circunstancia que resulta incompatible con el concepto jurídico de "cosa mueble".

(59) Vid., SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/PERRON. Strafgesetzbuch Kommentar, 27 Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 263a.

(60) CORBOZ. Les principales infractions, Staempfli Editions SA, Berne, 1997, p. 140.

(61) COUR DE CASSATION CRIM., sentencia 2/11/2005, BICC 634 N° 276.

(62) STRATENWERTH. Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Fünfte, teilweise neubearbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1995, § 16, 7.

(63) KINDHÄUSER, LPK- StGB, § 263a, 6.

activos en una cuenta bancaria. En la doctrina extranjera se discute su aplicación a este caso(64).

A raíz de dicha controversia se ha generado la necesidad de regular, a la par de la previsión de la estafa genérica, otra que atienda de manera exclusiva a la mediación de un aparato mecanizado. En esta línea se enrola el art. 248.2 del Código Penal español que regula el delito de estafa específico para la manipulación informática.

Otro tanto ocurre en el derecho positivo suizo con la aprobación de la Ley Federal del 17 de junio de 1994. De acuerdo a esta ley, se introduce en el Código Penal suizo el § 147, que regula la denominada "estafa informática" (*Computerbetrug*).

Por su parte, el § 148a del Código Penal austriaco regula también la estafa informática mediante el uso abusivo de datos. Este delito se configura cuando el autor opera sobre los procesos de tratamientos de datos electrónicos ajenos, sea por eliminación, cambio o modificación de los estados bancarios o contables de otra persona, y así provoque un perjuicio patrimonial ilegítimo(65). Según esto, comete este delito el contador de un banco que registró dinero de una cuenta ajena en la suya propia(66).

En el derecho positivo italiano, el art. 640 ter del Código Penal italiano reprime el *frode informatica*. Esta disposición abarca la conducta de alterar el funcionamiento de un sistema informático o telemático y la de intervenir ilegítimamente en el dato, información o programa contenido en un sistema informático o telemático. El autor debe actuar guiado por ánimo de lucro, para sí o para un tercero, o de daño(67).

Entre los diversos fraudes informáticos se registra también la manipulación del ingreso al sistema mediante la introducción de datos falsos o inexactos, la de los programas o cualquier otra injerencia en el tratamiento de datos con el propósito de obtener una ventaja económica espuria(68).

En la República Argentina, la ley de reforma introduce el inciso 16 al art. 173 del Cód. Penal que reprime la defraudación mediante medios informáticos. La conducta reprimida consiste "en defraudar a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos". De esta manera, gracias a

(64) STRATENWERTH. Schweizerisches Strafrecht, BT I, § 16, 8.
(65) BERTEL/SCHWAIGHOFER. Österreichisches Strafrecht. BT I, § 148a, 1.
(66) BERTEL/SCHWAIGHOFER. Ob. cit., § 148a, 1.
(67) FIANDACA/MUSCO. *Diritto penale*. Parte speciale, Vol. II, tomo secondo, seconda edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2002, p. 189.
(68) Vid. Considerando 86 de la Convención sobre la Criminalidad (Budapest, 8 de noviembre de 2001).

esta generosa redacción, la manipulación de sistemas telemáticos con el propósito de obtener una espuria ventaja patrimonial queda definitivamente regulada en nuestra ley penal. Como se sabe, el delito de estafa regulado por el art. 172 del Cód. Penal se hacia acreedor de importantes objeciones llegado el momento de abarcar la llamada "estafa informática". En especial, una de las críticas se circunscribía a la falta de intermediación de una persona como pauta necesaria para que se produzca el engaño.

El bien jurídico tutelado es el patrimonio. Esta forma de defraudación presenta la peculiaridad de que no se exige de ahora en más que la defraudación vaya precedida de un desplazamiento patrimonial provocado por un error humano. La afectación con fines fraudulentos del funcionamiento del sistema informático o de transmisión de datos para obtener una ventaja económica espuria constituye el contenido de lo ilícito. Esta afectación puede consistir tanto en la introducción de datos falsos como la supresión de datos verdaderos. Así pues, comete esta especie de defraudación el que transfiere fondos ajenos a una cuenta propia o de un tercero, o bien el que suprime datos económicos que terminan por alterar el estado financiero personal. Por lo general, las conductas típicas se relacionan con la directa manipulación del sistema informático, o bien con la información (*input*) procesada en dicho sistema de tratamiento de datos, así como el uso no autorizado de datos (códigos de acceso)[69].

Sin embargo, la redacción del actual inciso 16 del art. 173 exige que la defraudación se materialice mediante la manipulación de un sistema telemático, circunstancia que impediría encuadrar en este tipo penal aquellas conductas fraudulentas que consistan en la utilización de claves verdaderas (por ejemplo, la extracción de dinero mediante el uso del código correcto de usuario). Para evitar esta laguna de punición, los códigos penales modernos regulan también la utilización fraudulenta de datos verdaderos. Por ejemplo, los tribunales suizos han considerado punible la conducta de ingresar datos verdaderos para obtener acceso a una cuenta bancaria, sin autorización de su titular, y así apoderarse de una importante cantidad de dinero[70]. Se discutía si el ingreso de la clave auténtica significaba una manipulación de datos, sumado a que el empleo de esa clave no supuso intromisión alguna en el proceso de tratamiento de datos. Al respecto, el Tribunal Superior suizo afirmó que el § 147 del Código Penal abarcaba los casos de utilización de "datos correctos" en la introducción de un proceso normal de tratamiento de datos, en los que el autor carece de la autorización necesaria por parte de su titular[71].

(69) KINDHÄUSER, LPK- StGB, § 263a, 5.
(70) BGE 6S. 247/2001, sentencia del 10/05/2001.
(71) Cfr. BGE 6S. 247/2001, sentencia del 10/05/2001.

Otra propuesta de solución sostiene que la ausencia de manipulación de datos por parte del autor conduce a la aplicación del delito de hurto, ya que los tipos penales de *Computerbetrug* requieren la manipulación de datos almacenados en un sistema informático(72). De esta manera la ausencia de manipulación de datos importa la imposibilidad de aplicar la figura de estafa informática, por ejemplo, como se reconoció en la pretendida aplicación del inciso 2 del art. 248 del Código Penal español, puesto que:

> "(...) Con relación al nuevo art. 248,2 del texto penal vigente de 1995 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados 'cajeros automáticos', porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. Constituye así este supuesto una mera sustracción de dinero mediante la utilización por un tercero del específico medio de acceso del propietario del mismo, pero no alcanza a la conducta igualmente delictiva de transferencia de activos patrimoniales mediante la 'manipulación informática'. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la manipulación informática o artificio semejante que requiere el precepto al no concurrir en supuestos de utilización de tarjeta legítima, encontrada o sustraída a sus titulares"(73).

Otra modificación importante se produjo al incorporar el llamado "daño informático". El segundo párrafo del art. 183 del Cód. Penal reprime al que "alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños". En consecuencia, queda zanjada la discusión sobre la procedencia de la aplicación del delito de daño cuando el objeto sobre el cual recae la agresión es un programa informático(74). En adelante, la introducción en un sistema telemático de programas de destrucción de información quedan atrapados por la norma referida.

El delito agravado de daños regulado por el art. 184 suma un nuevo inciso que atiende a la afectación de sistemas informáticos "destinados a la

(72) HABERL/KEPLINGER, Das österreichische Strafgesetzbuch, Selbstverlag, Graz, 2001, comentario del § 148a del Código Penal austriaco, p. 248.

(73) STS, Sala de lo Penal, del 16/03/1999, N° Resolución 427/1999 (Ponente Martínez- Pereda Rodríguez).

(74) Vid., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dirigido por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, coordinado por Marco Antonio Terragni, artículos 172/185, Nº 7, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2009, comentario de los arts. 183/184 por Ricardo D. Huñis, p. 851 y ss.

prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público".

Ambos delitos son de resultado y no exige cualidad especial alguna para el autor.

V. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

Dentro de los delitos contra la seguridad pública, se sustituye el art. 197 del Cód. Penal para abarcar las acciones de interrumpir y entorpecer las comunicaciones telemáticas. Las acciones prohibidas deben crear una seria afectación a las comunicaciones cursadas mediante la red informática, es decir, la lesividad de este delito reclama una cuota de trascendencia en la propia afectación del sistema. Un problema de antaño se refiere a la naturaleza del servicio de telecomunicaciones afectado, es decir, salvo las comunicaciones públicas que sí se encuentran tuteladas por la ley penal, las comunicaciones privadas generan algunas dudas, en especial, cuando está ausente la característica de trascendencia de la comunicación (por ejemplo, un sistema cerrado de comunicación mediante instrumento informático de una empresa privada)[(75)]. Sin embargo, no puede dudarse su tipicidad cuando los servicios de telecomunicaciones son proporcionados por empresas privadas, ya que en la actualidad los servicios de red informática son suministrados por empresas particulares. El punto de inflexión se encuentra, de acuerdo a nuestro criterio, en la trascendencia o no de dicha interrupción, ya que el bien jurídico tutelado es la seguridad común. Las acciones de interrumpir y entorpecer deben tener por objeto de acción al mismo sistema informático. No encuadra en la aplicación de este tipo penal la destrucción del equipo de telecomunicación (*hardware*), en cuyo caso corresponde aplicar el delito de daño.

El artículo en comentario se integra con el delito de resistencia violenta al restablecimiento de la comunicación en general, y en particular queda abarcada la comunicación de origen telemático.

VI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley 26.388 sustituye el art. 255 del Cód. Penal a los efectos de incorporar la acción de "alterar", en todo o en parte, los objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente. De esta manera, las acciones típicas pasan a ser las de sustraer, ocultar, destruir, alterar o inutilizar. En este sentido, es menester que los objetos se encuentren afectados a un proceso judicial y que adquieran la calidad de "prueba", es decir, debe existir una

(75) CREUS/BUOMPADRE. *Derecho Penal*. T. 2, p. 61. Para una mayor exposición del tema, vid. DONNA. *Derecho Penal, Parte especial*. T. II-C, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 171 y ss.

custodia oficial sobre ellos[76]. En caso de destrucción, alteración o inutilización de un registro digitalizado está figura penal adquiere preponderancia sobre la figura de daño informático, por aplicación de las reglas de especialidad. Se alcanza la consumación de este delito cuando el agente infringe la custodia del objeto mediante la acción de alterar el objeto probatorio. También se admite la tentativa.

En este sentido, la acción de alterar puede abarcar documentos como registros electrónicos. Dicha conducta debe tener como finalidad la modificación de un estado de cosas, sin importar beneficio alguno para su autor. Así pues, puede alterarse un documento informático, una comunicación informática, un registro contable informatizado con la finalidad de beneficiar o perjudicar a un tercero, pero dicha finalidad excede las exigencias subjetivas del tipo en cuestión[77].

Se trata de un delito común. Autor puede ser tanto un particular como un funcionario público o persona depositaria[78].

VII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Si bien la reforma en comentario se limitó a regular las manifestaciones más frecuentes de ataques contra la red informática, la ley penal argentina ya había sufrido algunas modificaciones en el campo de la propiedad intelectual. La ley 25.036 modificó la ley 11.723 con la incorporación, en la redacción de su art. 1, de los programas de computación como objeto de protección. Esta reforma obedeció a la discrepancia creciente que exhibían hasta entonces los tribunales, en torno de la tipicidad del copiado y la reproducción de los programas de computación sin autorización del autor, girando la discusión en torno a si los mencionado programas se hallaban protegidos por la ley, pese a que no eran expresamente mencionados por ella.

Dicha cuestión adquirió su punto más álgido cuando la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró, en la causa "*Autodesk*", que el programa de computación (*software*) no era una obra intelectual y, por ende, estaba excluida del ámbito de tutela penal previsto por la ley 11.723.

La Corte Suprema de Justicia, no llegó a pronunciarse sobre el tema al entender que el caso planteado versaba sobre cuestiones de derecho común y, en consecuencia, ajeno a la vía extraordinaria intentada. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal ha sido modificada a partir de la

(76) DONNA. *Derecho Penal, Parte especial*. T. III, 2ª ed., Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 230.
(77) Ibídem, p. 231.
(78) Ídem.

introducción, como ya se dijera, de los programas de *software* como objeto de protección legal de la ley 11.723, según ley 25.036.

En el mencionado caso "*Autodesk, Inc.*", de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, del 9 de marzo de 1998, se sostuvo que el programa de computación no era una obra intelectual, sino una serie de secuencias lógicas, un conjunto de fórmulas dispuestas para un fin, que no tienen ni originalidad, ni estética. No obstante dicho fallo, los tribunales que de dicha cámara dependen, en su gran mayoría, se inclinaban por fallar en idéntico sentido, para cumplir con el principio de economía procesal, sin perjuicio de que muchos de ellos dejaban a salvo su opinión en contra de dicha solución(79).

La protección del *software* a través de las normas del derecho de autor se ha impuesto en la mayoría de los países desarrollados. En ese sentido se han sancionado leyes especiales, introduciendo el *software* en el régimen de protección de las leyes de propiedad intelectual, Estados Unidos (1980), Australia (1984), Alemania (1985), Francia (1985), Reino Unidos de Gran Bretaña (1985), Japón (1985), España (1985), Brasil (1987) y Chile (1990), entre muchos otros países.

Sin embargo a juicio de alguno autores(80), el *software*, por sus características, no se adapta al concepto de obra científica, literaria, artística ni didáctica protegida por el derecho de autor. En ese sentido, consideran que la obra protegida por el derecho de autor y el *software* son entes ontológicamente diferentes.

No obstante opiniones contrarias, y como ya se expresó la Ley 25.036 (B. O. del 11 de noviembre de 1998) incorporó al art. 1 de la Ley 11.723 los

(79) Por ejemplo, la Sala I de la Cám. Crim. y Correc., el 26 de agosto de 1998 dispuso decretar el procesamiento del imputado, por considerarlo penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 72, inc. a), de la ley 11.723. En dichos autos se investigaba la conducta del encausado, quien habría vendido los programas de Microsoft Office 97 y FIFA 97, sin la autorización de su propietario. Pese a que este fallo fue dictado una vez promulgada la ley 25.036, que incluyó a los programas de computación como objeto de tutela legal por la ley 11.723, se realizó el desarrollo de la jurisprudencia de dicho tribunal con anterioridad al dictado de la primera de las leyes. Así, se consignó que en reiterados pronunciamientos se había ya admitido que el *software* es el resultante de una actividad mental creadora, encaminada a la creación y desarrollo de un soporte técnico, que allana el camino, en el aspecto funcional, entre la computadora y el usuario, y que, por lo tanto, era una creación intelectual susceptible de ser incluida en la nómina de obras intelectuales protegidas por la ley 11.723.
Otros tribunales o jueces, en el mismo sentido, consideraban que al no ser los fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal obligatorios para los jueces que de dicho tribunal dependen, no tenía efecto vinculante, por lo que en numerosas oportunidades fallaron en contra de lo sostenido por dicha cámara.

(80) SALT. "Protección del software y derecho penal en la República Argentina. ¿Creación jurisprudencial de tipos penales?". En: *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Dr. David Baigún*. Bs. As., Ed. Depalma, pp. 91/114.

programas de computación y a las compilaciones de datos en el marco tuitivo otorgado a la propiedad científica, literaria y artística(81).

El artículo ha quedado redactado de esta forma: "A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantonímicas (...), en fin; toda producción científica, literaria o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción".

También modificó el art. 4 de la ley de derechos de autor al establecer que son titulares de los derechos de propiedad intelectual las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes, contratados para elaborar un programa de computación, lo hubiesen producido en el desempeño de sus funciones laborales (salvo que exista un contrato que estipule lo contrario).

VIII. CONCLUSIONES

Luego de este breve repaso sobre la actualidad legislativa en materia penal de nuestro país, puede afirmarse sin hesitar que la reforma en comentario pone coto a las manifestaciones delictivas cometidas por intermedio de la red informática. Seguramente será necesario en un futuro próximo regular de manera más taxativa algunas formas de criminalidad informática (por ejemplo, la debatida cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que proveen los sistemas de redes), pero la ahora reforma penal comentada pone término a varias décadas de impunidad. Sirva este trabajo como sincero y caluroso homenaje para el Dr. Klaus Tiedemann con motivo de su natalicio y por sus importantes contribuciones al Derecho Penal.

IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABOSO/ZAPATA. *Cibercriminalidad y Derecho Penal*. BdeF, Buenos Aires, 2006.

BERTEL/SCHWAIGHOFER. *Österreichisches Strafrecht*. Besonderer Teil I, Sechste, neubearbeitete Auflage, Springer, Wien/New York, 2000.

BIDART CAMPOS. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. T. I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001.

(81) MILLÉ. "La protección penal del 'software'", ED, t. 128, p. 863 y ss.; LEDESMA. "La piratería en el campo de la informática". ED, t. 129, p. 793 y ss.

BOLDOVA PASAMAR. *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal.* Colección Vanguardia en Ciencias Penales, Editorial Ubijus, México D.F., 2008.

Cincuenta años de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003.

Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, coordinado por Marco Antonio Terragni, Artículos 172/185, Nº 7, 1ª. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

CORBOZ. *Les principales infractions*. Staempfli Editions SA, Berne, 1997.

CREUS/BUOMPADRE. *Derecho Penal, Parte especial.* T. 1, 7ª edición, Astrea, 2007.

DONNA. *Delitos contra la integridad sexual*. Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2000.

- *Derecho Penal, Parte especial.* T. II-A, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.
- *Derecho Penal, Parte especial.* T. II-C, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.
- *Derecho Penal, Parte especial.* T. III, 2ª. ed., Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.

EBERT, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Schaeffers Grundriß C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993.

FIANDACA/MUSCO. *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II, tomo secondo, seconda edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2002.

GONZÁLEZ RUS. "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos". RECPC 01-14 (1999), <http://criminet.ugr.es/recpc>.

HABERL/KEPLINGER. *Das österreichische Strafgesetzbuch.* Selbstverlag, Graz, 2001.

HILGENDORF/FRANK/VALERIUS. *Computer- und Internetstrafrecht*. Springer, Berlin, 2005.

KINDHÄUSER. *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*. 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006.

LACKNER/KÜHL. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2007.

LEDESMA. "La piratería en el campo de la informática". ED, t. 129, p. 793 y ss.

LÓPEZ CASARIEGO. "Sanción a la pornografía infantil. El nuevo texto del art. 128, CP". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Abeledo Perrot, 2/2009, p. 298 y ss.

LORENZO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. "La protección de datos de carácter personal en las actuaciones administrativas". En: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Carlos María Romero Casabona (Ed.) Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, Comares, 1997, p. 203 y ss.

MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD. Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 9., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, 2003.

MILLÉ. "La protección penal del 'software'". ED, t. 128, p. 863 y ss.

MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal, Parte especial*. 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NÚÑEZ. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. 4ª ed., actualizada por el Dr. Víctor Félix Reinaldi, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2009.

PALAZZI. "El delito de ofrecimiento y distribución de imágenes relacionadas con la pornografía infantil y de tenencia con fines de distribución". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Abeledo-Perrot, 2/2009, p. 290 y ss.

RASAT. *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*. 2a. ed., Dalloz, 1999.

ROMEO CASABONA. "La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos". En: *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Juan I. Echano Basaldúa (Coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 513 y ss.

Id., *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 13, José Urquizo Olaechea (Director), Lima, 2003, p. 83 y ss.

SALT. "Protección del *software* y Derecho Penal en la República Argentina. ¿Creación jurisprudencial de tipos penales?". En: *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Dr. David Baigún*. Bs. As., Ed. Depalma, p. 91 y ss.

SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/PERRON. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27 Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2006.

SIEBER. "Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht- Eine Rechtsvergleiche Analyse". En: <www.jura.uni-muenchen.de/sieber/article>.

- "Multimediarecht, Strafrecht und Strafproze*ß*recht". En: <www.jura.uni-muenchen.de/sieber/article>.

STRATENWERTH. Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Fünfte, teilweise neubearbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1995.

TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Trad. Amelia Mantilla Villegas, Ariel Derecho, Barcelona, 1985.

VERON. *Droit pénal spécial*. 7ª ed., Colin, Paris, 1999.

Promoción de la cooperación internacional gracias a las normas suizas antiblanqueo
Automatic Paper and Assets Tracing

Paolo BERNASCONI(*)
(Suiza)

SUMARIO: I. Introducción: Un nuevo criterio para la *peer review* del FATF/GAFI. **II.** Primera parte: Prevención del blanqueo de capitales y cooperación internacional. **1.** Medidas antiblanqueo a cargo de los intermediarios financieros. **2.** El sistema suizo de cooperación internacional. **III.** Segunda parte: Búsqueda internacional de informaciones y de haberes patrimoniales ocultos. **1.** Mediatización de un proceso penal extranjero. **2.** Valorización de la mediatización por parte de un intermediario financiero con sede en territorio suizo. **3.** Valorización de la Oficina federal de comunicación. **4.** Valorización de la autoridad judicial suiza. **5.** Reacción de la autoridad judicial suiza. **6.** Reacción de la autoridad exhortada suiza. **7.** Destino de los haberes patrimoniales secuestrados. **8.** Automatismos entre autoridades administrativas. **9.** Consecuencias generales de los citados automatismos. **IV.** Anexos.

I. INTRODUCCIÓN: UN NUEVO CRITERIO PARA LA *PEER REVIEW* DEL FATF/GAFI

En los últimos años la lista de los países denominados no cooperativos elaborada por la FATF/GAFI de la OCSE se ha reducido de forma estremecedora y los intermediarios financieros se han visto privados de un útil instrumento de prevención contra el blanqueo de capitales. Las razones de esta disminución son, a todas luces, de carácter político. Otro motivo lo constituye el hecho de que el análisis de la situación existente en cada país se funda excesivamente en el derecho vigente y no profundiza bastante en la praxis y en los mecanismos existentes. En este artículo se describe sumariamente un

(*) Abogado y notario, Bufete Bernasconi Martinelli Alippi & Partners, Lugano (Suiza). Profesor en las universidades de San Gallo, de Zúrich y de Insubria, Como.

automatismo que funciona desde hace varios años en el sistema jurídico suizo y que, según ha quedado demostrado, favorece en especial los procedimientos penales en curso en el extranjero. Recomendamos a las delegaciones que controlarán próximamente el estado de aplicación efectiva de la Cuarenta Recomendaciones antiblanqueo y antiterrorismo del FATF / GAFI de junio de 2003 que incluyan también la verificación relativa a la existencia y al funcionamiento efectivo de dicho automatismo. A través de esta contribución a la mejora de los instrumentos jurídicos contra las formas más refinadas de criminalidad pretendemos rendir un homenaje al esfuerzo constante y no circunscrito a la mera investigación jurídica del profesor Klaus Tiedemann.

II. PRIMERA PARTE: PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL

1. Medidas antiblanqueo a cargo de los intermediarios financieros

1.1. El sistema suizo antiblanqueo no se basa tan solo en la represión del blanqueo de dinero (art. 305bis Código Penal suizo/CPS) sino en una amplia serie de obligaciones que recaen en la categoría profesional de los intermediarios financieros que define el art. 2 Ley suiza sobre el blanqueo de dinero (LBD) y a la que pertenecen sobre todo los bancos, los corredores de valores mobiliarios, las aseguradoras privadas, los gestores de patrimonio, los fiduciarios, los brokers, las oficinas de cambio y similares. El art. 305ter CPS establece que en todas las relaciones de negocios abiertas con un intermediario financiero que opera de forma total o parcial en territorio suizo se debe identificar no solo al mandante sino también al derechohabiente (*beneficial owner*), esto es, a la persona que tiene la capacidad efectiva de disponer de un determinado activo patrimonial a través de una relación fiduciaria, especialmente una sociedad con sede en Suiza o extranjera[1]. Gracias a esta norma, que entró en vigor el 1 de agosto de 1990, se abolieron de hecho todas las relaciones de negocios anónimas. Además, los intermediarios financieros deben:

a) Preparar y conservar la documentación relativa a la identificación realizada (art. 7 LBD).

b) Controlar de forma especial el trasfondo económico y la finalidad de una transacción o de una relación de negocios (art. 6 LBD) cada vez que estas parezcan inusuales, a menos que su legalidad sea manifiesta, o cada vez que existan indicios que permitan suponer que

(1) Véase la definición prevista en el art. 3 de la Ordenanza de la autoridad antiblanqueo de control y asimismo el art. 4 de la Convención de diligencia bancaria de 01/07/2008.

los valores patrimoniales en cuestión proceden de un crimen (art. 9 CPS), o que una organización criminal (art. 260ter CPS) ejerce un poder de disposición sobre los mismos.

c) Comunicar a la Oficina federal de comunicación (MROS/Money Laundering Reporting Office Switzerland) todos los valores patrimoniales sobre los cuales y en función de unas sospechas fundadas el intermediario financiero sepa o presuma que pueden guardar relación con el blanqueo de dinero, con un crimen o con una organización criminal (art. 9 LBD). En ese caso, a esta obligación se añadirá la de bloquear de inmediato los valores patrimoniales en cuestión (art. 10 LBD) y la de mantener en secreto la comunicación durante cinco días laborables (art. 9 LBD). El cumplimiento de esta obligación repercute en ocasiones negativamente en el intermediario autor de la comunicación, ya que puede dar lugar a un procedimiento administrativo o penal en caso de que emergan ciertas carencias personales concernientes, por ejemplo, a la preparación y a la conservación de los documentos de identificación, en particular el Formulario A previsto por el art. 3 CDB, o carencias organizativas por las que la empresa deba responder penalmente (art. 102 CPS, ya art. 100quater CPS). Otro principio se tambalea: *nemo tenetur se detegere*.

d) A abstenerse de ejecutar las instrucciones del mandante-cliente cuando existan indicios concretos de la aplicación de inminentes medidas coercitivas por parte de las autoridades relativas a los haberes patrimoniales sobre los que el intermediario financiero ejerce un poder de disposición a favor de su mandante-cliente (art. 28 párrafo 2 Ordenanza FINMA 1 (Swiss Financial Market Supervisory Authority); art. 43 Ord. FINMA 3).

Las citadas obligaciones se concretizan y se especifican para cada una de las categorías profesionales de acuerdo con los decretos federales antiblanqueo[(2)].

1.2. Las relativas normas antiblanqueo han introducido a cargo de determinadas categorías profesionales como, por ejemplo, los bancos, los corredores de valores mobiliarios, las direcciones de los fondos de inversión y de otros instrumentos colectivos de inversión, así como a cargo de otras categorías de intermediarios financieros, el principio de la prevención antiblanqueo basada en el riesgo (*risk-based approach*), en el

(2) Ordenanzas federales antiblanqueo 1, 2, 3 de la FINMA.

sentido de que todas las relaciones de negocios y, por lo tanto, los clientes y las transacciones, deberán clasificarse de acuerdo con unas categorías de riesgo que tengan en cuenta, entre otras cosas, la combinación de varios criterios como el geográfico o la entidad de los valores en juego . A fin de permitir que los intermediarios financieros puedan hacer frente a la ejecución de esta norma y a las restantes obligaciones antiblanqueo el art. 8 LBD impone la adopción de determinadas medidas organizativas y de control que, por lo general, se confían a un *compliance officer*. En pocas palabras, la ejecución del sistema suizo antiblanqueo ha supuesto la delegación de numerosas medidas de prevención a los mismos intermediarios financieros.

2. El sistema suizo de cooperación internacional

2.1. A la hora de comparar los comportamientos ilícitos ningún sistema jurídico nacional puede prescindir ya ni del contexto internacional ni de la conexión con el sistema de cooperación entre las autoridades de los diferentes países. También en este ámbito el derecho penal ha tenido y tiene una función motriz, sobre todo en la lucha contra el blanqueo, la corrupción y el terrorismo. Pero su eficacia depende también del buen funcionamiento de la cooperación entre las autoridades judiciales civiles, de quiebra, fiscales y administrativas en general. El automatismo que describimos aquí se explica por encima de todo en el sistema penal, de manera que nos concentraremos en este. Dado que este automatismo funciona también entre autoridades administrativas, sobre todo entre aquellas con competencia para vigilar el mercado financiero, dedicaremos a estas un capítulo final (cfr. *infra* capítulo 10).

2.2. Suiza ha ratificado las principales convenciones internacionales y europeas así como numerosos tratados bilaterales, especialmente con los países de Derecho anglosajón y con los confinantes, para adaptar su sistema jurídico, tanto convencional como interno, a los estándares internacionales. Además, en los últimos años se ha ido consolidando una praxis jurisprudencial particularmente generosa en relación con las solicitudes de asistencia judicial internacional en materia penal gracias a la aplicación extensiva de las claúsulas contenidas en el preámbulo de las convenciones y los tratados bilaterales según los cuales “las partes acuerdan la más amplia cooperación”. Por último, el Derecho nacional interno, esto es, la Ley federal sobre asistencia internacional en materia penal (LAIMP) así como la Ley federal de ejecución del Tratado de asistencia judicial entre Suiza y los Estados Unidos, prevén unos instrumentos que a menudo son más incisivos que los previstos por el derecho convencional.

2.3. En cuanto a las medidas coercitivas y a los medios de investigación que la autoridad judicial suiza pone a disposición para la ejecución de exhortos extranjeros se ha concretizado de hecho el principio de la equivalencia nacional (*Inländerbehandlung*)[3], en virtud del cual la autoridad suiza contribuye al procedimiento extranjero poniendo a disposición los mismos medios procesales previstos a favor de los procedimientos internos suizos, incluidos los más modernos[4] como la vigilancia de las cuentas bancarias, el interrogatorio mediante teleconferencia, el recurso a investigaciones enmascaradas y símilares.

2.4. Además, apenas la autoridad suiza exhortada obtiene del contenido de un exhorto extranjero indicios concernientes a la comisión en territorio suizo de un delito como, por ejemplo, el blanqueo o la receptación de las ganancias derivadas de un delito cometido en un territorio extranjero, promueve de oficio un procedimiento nacional interno.

2.5. Además la jurisprudencia federal ha abolido ya el principio de *ne eat iudex ultra petita*, en el sentido de que la autoridad exhortada suiza ya no deberá, como sucedía hace décadas, circunscribirse a las peticiones enumeradas en el exhorto extranjero sino que deberá extender también la ejecución del exhorto a los medios de prueba o a los haberes patrimoniales cuya asunción o secuestro podría suponer un ulterior exhorto por parte de la autoridad extranjera que lo promueve.

2.6. La generosa praxis de las autoridades exhortadas suizas relativa a los exhortos extranjeros tiene como efecto que los intermediarios financieros que operan en territorio suizo y que son destinatarios de las decisiones de la autoridad exhortada suiza relativas a la ejecución de un exhorto extranjero deben cumplir con dos categorías diferentes de obligaciones[5].

a) Ante todo cumplir la orden recibida de la autoridad exhortada suiza, en particular poniendo a disposición de esta los documentos solicitados y efectuando el secuestro de los haberes patrimoniales.

b) Satisfacer todas las obligaciones antiblanqueo cuando de la lectura de las disposiciones de ejecución notificadas por la autoridad exhortada suiza resulten indicios de delito o riesgo de blanqueo en relación con personas o haberes patrimoniales incluso en el caso de que

(3) Este principio solo se ha codificado formalmente hasta la fecha en el Acuerdo antifraude estipulado entre Suiza y la Unión Europea el 29/05/2004, en vigor desde abril de 2009.

(4) En particular los enumerados en el Segundo Protocolo Adicional a la Convención europea sobre asistencia internacional en materia penal de fecha 08/11/2001 que entró en vigor en Suiza el 01/02/2005.

(5) Cfr. Christoph HOHLER/ Niklaus SCHMID. Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100quater f, AJP/PIA, 5/2005, 518

estos sean objeto explícito e implícito de la medida procesal ordenada por la autoridad exhortada suiza. Las medidas de cumplimiento de las obligaciones antiblanqueo no solo se pueden adoptar en relación con los clientes, las transacciones y los haberes patrimoniales existentes en la casa madre, en la filial o en la sucursal con sede en territorio suizo sino también con aquellos que se encuentran en las sucursales o filiales ubicadas en el extranjero y que pertenecen al mismo grupo bancario o financiero.

III. SEGUNDA PARTE: BÚSQUEDA INTERNACIONAL DE INFORMACIONES Y DE HABERES PATRIMONIALES OCULTOS

1. Mediatización de un proceso penal extranjero

El elemento detonador del automatismo que describimos es la mediatización de un acontecimiento de carácter procesal, esto de, la combinación de los dos eventos siguientes:

a) una medida de carácter procesal como, por ejemplo, la apertura de un procedimiento penal, la adopción de medidas coercitivas (el arresto de un acusado, el interrogatorio, el registro de su domicilio o el secuestro de documentos o de haberes patrimoniales). Por lo general se trata de una medida adoptada por una autoridad judicial penal, pero excepcionalmente podría ser también una medida adoptada por una autoridad judicial de otro tipo como, por ejemplo, las autoridades civiles, las competentes en materia de quiebras o las administrativas antiblanqueo o anticorrupción siempre y cuando sea evidente que la medida adoptada por esta podría tener como efecto inminente la apertura de un procedimiento penal o la adopción de una medida procesal penal. Obviamente, y dado que estamos examinando las reacciones en cadena conformes al sistema jurídico suizo, en nuestro ejemplo solo se toma en consideración la mediatización de un evento procesal que tiene lugar fuera del territorio suizo y que, por tanto, se denomina evento procesal extranjero.

b) La mediatización puede tener lugar en países completamente distintos a través de los mass media emplazados en el país en que se produce el evento procesal citado y/o mass media ubicados en el territorio suizo. Como no podía ser menos, se supone que la mediatización se produce de forma que quede garantizada la verosimilitud de la noticia que se divulga. El caso más evidente podría ser el de la fotografía de una persona arrestada a la que acompaña el comunicado de prensa de las autoridades que han ordenado el arresto y en que se enumeran los hechos y los delitos imputados. No obstante,

sabemos que en la praxis se han producido mediatizaciones menos clamorosas que, pese a todo, han generado el automatismo que estamos describiendo.

2. Valorización de la mediatización por parte de un intermediario financiero con sede en territorio suizo

De acuerdo con la legislación suiza antiblanqueo, que se basa en la gestión del "riesgo de blanqueo", todos los intermediarios deberán analizar el riesgo relacionado con el mercado en que operan. Así, pues, si operan en ámbito local se limitarán a consultar las fuentes locales. Si, en cambio, operan en ámbito nacional o internacional deberán controlar las fuentes cualificadas de carácter tanto nacional como internacional. Por ejemplo, los bancos que han optado por operar en el mercato latinoamericano o en el mercado ruso deben dotarse de una sección especializada en la valoración del riesgo relacionado con la clientela que opera en y desde ese concreto mercado. En consecuencia, la mediatización de un evento procesal concerniente a una persona o a una empresa activa en el mercato latinoamericano o ruso deberá ser analizada por el intermediario financiero que opera en dichos mercados. No obstante, si la mediatización está relacionada con un evento procesal que se ha producido en un país limítrofe el intermediario local ubicado en territorio suizo también deberá proceder a su valoración.

El término valorización comprende tres tipos de verificaciones:

a) Verificar si la persona objeto del evento procesal extranjero mediatizado mantiene en la actualidad o a mantenido en el pasado una relación de negocios con el intermediario financiero. En ese caso, el intermediario financiero recopilará toda la documentación concerniente a la persona objeto del evento procesal extranjero, esto es, la documentación relativa a todas las relaciones en que la persona en cuestión sea o haya sido titular, cotitular o derechohabiente de firma, mandante y/o derechohabiente económico.

b) Si del análisis de la documentación recopilada resulta algún elemento sospechoso se recopilará también la documentación concerniente a las restantes relaciones de negocios vinculadas a la relación de negocios objeto de indagación como, por ejemplo, las cuentas bancarias que hayan recibido pagos o desde las cuales se hayan realizado pagos a favor de la relación indagada.

c) Se debe atribuir una particular diligencia a la documentación relativa a la identificación del derechohabiente económico, ya que la experiencia judicial enseña que a menudo los autores de delitos se sirven de terceras personas que hacen las veces de derechohabientes

económicos. Al respecto son famosos los casos de empresarios financieros e industriales que indicaron como derechohabiente económico a un pariente, a su compañera o a otra persona de confianza como, por ejemplo, la secretaria.

Una vez recopilada la citada documentación el intermediario financiero deberá proceder a la denominada aclaración especial a fin de poder determinar si subsisten los requisitos necesarios para la comunicación prevista por el art. 305ter párrafo 2 CPS o del art. 9 LBD(6). En la praxis solo raramente, y en casos evidentes, se puede excluir la conexión entre la relación de negocios indagada, por un lado, y el objeto de la medida procesal, por el otro. En algunas ocasiones es posible demostrar con certeza que los haberes patrimoniales depositados en un intermediario financiero ubicado en Suiza derivan de una herencia o de una operación comercial o financiera muy anterior en el tiempo. En realidad, sin embargo, en la mayor parte de los casos el intermediario financiero no es capaz de excluir con absoluta certeza una posible relación entre el objeto de la investigación en el extranjero y una determinada relación bancaria o determinados haberes patrimoniales depositados en un intermediario financiero o de los que el intermediario financiero pueda disponer, por ejemplo, como mandante de sus correspondientes en el extranjero que actúan como administradores de sociedades offshore constituidas por voluntad de intermediarios financieros ubicados en Suiza y en interés de la persona objeto de la medida procesal. En pocas palabras, el principio *in dubio pro comunicatione,* en el sentido de que el intermediario financiero procede a la comunicación obligatoria prevista por el art. 9 LBD destinada a la Oficina federal de comunicación o a la comunicación facultativa basada en el art. 305ter párrafo 2 del CPS.

3. Valorización de la oficina federal de comunicación

En la mayor parte de los casos la oficina de comunicación que ha recibido una comunicación remitida por un intermediario financiero suizo motivada por la existencia de una medida procesal extranjera envía a su vez esta comunicación a la autoridad penal judicial suiza, esto es, a la Fiscalía de la Confederación, cuando se trata de casos de su competencia, o a la Fiscalía del Cantón territorialmente competente que, por lo general, es aquel en que tiene su sede el intermediario financiero del que procede la comunicación obligatoria. De hecho, el porcentaje de casos que no se consideran merecederos

(6) Estos dos tipos diferentes de comunicaciones se tratan aquí de manera conjunta ya que el proyecto de fecha 15/06/2007 de Ley federal para la aplicación de las Recomendaciones revisadas del GAFI de julio de 2003 establece, precisamente, que la comunicación realizada de acuerdo con el art. 305ter párrafo 2 CPS deberá dirigirse también a la Oficina federal de comunicación (véase art. 305ter párrafo 2 CPS).

de ser transmitidos a la autoridad judicial penal es por lo general reducido[7]. Se trata de supuestos en que la calificación jurídica es dudosa o en que los indicios de delito son manifiestamente insuficientes, hecho que queda prácticamente excluido cuando nos enfrentamos a una medida procesal extranjera.

La Oficina federal de comunicación recibe por lo general una comunicación basada en un formulario preimpreso[8] al que el intermediario financiero alega los documentos esenciales como, por ejemplo, los documentos de apertura y un extracto de cuenta actual de la relación de negocios que es objeto de la comunicación en la casa madre, en la filial o sucursal en Suiza o en las sucursales en el extranjero, mientras que la filial que se encuentra en el extranjero efectuará la comunicación a la Financial Intelligence Unit del país en que tiene su sede. La motivación en que se basa la señalación suele ser lacónica. En caso de que la Oficina federal decida que se trata de un caso digno de ser transmitido a la autoridad judicial penal procederá al envío de todo el dossier recibido del intermediario financiero al que adjuntará también el resultado de las investigaciones que la Oficina federal de comunicación haya efectuado de oficio accediendo a las fuentes oficiales que se encuentran a su disposición.

La Oficina federal de comunicación suele adoptar sus decisiones en pocas horas o días. De forma análoga procede también el intermediario financiero a la hora de concluir el procedimiento denominado de aclaración especial por lo que, en la práctica, transcurren pocos días desde el momento en que un evento procesal extranjero es mediatizado a aquel en que la comunicación del intermediario financiero llega a la mesa de la autoridad judicial penal suiza.

4. Valorización de la autoridad judicial suiza

La autoridad judicial penal suiza examina sumariamente la comunicación y los documentos que ha recibido de la Oficina federal de comunicación. Salvo en casos excepcionales, ordena el secuestro de los haberes patrimoniales que el intermediario financiero ha comunicado a la Oficina federal de comunicación a la vez que ordena también a dicho intermediario que le transmita todos los documentos relativos a la o las relaciones de negocios en cuestión. Llegados a este punto, si las informaciones recopiladas permiten que una autoridad extranjera inicie un procedimiento penal o, en cualquier caso,

(7) Cfr. los informes anuales de la Oficina de comunicación en materia de blanqueo de dinero (MROS), <http://www.fedpol.admin.ch/fedpol/it/home/themen/kriminalitaet/geldwaescherei/jahresberichte.html>.

(8) <http://www.fedpol.admin.ch/fedpol/it/home/themen/kriminalitaet/geldwaescherei/meldeformular.html>.

formule una solicitud de asistencia, la autoridad judicial penal suiza procederá a la señalación espontánea de acuerdo con lo establecido por el art. 67a LAIMP[9]. Esta decisión ni siquiera se notifica al intermediario financiero que efectuó la comunicación obligatoria (art. 9 LBD) o la facultativa (art. 305ter párrafo 2 CPS) y, aún menos, al cliente cuyas operaciones han sido objeto de la comunicación y del sucesivo envío al extranjero. Ni siquiera existe la posibilidad de oponerse o de recurrir. La destinataria de la comunicación suiza es la autoridad judicial penal extranjera competente para formular un exhorto, esto es, la autoridad competente para perseguir el delito objeto de la comunicación originariamente efectuada por el intermediario financiero. Con frecuencia se trata de la autoridad extranjera que ha adoptado la medida procesal mediatizada a raíz de la cual el intermediario financiero ha procedido a la citada comunicación obligatoria.

En caso en que el delito en cuestión haya sido cometido al menos parcialmente en territorio suizo o en caso de que las ganancias derivadas de dicho delito se hayan obtenido u ocultado en territorio suizo, la misma autoridad penal suiza podrá proceder a la apertura de un procedimiento penal, en especial por receptación y por blanqueo, o por participación en el delito cometido parcialmente en territorio suizo. En el ámbito del correspondiente procedimiento penal suizo se puede realizar, no solo la comunicación espontánea conforme al art. 67a LAIMP sino también la presentación de una solicitud de asistencia judicial a la misma autoridad extranjera que ha adoptado la medida procesal mediatizada y, asimismo, a otras autoridades extranjeras que podrían recuperar sobre su propio territorio unos medios de prueba útiles al procedimiento penal suizo o que podrían efectuar el secuestro de los haberes patrimoniales derivados del delito o la extradición de personas indagadas en el curso del procedimiento penal suizo. En ese caso, el exhorto puede ir asimismo acompañado de varios documentos entre los cuales se encontrarán los que el intermediario financiero haya facilitado y su señalación, a fin de permitir que la autoridad extranjera objeto del exhorto pueda comprender mejor y, en consecuencia, ejecutar mejor el exhorto suizo. Desde el punto de vista del cliente del intermediario financiero suizo la elección entre la señalación espontánea basada en el art. 67a LAIMP o la solicitud de exhorto suiza del art. 30 LAIMP comporta una diferencia sustancial. De hecho, el principio de especialidad[10] previsto por el art. 67 LAIMP solo es

(9) Se trata de una facultad que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico suizo en aplicación del art. 10 de la Convención internacional antiblanqueo N. 141 de fecha 08/11/1990.

(10) La aplicación del principio de especialidad no es objeto de una gran comprensión en el extranjero, sobre todo cuando se refiere a la típica diferenciación que el Derecho suizo hace entre el fraude fiscal y la sustracción fiscal, tal y como se ha comprobado recientemente en el procedimiento penal contra Karlheinz Schreiber y Max Strauss (cfr. NZZ N. 160 del 13/07/2007, página 17).

válido en relación con las autoridades extranjeras destinatarias de los medios de prueba que se transmiten en ejecución de un exhorto extranjero, pero no vale, en cambio, en relación con las autoridades extranjeras que sean destinatarias de una señalación espontánea o de un exhorto procedente de Suiza(11).

5. Reacción de la autoridad judicial suiza

La autoridad judicial penal extranjera destinataria de una comunicación espontánea remitida por una autoridad suiza reacciona, por lo general, presentando una solicitud de asistencia judicial para obtener la transmisión de medios de prueba como las actas de las personas que deben ser interrogadas en calidad de acusado, de parte perjudicada o de testigo, o documentos como los relativos a las operaciones realizadas a través de intermediarios financieros, o el secuestro de las ganancias derivadas de un delito, o la extradición de la persona acusada. Con frecuencia los exhortos se envían por telefax o mensajeros a fin de acelerar la transmisión. Las condiciones formales se reducen al mínimo siendo suficiente que de la exposición de los hechos, incluso sucinta, la autoridad exhortada suiza pueda dilucidar al menos si los hechos perseguidos en el extranjero serían también perseguibles de acuerdo con el Derecho suizo para poder cumplir con la condición de doble punibilidad (art. 64 párrafo 1 LAIMP). Como es natural, no se pide a la autoridad extranjera que alegue los medios de prueba concernientes a los motivos de la imputación, dado que el objetivo del exhorto consiste precisamente en la búsqueda de medios de prueba que se encuentran en territorio suizo y que son necesarios para el procedimiento penal pendiente en el extranjero. La autoridad exhortada suiza exige que el exhorto extranjero se base en unos indicios verosímiles de delito. Si el delito perseguido en el extranjero es el de blanqueo, la jurisprudencia federal suiza ni siquiera exige indicios concernientes al delito en cuestión sino que basta "mencionar la subsistencia de transacciones sospechosas"(12). En pocas palabras, se efectúa una aplicación ante litteram del art. 9 número 6 de la Convención internacional antiblanqueo N. 198 del 16/05/2006(13).

6. Reacción de la autoridad exhortada suiza

La autoridad exhortada suiza procede a efectuar un examen sumario que, en el caso que nos ocupa, por lo general no comporta ninguna dificultad, ya

(11) Contra SCHWARZ, Jörg. Meldepflicht der Finanzintermediäre: Amtshilfe, aktive und passive Rechtshilfe, In: Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht (Wohlers, Hrsg.) Zúrich 2007, S.203.

(12) Cfr. sentencia del Tribunal federal N.1A.36/2005 de fecha 29/04/2005; 121 II 241; 129 II 97, 100???

(13) "6. Each Party shall ensure that a conviction for money laundering under this article is possible where it is proved that the property, the objet of paragraph 1.a or b of this article, originated from a predicate offence, without it being necessary to establish precisely which offence".

que el exhorto se puede basar en la existencia de los medios de prueba a los que se refería la señalación espontánea efectuada por la autoridad suiza que ahora desempeña la función de autoridad encargada de ejecutar el exhorto procedente del extranjero. Salvo en casos particulares, en esta situación concreta la autoridad exhortada suiza dispone ya de los medios de prueba que son objeto del exhorto extranjero sobre todo de los documentos bancarios y/o contables que le transmitió el intermediario financiero en el ámbito de la comunicación efectuada de acuerdo con el art. 9 LBD o del art. 305ter párrafo 2 CPS. El intermediario suizo es informado del exhorto extranjero ya que se le notifica la llamada decisión de entrada en el contenido y de ejecución (art. 80a LAIMP) contro la cual carece de cualquier recurso. Salvo prohibición explícita de la autoridad judicial exhortada suiza (art.80n LAIMP), el intermediario financiero suizo procede a informar de la citada decisión a todas las personas cuyos intereses personales y patrimoniales se ven afectados por la ejecución de la decisión. Esta señalación se considera obligatoria en virtud del contrato de mandato que vincula al intermediario financiero suizo con su cliente y mandante(14). A solicitud de la autoridad exhortante extranjera, la autoridad exhortada suiza aceptará que esta participe en la realización de los actos de ejecución del exhorto (art. 65ª LAIMP) como la audición de testigos y, en especial, del intermediario financiero autor de la señalación espontánea correspondiente al art. 9 LBD, y a la selección de la documentación bancaria adquirida por la autoridad exhortada suiza. El Tribunal penal federal rechaza la mayor parte de los recursos contra la participación de representantes de la autoridad extranjera argumentando que estos no ocasionan un perjuicio inmediato y directo como exige el art. 80e párrafo 2 LAIMP. La única obligación impuesta a los representantes de las autoridades extranjeras, a los magistrados o a los funcionarios de policía que participan en los actos instructorios que se efectúan en territorio suizo es la de no utilizar las informaciones obtenidas durante la ejecución de dichos actos instructorios hasta que no se dicte una decisión final con valor de cosa juzgada que autorice la transmisión de los correspondientes medios de prueba en ejecución del exhorto extranjero. Una vez concluida la ejecución, la autoridad exhortada suiza dictará una decisión denominada de cierre y de transmisión que se puede impugnar en un plazo de 30 días ante el Tribunal penal federal (art. 80e párrafo 1 LAIMP), cuya decisión se podrá impugnar a su vez en un plazo de 10 días ante el Tribunal federal suizo siempre y cuando concurran las condiciones previstas por el art. 84 de la Ley del Tribunal federal que en la actualidad se interpretan de forma restrictiva.

(14) Con base en el art. 398 párrafo 2 del Código suizo de las obligaciones que establece la obligación del mandatario de ejecutar el mandato de forma diligente y leal.

7. Destino de los haberes patrimoniales secuestrados

Mediante una solicitud de asistencia judicial la autoridad extranjera destinataria de la señalación espontánea prevista por el art. 67a LAIMP puede requerir también el secuestro de los haberes patrimoniales derivados de delito, incluso en los casos en que estos se hayan transformado o no se puedan localizar ya, incluyendo los haberes patrimoniales que, si bien no derivan de delito, pertenecen a la persona acusada y cuyo valor corresponde al beneficio obtenido con el delito análogamente a lo previsto por el Derecho interno suizo y, en concreto, por el art. 71 CPS[15]. Según establece el art. 74 a LAIMP, estos haberes patrimonianes se pueden transmitir a la autoridad extranjera autora del exhorto.

Ahora bien, con frecuencia es el mismo acusado el que renuncia a recurrir contra la orden de transmisión de sus haberes patrimoniales secuestrados en el extranjero y, por el contrario, permite que se efectúe dicha transmisión para facilitar la conclusión de un acuerdo del tipo *plea bargaining* con la fiscalía que procede contra él en el extranjero.

8. Automatismos entre autoridades administrativas

Tal y como hemos anticipado (cfr. *supra* número 2.1) entre las autoridades administrativas, sobre todo de vigilancia, se produce un automatismo análogo a causa de dos razones diferentes:

a) Por un lado, una serie de nuevas bases legales[16] y de nuevas prácticas refuerzan y amplían la colaboración interna entre las autoridades penales y administrativas suizas y gracias a ello estas reciben en ocasiones de las autoridades judiciales penales federales y cantonales las informaciones que estas han obtenido a su vez en virtud de lo dispuesto por los artículos 9 LBD y 305ter párrafo 2 CPS.

b) Por otra parte, los intermediarios financieros siguen estando obligados a facilitar las informaciones espontáneas incluso a favor de autoridades administrativas, esto es, de autoridades de vigilancia de los bancos, de acuerdo con una praxis que codificada ahora el art. 29 párrafo 2 de la Ley federal de institution de la FINMA. La información recibida se podrá transmitir de nuevo a la correspondiente autoridad extranjera como apoyo a una solicitud de información

(15) Cfr. las dos sentencias del Tribunal penal federal BB 2004. 79/80 de fecha 22/04/2005; Nadelhofer, Simone Geldwäscherei und Einziehung: Risiken für Anwälte, SJZ 102, 2006, 345.

(16) Por ejemplo, los artículos 38 y 39 de la Ley federal sobre FINMA. (cfr. <http://www.edf.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/00859/index.html?lang=it)>.

de acuerdo con el art 23sexies LBCR y con el art. 38 LBVM; o, según la praxis, y como transmisión espontánea de informaciones, corresponde al MROS una facultad análoga a favor de FIU extranjeras (art. 32 LBD) y a la autoridad de control antiblanqueo a favor de las correspondientes autoridades extranjeras (artículos 30 y 31 LBD). Pero también otras autoridades administrativas intercambian de manera espontánea informaciones que después completan mediante documentos gracias a la ejecución de exhortos extranjeros, en particular contra la corrupción, la violación de los embargos, etc. Una vez más, y debido a que la distinción entre cooperación internacional en materia penal y administrativa es cada vez menos nítida, también los principios y las praxis del primer sector se extienden por analogía al segundo sector(17).

9. Consecuencias generales de los citados automatismos

Hace ya varios años que el automatismo que acabamos de describir (anexo 1) se produce sobre todo en el ámbito de los delitos patrimoniales, incluidos los delitos relacionados con la quiebra como la bancarrota (art. 163 CPS), aunque también con la corrupción (art. 322 y siguientes CPS; cfr. el caso "oil for food", anexo 2), blanqueo (art. 305bis CPS) y receptación (art. 160 CPS). El automatismo en cuestión favorece también los procedimientos de financiación del terrorismo, del tráfico de estupefacientes o de la trata de mujeres y niños dirigida a la prostitución, así como de los fraudes fiscales y del contrabando agravados, en caso de que se conviertan en delitos previos al blanqueo(18), o cuando entre en vigor el Acuerdo antifraude suscrito con la UE y de fecha 26/10/2004(19). De hecho, en este tipo de casos son inevitables la indiscreción periodística o el comunicado de prensa. Desde el punto de vista de la eficacia del hallazgo en Suiza de los medios de prueba y del secuestro de las ganancias derivadas del delito, este automatismo permite obtener unos resultados decisivos. Es, sin embargo, preocupante la invasión de la esfera personal privada, sobre todo en lo tocante a las informaciones protegidas por secretos previstos por la ley como el secreto bancario, el profesional y el comercial a los que, sin lugar a dudas, priva de contenido esta *fishing expedition* institucionalizada. De hecho, gracias al citado automatismo al magistrado penal extranjero le basta hacer público un procedimiento penal para desencadenar el automatismo que le permite saber si

(17) Cfr. PAOLO BERNASCONI. Internationale Amts-und Rechtshilfe bei Einziehung, N.17, in: Kommentar Enziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Band II Zürich, 2002, p. 164 y siguientes;

(18) Cfr. proyecto de ley del 15/06/2007 para la adaptación a las Cuarenta Recomendaciones FATF, <http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=de&msg-id=13079>.

(19) Ratificado por el Parlamento suizo el 19/12/2004, en vigor desde abril de 2009.

las personas indagadas mantienen o han mantenido relaciones comerciales o haberes patrimoniales con uno de los miles de intermediarios financieros que operan en Suiza.

IV. ANEXOS

1. Interacción en Derecho suizo entre las medidas antiblanqueo y la asistencia internacional en ámbito penal.
2. *Oil For Food* – Procedimientos en Suiza (internos y de exhorto).

Problemas de tipificación de los delitos informáticos

Prof. Dr. Norberto J. DE LA MATA BARRANCO
(España)

Prof. Lda. Leyre HERNÁNDEZ DÍAZ
(España)

SUMARIO: I. Delincuencia vinculada a las tecnologías de la información y la comunicación. **II.** Delitos cometidos contra sistemas informáticos. **1.** Delitos de daños (atentados contra la integridad de los sistemas y de los datos). **2.** Delitos de hurto y apropiación indebida (apropiación de soportes digitales y utilización fraudulenta de equipos o sistemas de identidad digital). **3.** Delitos de robo (apropiación de soportes digitales y utilización fraudulenta de equipos o sistemas de identidad digital). **4.** Delitos de defraudación (abuso, acceso, utilización fraudulenta de equipos informáticos). **5.** Delitos de falsificación (falsedades informáticas). **III.** Delitos cometidos a través de la informática contra sistemas informáticos o informaciones digitalizadas. **1.** Delitos de descubrimiento y revelación de secretos (accesos informáticos ilícitos, interceptación de comunicaciones, intrusismo informático). **2.** Delitos contra el secreto de empresa (espionaje informático industrial). **IV.** Delitos cometidos a través de sistemas informáticos. **1.** Delitos de defraudación (fraudes informáticos). **2.** Facilitación o prestación ilícita de servicios restringidos. **3.** Adopción fraudulenta de identidad digital falsa. **4.** Delitos de difusión de contenidos lesivos para intereses diversos: el ejemplo de la libertad y la indemnidad sexual (distribución mediante las TIC de contenidos ilícitos). **5.** Otros delitos. **V.** Delitos contra la gestión de derechos digitales. **1.** Delitos contra la propiedad intelectual (pirateo informático). **2.** Delitos contra la propiedad industrial. Bibliografía.

Una vez más, y nunca serán bastantes, tenemos la ocasión de contribuir a un homenaje al profesor Klaus Tiedemann, tan importante en nuestra vida para muchos de los que hoy nos dedicamos al Derecho Penal no ya, que también, por lo que hemos aprendido de sus obras, sino por su apoyo, calidez y capacidad para lidiar con cuantos a lo largo de todos los años que dirigió su Instituto de la Erbprinzenstrasse en Friburgo hemos tenido ocasión de desarrollar en Alemania parte de nuestros trabajos de investigación. Lo hacemos abordando

un tema que también él y varios de sus discípulos han tratado, alguno como el Prof. Ulrich Sieber de modo absolutamente pionero, y que en la actualidad se presenta como piedra de toque para valorar la acomodación de las regulaciones penales vigentes a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas[1].

I. DELINCUENCIA VINCULADA A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

Es incuestionable que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación así como la imparable consolidación de los contextos digitales en nuestra sociedad actual han planteado, además de indudables ventajas que no cabe cuestionar, riesgos concretos para la garantía de determinados intereses[2], que corresponde salvaguardar, en primer lugar, y es importante destacarlo ya de entrada, a quien se sirve o participa de ellos[3].

Lo es, asimismo, que el Derecho Penal, siempre como último eslabón de la cadena de tutelas jurídicas posibles, puede tener capacidad para dar cobertura preventiva y sancionadora a los intereses más importantes para una convivencia en que se ha de tratar de maximizar la libertad de todos quienes participan de ella evitando en la medida de lo posible la realización de las conductas que más gravemente puedan afectarlos[4].

Pero aunque ciertamente la digitalización del mundo moderno ha favorecido la aparición de una serie de conductas que amenazan los intereses de quienes se mueven en sociedad, profusamente destacadas en los medios de comunicación[5] con una terminología de origen anglosajón demasiado restringida a grupos de iniciados, se confunde en ocasiones lo que es la vulneración de determinados sistemas, la realización de conductas que afectan a los mismos, su utilización ilícita, etc., de carácter muchas veces inocuo –o, al menos, no significativamente virulento–, con lo que debe ser el campo de intervención penal, generándose a menudo cierto clima de alarma social –solo a veces justificado– sobre la trascendencia de esas conductas[6], que tiende a favorecer, a veces innecesariamente, el recurso a este.

(1) Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto SEJ 2007-64691JURI subvencionado por el Ministerio Español de Educación y Ciencia.

(2) Véase MATA Y MARTÍN, R. C., "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen (1)", p. 1.

(3) Como ejemplo, puede destacarse la creación de la organización B.S.A. (Business Software Alliance), para la prevención y la lucha contra la piratería informática; acerca de su significado y función, GALLARDO RUEDA, A. "Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo", p. 369 y ss.

(4) En este contexto, ÁLVAREZ VIZCAYA, M. "Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho Penal en la red", p. 171 y ss.

(5) Sobre la alarma social en torno a la delincuencia informática generada por los medios de comunicación, YAR, M, *Cybercrime and Society*, p. 4 y ss.

(6) Lo destaca MATA Y MARTÍN, R.C., "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen (1)", p. 2 y ss.

Estas conductas de riesgo y amenaza que acompañan el desarrollo de los contextos digitales –al margen de sensaciones de inseguridad, en ocasiones inexistente o exagerada–, que, junto a razones económicas, pueden hacer desistir de su implantación, solo cuando realmente vulneren intereses a los que presta o debe prestar atención el Derecho Penal pueden competer a este.

Se alude en este ámbito, reiteradamente, a: - la precipitación en el acceso a los sistemas digitales que, de modo imprudente favorece la causación de daños en los sistemas, un funcionamiento indebido de los mismos o incluso el acceso ilícito a ellos: - la pérdida de privacidad por la acumulación de datos tanto en poder del gestor de los distintos sistemas como de aquellos a quienes se transmite la información que se posee y la confusión a veces entre lo público y lo privado cuando el sistema interconexiona distintos ámbitos de actuación individual; - y los propios déficits del sistema que impiden garantizar tanto su salvaguarda como la de los datos que contiene el mismo, favoreciendo su vulneración tanto externa como interna, ya en cuanto a la propia privacidad del contenido del sistema, ya en cuanto a la tutela de los derechos de gestión digital derivados o garantizados por el sistema, su propio funcionamiento en sí mismo considerado o el correcto desarrollo de los distintos entornos que permite el mismo para los fines que le son propios(7).

A partir de ello, son múltiples las posibilidades de ataques a bienes jurídicos tradicionales como la intimidad, el patrimonio o la propiedad intelectual e industrial. Pocas dimensiones de nuestra vida dejan de verse afectadas por los procesos digitales de tratamiento de datos(8), que incluso van a permitir la comisión, más fácil, de los delitos más clásicos (reiteradamente se alude al caso inglés de quien entra en los sistemas informáticos de un hospital para modificar el programa que organiza la distribución de medicamentos de los enfermos, que sin duda daría lugar a un delito de asesinato en grado de tentativa).

Y la referencia en la actualidad, incluso en el lenguaje común, a las expresiones "ataques DOS", "ataques a *botnets*", "ataques a *browser*", "ataques a *web sites*", difusión de "códigos maliciosos", "troyanos" o "virus" o a los términos, dentro del concepto genérico de *crimeware*, de *carding, cracking*, *cyberpunking*, *cybersquatting*, *hacking*, *pharming*, *phising*, *phreaking*, *sniffing*, *spamming, spyware* o *viring*, entre otros muchos, es ya absolutamente habitual.

(7) En relación con la inseguridad en sí que genera Internet, PERARNAU MOYA, J., "Internet amenazada", p. 140 y ss.

(8) Véase, con gran precisión, MORÓN LERMA, E., "Derecho Penal y nuevas tecnologías: panorama actual y perspectivas futuras", p. 93.

Ahora bien, una cosa es que las conductas a que hacen referencia todos estos términos puedan representar una quiebra para intereses del usuario o del gestor de los contextos digitales –que podrán ser intrascendentes desde un punto de vista jurídico cuando se traduzcan en meras incomodidades, imposibilidad de uso inmediato del sistema, lentitud en el acceso o transmisión de datos, etc., o trascendentes solo desde el punto de vista del perjuicio económico que genera la imposibilidad de utilización del sistema conforme a su potencialidad–, que habrán de tratar de combatirse desde lo que significa la securización de los contextos digitales, tecnológica (antivirus, cifrados, controles de acceso, controles de copia, cortafuegos, etiquetas de localización de productos, firmas digitales, protocolos de seguridad, sistemas de alerta basados en sensores, sistemas de detección de intrusos, sistemas de evitación de suplantación de identidad, sistemas de identificación incluso biométrica, técnicas de trazabilidad), informativa y formativa y otra que estemos ante conductas que merezcan y necesiten atención por parte del Derecho Penal(9).

Téngase en cuenta, por otra parte, que a pesar de la trascendencia que se da a varias de ellas –a menudo, simplemente por la enigmática terminología que se utiliza– en realidad muchos de los conceptos que se utilizan en los contextos digitales son similares a los de la realidad más tradicional (archivos y datos reservados, cortafuegos, firmas falsas, llaves de acceso, usurpación de personalidad, etc.), que el mundo digital no difiere en lo sustancial del mundo real, ni en sus actores ni en sus interrelaciones ni en los entornos en los que se mueven y surgen unos y otras, sino que, al contrario, aquel lo que pretende es reproducir este, claro está, de forma virtual y que, en consecuencia la respuesta a las mismas, penal o de otra índole, debe discurrir paralela a la que se ofrece prescindiendo del ámbito en que se producen; al menos, de entrada y sin perjuicio de que cuestiones como la dimensión del daño que permite la cibernética, por ejemplo, pueda obligar a determinadas matizaciones.

De hecho, en Derecho Penal el concepto de Derecho Penal informático, como acostumbra a señalarse, no ha hecho referencia hasta ahora a una rama del Derecho Penal como el Derecho Penal sexual, el Derecho Penal ambiental o el Derecho Penal de la Administración Pública nucleada en torno al interés objeto de tutela; y parece difícil concebir un delito informático como tal si por él hubiéramos de entender el delito contra la informática. Lo que se ha entendido que puede existir es un Derecho Penal informático o relacionado con la informática como concepto que, con necesarias matizaciones, hace referencia a conductas típicas vinculadas, por el medio comisivo,

(9) Véase, al respecto, ROMEO CASABONA, C. M. "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal", p. 10 y ss.

el objeto del ataque, etc., al ámbito de la informática o de la cibernética, al ámbito del mundo digital[10]. Pero obsérvese que siempre en todo caso hablamos de conductas típicas conforme a la realidad penal vigente, al menos al margen de consideraciones político-criminales sobre posibles lagunas de penalidad que sea necesario cubrir.

Al Derecho Penal en definitiva lo que le interesa es, en primer lugar, si por muy compleja que sea toda esa terminología, por muy difícil que sea la comprensión de lo que realmente implica la conducta que se presenta como susceptible de lesionar el correcto desarrollo de los contextos digitales, la misma es o no susceptible de subsumirse en alguno de los tipos que se encuadran en la tutela de alguno de los intereses que se reconocen como merecedores y necesitados de intervención penal o debiera serlo porque afecta estos del mismo modo y con similar intensidad a como lo hacen otras perfectamente subsumibles en ellos[11].

Por muy novedoso que sea el concepto de *cracker*, si en definitiva de lo que hablamos es de un delito de daños, habremos de acudir al articulado correspondiente a los daños; obviamente podrá haber peculiaridades en el modo de ataque, en el objeto, que podrán dificultar la subsunción y exigir, en su caso, la modificación del texto legal que permita su sanción, si así se estima oportuno. Por muy novedoso que sea el concepto de *phising*, estamos o en el ámbito de la estafa, en un estado de imperfecta ejecución, o en el de los delitos contra la intimidad, y la discusión sobre su tratamiento habrá de reconducirse a la interpretación de estos delitos y a la decisión sobre qué intereses se afectan y cuál es el mejor acomodo típico para lo que implica la conducta de suplantación de identidad o engaño.

Podrá ocurrir que sea difícil la subsunción de determinados supuestos en alguno de los delitos más o menos clásicos contemplados por las legislaciones penales; ello, como hemos señalado, habrá de favorecer la modificación

(10) Así, de nuevo ROMEO CASABONA, C. M. "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal", p. 6 y ss. De otra opinión, sin embargo, y de modo sugerente, en la que habrá que profundizar en adelante, RODRÍGUEZ MOURULLO, G./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./ALONSO GALLO, J. "Derecho Penal e Internet", p. 259 y ss., que opinan que sí existe un bien jurídico identificado con la integridad, confidencialidad y/o disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, de modo tal que los delitos informáticos abarcarán aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro este nuevo bien jurídico, con independencia de que las mismas puedan, al mismo tiempo, lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tradicionales; otros autores, también en esta línea, como LÓPEZ ORTEGA, J.J. "Intimidad informática y Derecho Penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)", p. 116 y ss., sostendrán que el bien jurídico existente en estos delitos es la información.

(11) Así, entre otros, ÁLVAREZ VIZCAYA, M. "Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho Penal en la red", p. 268 y ss.; también, ROMEO CASABONA, C. M. "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal", p. 15 y ss.

del precepto, si así se entiende necesario, que permita la misma. Podrá ocurrir también que determinadas conductas no encajen de ninguna manera en precepto penal alguno, como puede ocurrir en la legislación penal española –aunque no es esta la opinión unánime– con el caso de los *hackers* inocuos o blancos o con el de obtención de prestaciones indebidas sin causación de perjuicio alguno; el debate aquí será el de si es necesaria la tipificación de estas conductas, una vez se detecte, si es que existe, el bien jurídico-penal afectado con ella.

Pero, en definitiva, el Derecho Penal, en su configuración actual, ya comprende –prescindiendo de su categorización como delitos informáticos– la descripción típica de una gran variedad de comportamientos que pueden materializar los riesgos y amenazas característicos del mundo digital, idóneos para hacer disfuncional el sistema, y, por tanto, puede responder a ellos, tanto desde una vertiente preventiva como represiva. Es cierto que en algunos casos la respuesta no es posible, tanto por la propia voluntad legal de que así sea, al entenderse que no estamos ante conductas relevantes para merecer la intervención penal, como por la existencia de lagunas ante estas nuevas realidades que quizás habría que colmar. Pero la cuestión nuclear no es la de la detección de conductas que atenten contra la voluntad del usuario o del gestor de los contextos digitales, sino la de si esas conductas son o deben ser objeto de atención por el Derecho Penal porque afectan a intereses ya tutelados o que debieran serlo –esto último, con todas las cautelas necesarias–, porque responden a conductas delictivas ya existentes –si se quiere, con nuevas formas de aparición– o porque siendo absolutamente novedosas, sin posibilidad de encaje en ninguna de las ya tipificadas, deben ser atendidas por su idoneidad lesiva para esos intereses ya tutelados o que debieran serlo.

Desde esta perspectiva, cuando hablamos de las conductas que tienen que ver con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en el intento por precisar los diferentes prismas desde los que puede enfocarse su tratamiento como delitos informáticos, han sido numerosas las clasificaciones que se han efectuado de ellas(12), que, fundamentalmente, se dirigen a distinguir, en relación a agresiones tanto de carácter interno como externo, esto es, tanto desde dentro como desde fuera del ámbito de utilización autorizada del sistema, ya se dirijan las mismas contra intereses del gestor del sistema ya contra intereses ajenos, ya en su comisión por el propio usuario, ya contra él, los siguientes grupos de infracciones:

(12) Sobre distintos intentos de clasificación, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. *Fraude informático y estafa*. p. 62 y ss.

1. El que abarca lo que es la delincuencia que tiene por objeto el ataque a los sistemas informáticos en sí mismos considerados, con repercusión o no en el desarrollo de la actividad que permiten los mismos.
2. El que se refiere a la delincuencia que tiene por objeto los datos con los que se trabaja informáticamente, ya tengan carácter personal, ya carácter empresarial, desarrollada mediante la utilización de contextos digitales, que es al que en sentido más estricto se reserva por algún autor la caracterización de Derecho Penal informático por tratarse de agresiones contra y a través de sistemas informáticos. Como a menudo se señala, en realidad el resto de grupos no abarcan sino delitos tradicionales cometidos contra nuevos objetos materiales o a través de nuevas modalidades de conducta nucleados unos y otras en torno al hecho informático o cibernético.
3. El que engloba todas las conductas que se sirven de los sistemas informáticos para facilitar la actuación delictiva, ya sea de un tercero contra el titular o el beneficiario del sistema, ya sea de este contra un tercero, que favorecen nuevas formas de ataque a bienes tradicionales o que al menos facilitan la extensión de la lesividad, la peligrosidad o la proliferación de los ataques a tales bienes.
4. Finalmente, el que comprende lo que es la delincuencia que pretende únicamente atentar contra los derechos derivados de los procesos de innovación informática o de gestión de determinados derechos digitales.

Tratando de reflejar cómo se responde y puede responderse desde el Derecho Penal a la cuestión de la delincuencia informática, en lo que solo pretende ser una aproximación básica, no cabe sino hacer referencia a los delitos que pueden acoger las conductas que cabe incluir en alguno de los cuatro grupos de delitos descritos anteriormente.

Y, aunque parezca simplista, muchos de los problemas que va a plantear el tratamiento penal de las conductas a las que a continuación se hará referencia, pueden resolverse conforme a los criterios generales que delimitan lo que es un delito y la interpretación de los elementos que, en concreto, definen cada hecho típico. Solo alguno ha necesitado o va a necesitar todavía quizás determinadas precisiones legales que aludan directamente a la cuestión informática.

Sí interesa en todo caso, al margen de lo que es en sí la discusión sobre el contenido de cada uno de los elementos típicos y sobre si es posible o no subsumir la conducta objeto de atención en el dictado de determinados preceptos, o de la que afecta a las cuestiones que plantea un tipo de actividad

cada vez más identificada con fenómenos de delincuencia organizada, interesa también llamar la atención sobre dos de los problemas de aplicación general comunes a los diferentes grupos de delitos referidos a los que mayor atención se ha prestado en los foros internacionales.

Por una parte, el del ámbito espacial y temporal de comisión de los hechos, que dificulta conocer la ley aplicable, la jurisdicción competente para su enjuiciamiento, su posible prescripción y la propia persecución de algunos de estos delitos –de carácter transnacional en muchas ocasiones–[13], especialmente por el absoluto distanciamiento geográfico que puede existir entre autor y objeto o víctima de la conducta (aunque no necesariamente sucederá así en los casos de ataques de *insiders*) y la frecuente aparición de determinados eslabones anteriores, intermedios o posteriores (terminales y servidores que se utilizan para la ocultación del origen de la intrusión o el destino de los efectos de la misma) en el *iter criminis* delictivo.

Por otra parte, y en relación con el anterior, el de la individualización de la responsabilidad penal, por hechos propios o ajenos, en relación, por ejemplo, con la cuestión de los operadores de redes y servicios de comunicaciones telemáticas y de los proveedores de servicios de transmisión o acceso a redes de comunicaciones electrónicas o de servicios de hospedaje de páginas, motores de búsqueda, directorios de direcciones, etc. y su posible exención de responsabilidad por la constatación de acreditarse una neutralidad tecnológica con respecto a los contenidos o señales transmitidas o almacenadas y/o una colaboración para impedir el acceso a posibles contenidos ilícitos[14].

A ellos se ha tratado de dar diferentes respuestas dogmáticas y jurisprudenciales (por ejemplo, atendiendo la teoría de la ubicuidad en cuanto al lugar de comisión de los hechos) así como legales desde un punto de vista supraestatal[15].

Hay que destacar a este respecto la importancia que tanto en esta sede como en cuanto a la definición de conductas susceptibles de sanción penal tiene la normativa internacional (en el ámbito europeo, por ejemplo, el Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa de Budapest de 23 de noviembre de 2001, con su Protocolo del 28 de enero de 2003 y la Decisión

(13) Véase, sobre varias de estas cuestiones, CLIMENT BARBERÁ, J. "La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales", p. 657 y ss.

(14) Sintéticamente, LÓPEZ ORTEGA, J. J. "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet", p. 106 y ss.

(15) Extensamente sobre estas respuestas internacionales, BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. "Problemas de Derecho Penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet", p. 13 y ss.; también, con especial atención a las medidas e iniciativas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Problemas de aplicación de la ley penal en el espacio virtual", p. 53 y ss.

Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información).

También, por supuesto, junto a la de la propia normativa penal y procesal-penal –donde se debe trabajar especialmente en la cuestión de la obtención (con especial atención al tema de los registros), mantenimiento y valoración de la prueba[16] y en la de la cooperación policial y judicial[17]–, la de carácter administrativo y privado, que será la que permita complementar e interpretar el contenido de muchas de las conductas delictivas a las que trata de hacerse frente (por ejemplo, referente a la protección de datos de carácter personal o al comercio electrónico).

Pero, hay que insistir en ello, téngase en cuenta siempre que al Derecho Penal no le debe interesar lo que es la intromisión en sí en los sistemas digitales, si esta no es relevante en relación con la vulneración de algún interés que se considere debe ser objeto de tutela por el Derecho Penal y que, por ello, las conductas que acostumbra a referir cualquier análisis de las actividades ilícitas en el ámbito de los contextos digitales solo importan en cuanto puedan reflejar dicha vulneración.

Claro que estamos ante un tipo de delincuencia –por lo que implica la absoluta digitalización de nuestra vida diaria y especialmente por el desarrollo de internet– que permite una mayor extensión e intensidad de los efectos del delito, tanto desde una perspectiva local como personal, una mayor prolongación temporal de los mismos, quizás mayor facilidad de comisión y de ocultación tanto del hecho como de la identidad del autor[18] y una dificultad de respuesta –normalmente tardía– por carencias competenciales, económicas, tecnológicas e incluso de capacitación para ello, pero estas son consideraciones que han de tenerse en cuenta a partir del análisis de lo que en realidad significan las conductas objeto de atención.

II. DELITOS COMETIDOS CONTRA SISTEMAS INFORMÁTICOS

1. Delitos de daños (atentados contra la integridad de los sistemas y de los datos)

Hay una serie de conductas vinculadas con los sistemas informáticos que entrarían dentro de los tradicionales delitos de daños como destrucción,

(16) Con detalle acerca de los registros en las comunicaciones realizadas a través de Internet, MAZA MARTÍN, J. M. "La intervención judicial de las comunicaciones a través de internet", p. 636 y ss.

(17) En relación con este aspecto, LEZERTUA RODRÍGUEZ, M. "El proyecto de convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa", p. 27 y ss.

(18) Sobre la enorme cifra negra que caracteriza estos delitos y sus causas, MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código Penal", p. 135 y ss.

deterioro, alteración, inutilización o menoscabo de una cosa; estos delitos permiten sancionar tanto los daños que afecten a los sistemas informáticos en cuanto a los elementos materiales que incorporan (*hardware*) como los que afecten a los datos, programas o documentos contenidos en dichos sistemas, redes o simples soportes informáticos, que la doctrina viene denominando elementos lógicos (*software*), también denominados conductas de sabotaje informático(19), conductas, como se ha destacado reiteradamente, en principio sin ánimo de lucro(20).

Los delitos de daños permiten abarcar –en lo que la delincuencia informática tiene de específico, al margen de la mera destrucción de los equipos informáticos equiparable a la de cualquier otro tipo de bien inventariable o del material informático que pueda considerarse de carácter fungible– todo tipo de conducta de sabotaje informático desarrollada mediante instalaciones de bombas lógicas, gusanos, programas maliciosos, troyanos, o virus (cualquier supuesto, en definitiva, dentro de la tipología que abarca el concepto de *cracking* o "vandalismo informático"(21)). Pero estamos ante conductas que afectan, además del valor del equipo dañado en sí en cuanto a la estructura y funcionamiento de sus elementos lógicos, también a la integridad de la información en él contenida, ya sea mediante el borrado irreversible de información almacenada, ya, por ejemplo, mediante la alteración o corrupción de la programación favoreciendo la causación de errores aleatorios en el funcionamiento del sistema. Por ello se entiende que dentro del concepto genérico de atentados contra la integridad de los sistemas se hace referencia a conductas que puden afectar a bienes jurídicos también diversos(22).

No queremos dejar de señalar que la magnitud del daño causado o la potencialidad para causarlo puede ser muy diferente dependiendo del tipo de ataque y debiera tenerse en consideración a la hora de prever la pena

(19) Véase GONZÁLEZ RUS, J. J. "Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (art. 264.2 Cp)". p. 1281; del mismo autor, "Los ilícitos en la red (I): *hackers, crackers, cyberpunks, sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes". p. 248, entendiendo que en los daños informáticos estarían incluidos tanto los daños a elementos físicos como los daños a elementos lógicos de los sistemas; en contra, MATA Y MARTÍN, R. M. *Delincuencia informática y Derecho Penal*. p. 59, considera dentro de los sabotajes informáticos solo los ataques a los elementos lógicos del sistema o aquellos que, por afectar a los elementos físicos, dañan también aquellos.

(20) Por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 110 y ss.

(21) Utiliza el concepto de *ciberpunking* en el mismo sentido, MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. p. 41 y ss.

(22) Véase, entre otros, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal". pp. 291 ss. Específicamente sobre la posibilidad de contemplar algunos de estos supuestos como delitos de desórdenes públicos cuando se trata de bloquear el correo electrónico, MARCHENA GÓMEZ. "El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos". p. 363 y ss.

correspondiente; así, por ejemplo, cuando el ataque sea susceptible de causar daño a numerosos sujetos pasivos(23).

En el ámbito internacional resulta destacable el mandato del Convenio sobre cibercriminalidad y la descripción que del delito de "atentado contra la integridad de los datos" se realiza en su art. 4, donde se exige sancionar como infracción penal la conducta de "dañar, borrar, deteriorar, alterar o suprimir dolosamente y sin autorización los datos informáticos", y ya en el ámbito de la Unión Europea, el correspondiente art. 4 de la Decisión Marco de 2005.

Ahora bien, con relación a estos delitos es importante destacar que tradicionalmente ha venido exigiéndose para que se acepte la existencia de un delito de daños, el menoscabo del concreto objeto material de que se trate en sí mismo considerado –en su valoración económica o funcional, dependiendo del concepto de patrimonio que se adopte–, sin que sea suficiente la causación de perjuicios indirectos que, en su caso, podrán integrar el importe sujeto a responsabilidad civil.

Así, por supuesto, no integraría la conducta típica la mera amenaza o peligro de daño, ni siquiera cuando ya se ha producido una vulneración del sistema (*hacker* blanco), salvo, claro está, de que estemos en un supuesto de tentativa en que el acto de destrucción no se produce pero por causas ajenas al desistimiento voluntario del intruso, supuesto en el que el acceso ilícito habrá de entenderse como medio para la consecución de un sabotaje informático que no llega a producirse.

Pero, además, en este sentido, las características conductas de creación o difusión de virus, de mecanismos de lanzamiento múltiple de mensajes basura (*spamming*) o las más modernas de creación de ordenadores *zombies* al servicio de potenciales actividades delictivas mediante la introducción de troyanos en las *botnets* o redes de ordenadores, en algunos ordenamientos, como es el caso del español, con la legislación actualmente vigente, difícilmente pueden tener respuesta penal en sí mismas consideradas –cuando no se constate ese daño al valor del objeto–, lo que ya sí ocurre, por la previsión específica expresa, en otros ordenamientos(24), siguiendo el mandato del Convenio de Budapest, que en su art. 5 obliga a sancionar también los "atentados contra la integridad del sistema", entendiendo como tales "la obstaculización grave del funcionamiento de un sistema informático, mediante la

(23) A este respecto, por todos, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos". p. 92.

(24) Muy detenidamente sobre la regulación de estas conductas en el Derecho europeo, GONZÁLEZ RUS, J. J. "Los ilícitos en la red (I): *hackers, crackers, cyberpunks, sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes", p. 249 y ss.; y MORÓN LERMA, E. "Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos", p. 112 y ss.

introducción, transmisión, daño, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos"; son los conceptos de introducción y transmisión de datos los que permiten describir perfectamente aquel tipo de conductas que, sin embargo, quedan fuera de textos penales como el español(25).

Por ello, en algunas legislaciones(26) los delitos de daños informáticos se centran ya en la actualidad más simplemente en la cuestión de impedir la posibilidad de que se altere el funcionamiento de los sistemas de tratamiento de datos que en el hecho de la afección en sí a la estructura lógica del sistema; más en la cuestión de la causación de perjuicios económicos en su sentido más amplio generados mediante el sabotaje informático que en los daños informáticos en sentido estricto, que pueden ser ínfimos, por la facilidad de reparar el sistema o el escaso coste del material y tiempo requerido para ello una vez detectado el problema –y, por lo tanto, no dar siquiera lugar a la posibilidad de considerar delictiva la conducta– o incluso inexistentes a pesar de la imposibilidad de uso temporal del sistema (así, por ejemplo, en el caso señalado de bombardeo de mensajes o en los de accesos masivos al sistema sincronizados, denegación de servicio con rechazo de mensajes de respuesta, lanzamiento de gusanos que se multiplican ocupando espacio libre o mínima alteración de un *link*, todos ellos de difícil encaje en algunas legislaciones como la española).

2. Delitos de hurto y apropiación indebida (apropiación de soportes digitales y utilización fraudulenta de equipos o sistemas de identidad digital)

Los tipos de consisten simplemente en el apoderamiento de una cosa mueble ajena. En el contexto de la securización digital los mismos pueden entrar en juego, y de ahí la necesidad al menos de su consideración, al margen por supuesto de apoderamientos de material informático, de la clase que sea, que no revisten particularidad alguna en relación con el apoderamiento de cualquier otro tipo de bien(27), frente a los supuestos de incorporación al ámbito de dominio patrimonial de un sujeto de objetos ajenos que permitan

(25) Si bien es cierto que en el Código Penal español no se exige ni la destrucción total o parcial del soporte material ni la del sistema lógico, uno u otro tiene que al menos ver deteriorado su valor de uso en cuantía superior a 400 euros para las conductas dolosas y a 80.000 euros para las imprudentes. Los perjuicios económicos que puedan derivarse de una deficiente producción de bienes de la empresa o de una incorrecta prestación de sus servicios no tienen cabida a efectos de valorar la existencia del delito y sí únicamente la de la posible responsabilidad civil.

(26) Puede verse el ejemplo holandés, que en el artículo 350a de su Código Criminal castiga la mera manipulación de los datos informáticos, considerando además la jurisprudencia (*Dutch Supreme Court -Hoge Raad,* Sentencia de 19 de enero de 1999) que estamos ante un daño grave cuando el sistema de información no ha podido ser utilizado durante varias horas (a este respecto, KOOPS, B. J., "Cybercrime Legislation in the Netherlands", p. 5).

(27) Véase, por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J. "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", p. 117 y ss.

el acceso a lugares, recintos, informaciones, documentaciones, etc., sin autorización. La sustracción de tarjetas magnéticas con incorporación de información digitalizada será el supuesto habitual.

En caso de que el objeto –la tarjeta– ya la tenga en su poder el sujeto en cuestión, tras haberla recibido lícitamente, su apropiación definitiva habiendo finalizado ya el periodo de autorización para su utilización –por ejemplo, por haber cesado en el puesto de trabajo–, dará lugar al delito o la falta de apropiación indebida. La misma infracción habrá que aplicar cuando se trate de un objeto perdido o de dueño desconocido.

Con relación a ambas tipologías delictivas, han de resaltarse simplemente dos cuestiones.

La primera, que solo cabe una u otra infracción, con los conceptos hasta ahora utilizados de hurto o apropiación indebida, respecto de objetos corporales, no respecto de informaciones, fluidos o energías. Solo cabe apoderamiento –hurto– o apropiación –apropiación indebida–, además, de cosas susceptibles de desplazamiento físico; y que sean, claro está, ajenas. No cabe, y aunque sea obvio el señalarlo, hurto de identidad digital, hurto de información digitalizada o apropiación indebida de conocimientos de acceso a sistemas de securización digital[28]. Las conductas que se encuadran en el Convenio de Budapest dentro del art. 6 dedicado al "Abuso de equipos e instrumentos técnicos" en relación con la obtención "de una palabra de paso (contraseña), de un código de acceso o de datos informáticos similares que permitan acceder a todo o parte de un sistema informático" (art. 6.1.a.2.), quedan fuera de lo que tradicionalmente se ha recogido en el hurto y la apropiación indebida; serían, en su caso, actos preparatorios del delito que se vaya a cometer a partir de dicha obtención; otra cosa es la obtención "de un dispositivo, incluido un programa informático" (art. 6.1.a.1.) con soporte material.

La segunda, que a nuestro entender el uso temporal de sistemas informáticos o soportes digitales es, en sí mismo considerado, también irrelevante penalmente desde el punto de vista de los delitos de apoderamiento[29], sin que puedan entenderse ubicables en este contexto los supuestos de acceso ilícito o de abuso de equipos o instrumentos informáticos a que alude el Convenio de Budapest, al menos tal y como se vienen configurando dogmática y legalmente los tipos de hurto y apropiación indebida.

(28) Comenta CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "Fraude informático y estafa por computación", p. 319 y ss. y 351 y ss., la posibilidad de considerar la apropiación de información ajena contenida en un ordenador como delito o falta de hurto, lo que lógicamente además, difícilmente es viable en ordenamientos como el español.

(29) De nuevo, GONZÁLEZ RUS, J. J. "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", p. 119 y ss.

3. Delitos de robo (apropiación de soportes digitales y utilización fraudulenta de equipos o sistemas de identidad digital)

El delito de robo con fuerza en las cosas (hurto agravado en muchas legislaciones) –el delito de robo con violencia o intimidación sería similar a estos efectos, excepto en relación con el dato añadido al apoderamiento patrimonial– implica también una sustracción, como en el caso del hurto, pero utilizando medios comisivos concretos, especialmente desvalorados(30).

Se trae a este contexto únicamente para recordar, en primer lugar, que el robo puede utilizarse para apoderarse patrimonialmente del objeto que incorpore la información que permite el acceso a un sistema –una tarjeta magnética–, en cuyo caso la conducta siempre implicará la comisión de un delito, con independencia del valor del objeto sustraido, al menos en ordenamientos como el español.

En segundo lugar, téngase en cuenta que habiéndose obtenido mediante un delito de hurto o de apropiación indebida un objeto que incorpore información de seguridad digital –la tarjeta de identificación referida–, la misma puede utilizarse para la comisión de una infracción patrimonial, en cuyo caso podríamos estar en el ámbito de aplicación del delito de robo, considerada la tarjeta magnética como una llave. Siempre, y hay que insistir en ello, que a la utilización de la tarjeta siga –o se persiga– el apoderamiento patrimonial. No en otro caso, que nos obligaría a quedarnos únicamente con el hecho de la sustracción o apropiación de la tarjeta en sí o, en su caso, a acudir al ámbito de tutela de la intimidad, por ejemplo, en el caso de que lo que se persiga sea el acceso a una información no autorizada.

En tercer lugar, que sigue vigente, y a ello se aludirá posteriormente, la discusión sobre el tratamiento de incorporaciones patrimoniales mediante tarjetas que no permiten, sin clave de identificación, acceso a los activos ajenos.

Finalmente, obsérvese que en este contexto se entienden los delitos patrimoniales como delitos contra los sistemas informáticos en cuanto al valor que tienen estos en sí, con independencia de que también los delitos patrimoniales entren en juego cuando haya que calificar las defraudaciones patrimoniales cometidas mediante sistemas informáticos.

4. Delitos de defraudación (abuso, acceso, utilización fraudulenta de equipos informáticos)

Al margen de cuanto se señale acerca de los delitos de estafa y otras defraudaciones en relación con la utilización de sistemas informáticos para obtener ventajas patrimoniales, en este grupo de delitos hay que aludir a los

(30) Igualmente, GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 122 y ss.

supuestos en los que lo que se pretende es la obtención de un beneficio derivado directamente de la utilización abusiva de un sistema digital, lo que en el Convenio de Budapest se denomina "acceso ilícito a sistemas informáticos" (art. 2) y, en su caso, "abuso de equipos o instrumentos informáticos" (art. 6), cuando el mismo tenga por finalidad dicho acceso, con independencia de que la utilización del sistema se realice en la ubicación física del equipo informático o no, pues puede utilizarse el terminal a distancia, por ejemplo, mediante troyanos que se hacen con el control del ordenador.

Entre estas conductas habría que hacer referencia al denominado intrusismo informático en su versión de *hacker* blanco, que accede o interfiere de modo no autorizado en un sistema informático o red de comunicaciones electrónica de datos, utilizando los mismos sin autorización o más allá de ella o que simplemente penetra en los sistemas informáticos por el placer de superar las barreras de seguridad. Asimismo, los supuestos de acceso a los servicios que pueda permitir el terminal. Utilizando la terminología al uso, en ocasiones se alude a conductas de *phreaking* (utilización fraudulenta de conexiones de voz, imagen o datos, que permite al autor de la misma no tener que afrontar su coste) o de *wardriving* (variante de la primera y que supone la conexión fraudulenta a un sistema de conexión inalámbrico ajeno)(31).

En definitiva, estamos ante utilizaciones abusivas de un terminal, en ocasiones meras intromisiones ilícitas en ámbito ajenos –aunque en nuestra opinión habría que diferenciar ambos supuestos–, con la intención o no de disfrutar de un servicio por el que el titular está abonando o ha de abonar un precio. En otros términos, ante el "acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático", en la terminología del art. 2 del Convenio de Budapest (que permite que los Estados, obligados a sancionar esta conducta, puedan exigir "que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva" o bien "que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático").

La cuestión es si deben sancionarse estas intromisiones sin causación de perjuicio patrimonial alguno –en este ámbito, y al margen de otras posibles ubicaciones sistemáticas(32)– cuando no impliquen perjuicio patrimonial alguno, a pesar del posible beneficio económico, en su caso, obtenido(33).

(31) Más detenidamente, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 152.

(32) Véase, por ejemplo, la tipificación del art. 138a del Código Criminal holandés, que penaliza el mero intrusismo informático, siempre que se supere alguna mínima medida de seguridad; al respecto, KOOPS, B. J. "Cybercrime Legislation in the Netherlands". p. 4 y ss.

(33) De nuevo aquí, por ejemplo, el ordenamiento español prescinde de sancionar tales conductas excepto cuando de las mismas se derive dicho perjuicio patrimonial, superior a 400 euros (art. 256).

En nuestra opinión, respetando los principios de subsidiariedad y de fragmentaridad del Derecho Penal solo deberían ser sancionadas las conductas de utilización que efectivamente generan un perjuicio patrimonial al titular legítimo del servicio, que tiene que abonar un coste mayor o menor por dicha utilización no consentida, ya sea, por ejemplo, porque se produce una utilización de un teléfono de pago para acceder a redes informáticas, ya porque en sistemas de tarifa plana se produce un acceso a bases de datos u otros servicios por los que ha de pagar el titular; pero no se debería penalizar el enriquecimiento del usuario ilícito (mera utilización temporal no consentida de un terminal de comunicación), ni la privación de la posibilidad de obtener un beneficio por la prestación de un servicio que no se contrata al disfrutarse de él gratuitamente (captación de señales de un *router* inalámbrico que evita altas en sistemas de banda ancha; salvo que se disminuya significativamente la capacidad del sistema que se interfiere), sino solo la causación de un perjuicio del titular del terminal por el costo que le ocasiona la intervención ajena.

De difícil tratamiento y encuadre son los supuestos de utilización, por ejemplo, de tarjetas clonadas o de claves de acceso obtenidas ilícitamente con las que se logra disfrutar de un servicio por el que no se paga, que no afectan propiamente al sistema en sí, que no son actuaciones contra sistemas o datos informáticos, en sí mismos considerados y que habrá que remitir a los supuestos de defraudación ubicados en el grupo de los delitos cometidos a través de sistemas informáticos.

En todo caso, es cierto, como ya antes se señalaba, que cada vez se configura más como delito básico de carácter informático la mera utilización ilícita de un terminal de comunicación, el simple acceso ilegal al mismo. Dicha normativa, que prescinde del aspecto patrimonial, encuentra mejor acomodo, sin embargo, en el ámbito de la tutela de la privacidad o la intimidad –o quizás mejor en el de la tutela de lo que se entiende por libertad o seguridad informática–, ya se plantee sin ningún requisito adicional, ya exigiendo, por ejemplo, la vulneración de algún tipo de medida de seguridad diseñada *ex profeso*; la exigencia de alguna intencionalidad añadida obligaría a ubicar el precepto en sedes diferentes, dependiendo de cual fuera esta: la vulneración de la intimidad, el daño del sistema, etc.

Y, en cualquier caso, siempre sería difícil entender subsumible en un precepto de estas características el aprovechamiento –sin acceso directo al terminal o a sus contenidos– de los servicios, por ejemplo, de banda ancha, que el mismo pueda prestar, para lo que sería necesario, lo que también en algún foro se reclama, en un exceso de rigor intervencionista, un tipo que sancionara la simple obtención indebida de prestaciones económicas, sin correlativo perjuicio alguno, que pueda procurar un terminal de comunicación.

5. Delitos de falsificación (falsedades informáticas)

Los delitos de falsedad, especiales en algún caso, tratan de tutelar la credibilidad social de que gozan ciertos signos, objetos o formas y, quizás de modo más preciso, la propia función del documento en el tráfico jurídico.

El problema fundamental que se plantea en este ámbito en los contextos digitales es únicamente el de si en el concepto de documento han de comprenderse los datos que se transmiten a través de redes informáticas.

El Convenio de Budapest, en su art. 7, dedicado al delito de falsedad informática, que junto con el art. 8 previsto para la estafa informática, integra el Título que el mismo destina a lo que en él se denominan "infracciones informáticas", en su sentido por tanto más estricto –según el criterio del Convenio, a nuestro juicio erróneo–, atendiendo específicamente este ámbito obliga a sancionar "la introducción, alteración, borrado o supresión dolosa y sin autorización de datos informáticos, generando datos no auténticos, con la intención de que sean percibidos o utilizados a efectos legales como auténticos", aceptando que los Estados puedan reservarse el derecho a exigir un ánimo cualquiera para que nazca la responsabilidad penal.

Hoy la doctrina y jurisprudencia penal aceptan sin discusión que el soporte informático permite integrar el concepto de documento(34), siempre por supuesto que, como en cualquier otro supuesto, se materialice una declaración de voluntad atribuida o atribuible a persona determinada o determinable destinada al tráfico jurídico o que pueda incorporarse a él(35).

La única cuestión a debatir es si la información –de imagen, texto o sonido– no contenida en un *diskette*, unidad de USB o soporte físico de otro tipo puede aceptarse como documento, lo que no parece plantear mayor problema siempre que la misma pueda ser visualizada o escuchada sin que se necesite su transcripción impresa.

En el caso de los sistemas de biometría e identidad digital, ningún problema hay en que se puedan falsificar aquellos soportes que incorporen algún tipo de información relevante para el sistema o utilizar los ya falsificados; la tutela penal debiera ser plena en estos casos.

Como regla general la falsificación o la utilización vendrán asociadas a la comisión de un delito posterior, patrimonial o contra la intimidad, cuya

(34) Sobre el concepto de documento electrónico, a estos efectos, en detalle, DE URBANO CASTRILLO, E. "El documento electrónico: aspectos procesales". p. 568 y ss.

(35) Por todos, MIR PUIG, S. "Sobre algunas cuestiones del Derecho Penal en Internet". p. 283 y ss. Critica PICOTTI, L. "Internet y Derecho Penal". p. 330 y ss., sin embargo, la asimilación absoluta del documento tradicional al documento en soporte informático hecha por el legislador italiano, considerando que no se tiene en cuenta con ella las peculiaridades de este último.

penalidad habrá de entrar en concurso, normalmente de infracciones, con la que corresponda por el delito de falsedad cometido. En todo caso, en lo que es la falsificación en sí cabe hablar de un delito contra sistemas informáticos, siempre que de lo que se trate sea de alterar la veracidad o la autenticidad de los datos informáticos; no, por supuesto, si lo que se falsifican son meros soportes informáticos, en cuyo caso –como en general en todos los supuestos de piratería informática– habrá que remitirse, claro está, a los delitos contra la propiedad intelectual o, en su caso, industrial.

Por lo que respecta a la punición de actos preparatorios, paradójicamente –en relación con lo que es la tendencia manifestada en numerosos ordenamientos– no está prevista la misma en el Convenio sobre cibercriminalidad, que sí contempla la punición en cambio de actos de esta índole en relación a "infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos" (arts. 2 a 6), entre los que no se incluyen las falsedades informáticas.

III. DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LA INFORMÁTICA CONTRA SISTEMAS INFORMÁTICOS O INFORMACIONES DIGITALIZADAS

1. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos (accesos informáticos ilícitos, interceptación de comunicaciones, intrusismo informático)

En relación con los delitos que tratan de tutelar la intimidad, en lo que a la securización digital se refiere, los mismos deben poder prevenir la realización de conductas vinculadas al apoderamiento de datos de carácter personal contenidos en archivos informáticos, la interceptación de comunicaciones telemáticas y el acceso y en su caso distribución de datos contenidos en ficheros automatizados(36). Conductas también previstas por el Convenio de Budapest, básicamente en su art. 3 y, con matices, en sus arts. 2 y 4, dedicados respectivamente a la "interceptación ilícita", el "acceso ilícito" y los "atentados contra la integridad de los datos", dentro de un Título 1 dedicado a las "infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos".

Son estos ilícitos los que, por referirnos a supuestos habituales, permiten penalizar el apoderamiento de mensajes de correo electrónico o de cualesquiera otros documentos de carácter informático(37), esto es, contenidos

(36) Véase, sobre esta cuestión, ROMEO CASABONA, C. M. "Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos". p. 179 y ss.

(37) Explica FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *El ciberbercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, p. 125, que por mensaje de correo electrónico, en sentido amplio, ha de entenderse "cualquier fórmula que posibilite la comunicación entre sujetos a través de la Red"; también ROMEO CASABONA, C. M. "La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet", p. 80.

en soportes informáticos o distribuidos a través de medios informáticos, así como, en relación con casos más tradicionales, reactivados con las nuevas tecnologías de la comunicación, la interceptación de comunicaciones telemáticas y la utilización de artificios técnicos de acceso a señales de comunicación telemáticas.

Ahora bien, de entrada hay que señalar que en la mayoría de legislaciones solo van a ser relevantes tales conductas cuando se realicen "para descubrir los secretos" o "para vulnerar la intimidad de otro", elemento subjetivo que habrá que probar. Y si se opta por esta vía, de nuevo habrá que negar –también en esta sede– la posibilidad de sancionar las conductas de mero intrusismo (*hackers* blancos)(38) –salvo, claro está, que las mismas conlleven el inicio de ejecución de un supuesto de apoderamiento de datos de carácter personal– y sí únicamente las de los accesos no autorizados aprovechando agujeros de seguridad u otras técnicas de *hacking –sniffers*, troyanos– que se actúe con aquella finalidad.

Las posibles lagunas de los textos penales y más aún la necesidad de profundizar sobre la aparición de nuevos intereses vinculados al mundo digital necesitados de protección son algunas de las razones que han conducido a apuntar la posibilidad de ubicar la sanción de estas conductas de mero intrusismo entre las que pueden poner en jaque el bien jurídico "intimidad informática" o, quizás mejor, un uso libre de injerencias ajenas, privado y seguro de los sistemas informáticos(39).

Es evidente en todo caso, en relación con estas conductas, que en absoluto es necesario exigir el apoderamiento del soporte material que permita la impresión de los contenidos a los que trata de accederse o la propia impresión de la información descubierta; lo único que ha de exigirse es el apoderamiento del contenido en cuestión –quizás, mejor, el acceso a dicho

(38) Sobre la defensa de esta opción legal, detenidamente, MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. p. 74 y ss.; más recientemente, también MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Vías para la tipificación del acceso ilegal a los sistemas informáticos". p. 64 y ss. A favor de la incriminación de estas conductas, en cambio, DE ALFONSO LASO, D. "El *hackering* blanco. Una conducta ¿punible o impune?". p. 516 y ss.; o GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal". p. 299 y ss. MAGRO SERVET, V. "La responsabilidad civil y penal en el campo de la informática". p. 398 y ss., considera no solo que estas conductas deben ser penalizadas, sino que, actualmente, en Códigos como el español, cuya lectura –y a nuestro juicio incluso interpretación extensiva– parece dejarlas fuera, se pueden considerar incriminadas entre los delitos contra la intimidad (p. ej., en el art. 197.2 del citado texto).

(39) Explica en este sentido MORÓN LERMA, E. "Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos". p. 107, aunque ella no lo considere procedente, que de optarse por la tipificación de las conductas de mero intrusismo sin ulterior finalidad, habría que acudir a un Título específico dedicado a los atentados contra los sistemas informáticos, ajeno al que abarque los delitos contra la intimidad.

contenido–, que, no obstante, si es inaccesible en su lectura impedirá la consumación delictiva(40).

Por supuesto, habría que incluir entre este tipo de comportamientos de acceso ilícito, estos ya sí claramente punibles en la mayoría de ordenamientos, las conductas de apoderamiento, utilización o modificación de "datos reservados" registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o de acceso a ellos sin autorización, conductas que afectan a la confidencialidad y la integridad de tales datos, que puede cuestionarse, no obstante, deban sancionarse solo cuando exista perjuicio, o intención de causarlo, para el titular o para un tercero(41) y que, en todo caso, acostumbran a sancionarse con mayor rigor, lógicamente, tanto cuando se refieran a datos que afectan a lo que se considera el núcleo esencial de la intimidad de las personas (ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual) como cuando a la conducta de acceso sigue la difusión de los datos conocidos o el sujeto activo es el encargado o responsable de este tipo de ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos(42).

Respecto a la interceptación de las comunicaciones, aunque por regla general la utilización de algún tipo de artificio técnico será siempre necesaria –como presupuesto de hecho– para poder interceptar una comunicación, no acostumbra a ser estrictamente necesario en los textos legales; al contrario, podrá sancionarse la conducta en ambos casos, ya por la interceptación en sí –sin empleo de artificio alguno, si ello es posible–, ya por la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción. Ténganse en cuenta también aquí, sin embargo, las limitaciones legales de esta opción, que impediría, por ejemplo, sancionar obstaculizaciones, obstrucciones de las comunicaciones(43), conductas en su caso, de permitirlo la redacción típica, reconducibles a las figuras de daños.

Sigue siendo controvertida, con todo, la sanción penal de quien irrumpe en un ordenador ajeno visualizando un documento personal "no registrado" como tal o incluso obteniendo copia del mismo y es discutible, igualmente, la sanción de lo que se entiende por interceptación de comunicaciones no interpersonales (p. ej., en el caso de información generada de forma automática entre computadoras de diferentes entidades). Pero la tendencia supraestatalel

(40) En este sentido, MATA Y MARTÍN, R. M. *Delincuencia informática y Derecho Penal*. p. 127 y ss.
(41) Véase DOVAL PAÍS, A./JAREÑO LEAL, A. "Revelación de datos personales, intimidad e informática". p. 1486 y ss. Sobre el posible sentido de este perjuicio, RUIZ MARCO, F. *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*. p. 83 y ss.
(42) Obsérvense, por ejemplo, los arts. 197.4 y 197.5 del Código Penal español; sobre el mayor desvalor de estos supuestos, MORALES PRATS, F. "La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995". p. 179.
(43) De nuevo, MATA Y MARTÍN, R. M. Ob. cit., p. 130.

sí parece ser la de sancionar cualquier acceso doloso a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático, sin ningún tipo de restricción, ni en cuanto al dato objeto de la intrusión ni en cuanto a la exigencia de finalidad ulterior alguna(44).

Al margen de ello, obsérvese que buena parte de las conductas referidas estarán usualmente preordenadas –prescindiendo, claro, del intrusismo inocuo– al conocimiento del funcionamiento de un sistema con intencionalidades, más o menos explícitas, más o menos realizables en un tiempo cercano, defraudatorias, terroristas, etc., susceptibles de sanción por esta otra vía.

2. Delitos contra el secreto de empresa (espionaje informático industrial)

Con un contenido similar, pero en el ámbito de tutela no de la intimidad(45), sino del buen funcionamiento del mercado y de las instituciones que le son consustanciales –entre ellas, la capacidad competitiva de la empresa–, estos delitos permiten acoger lo que se conoce como conductas contra el secreto de empresa o de espionaje industrial(46), que, como en ocasiones se ha destacado, con la implantación de Internet pueden llevarse a cabo por cualquier persona ajena a la empresa atacada(47).

Hablamos de conductas de apoderamiento de datos, documentos electrónicos o soportes informáticos donde se incluyan secretos de empresa o de interceptación de comunicaciones que afecten al mismo, realizadas con intención de descubrir tales secretos, que han de recaer sobre aspectos de la vida de la empresa –comercial, de desarrollo e investigación, de innovación, fiscal, industrial, laboral, publicitario, etc.– que tengan valor competitivo, esto es, cuyo conocimiento pueda ser valioso para los competidores, y no sean de público conocimiento(48), con la discusión, también aquí, sobre la exigencia o no de alguna finalidad y la consiguiente impunidad, o no, del puro intrusismo.

(44) Véanse tanto el art. 2 del Convenio de Budapest como el art. 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI.

(45) MORALES PRATS. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. p. 145 y ss., explica acertadamente la inadecuación de la vinculación de estas conductas con la tutela de la intimidad, cuando tienen que ver más con intereses de carácter patrimonial o económico.

(46) Por todos, ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. p. 102 y ss.

(47) Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ALONSO GALLO, J. "Derecho Penal e Internet". p. 286, aunque cuando como subrayan GALÁN MUÑOZ, A. "Expansión e intensificación del Derecho Penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática". p. 19, o GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal". p. 293, estamos ante ataques cometidos todavía hoy mayoritaramente por *insiders*.

(48) Entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *El ciberbercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 147.

IV. DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE SISTEMAS INFORMÁTICOS

1. Delitos de defraudación (fraudes informáticos)

La estafa se define por la utilización de un engaño bastante que, generador de un error en otro, favorece una disposición patrimonial de este, en perjuicio propio o de tercero. En este contexto, ha sido largamente debatido el tratamiento que ha de darse a aquellos supuestos en que lo que se produce es una actuación fraudulenta en un aparato, con la que se consigue la disposición patrimonial. Y en el ámbito estrictamente informático, el tratamiento que ha de darse a aquellos supuestos en que se produce una manipulación en sistemas digitales con la que se logra una transferencia patrimonial(49).

En el caso del Derecho español, como en otros, este ámbito de la estafa informática (o, genéricamente, de los fraudes informáticos(50)) ha sido abordado directamente por el legislador mediante la previsión de un art. 248.2 que expresamente contempla este tipo de supuestos exigiendo únicamente una manipulación informática o artificio semejante con los que se consiga una transferencia patrimonial no consentida en perjuicio de tercero. Aquí tendrán cabida, por ejemplo, tanto la quiebra de los sistemas de seguridad –por ejemplo, de identidad digital–, siempre que con ella se persiga la transferencia de activos descrita, como la obtención de transferencias mediante suplantaciones de identidad.

En cierta medida, los elementos de la estafa informática siguen siendo paralelos a los de la estafa genérica: así, la manipulación informática o artificio semejante equivaldría a la producción de engaño bastante y generación del consiguiente error, mientras que la transferencia lograda equivaldría al acto de disposición, siendo común a ambos supuestos la causación de un perjuicio patrimonial. Sin embargo, son diferentes las peculiaridades criminológicas de estos delitos de estafa vinculados a la informática, desde la expansión de Internet, de entre las que se destacan su facilidad de comisión por la posibilidad de anonimato que otorga la red, el gran número de cifra negra que se experimenta, por la ausencia en muchos casos de denuncia –en aras en muchos casos a impedir la pérdida de credibilidad empresarial y social– y el poco coste –y riesgo– que supone para sus autores la puesta en marcha de estos delitos desde la Red(51).

(49) Véanse, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, N. J. "Utilización abusiva de cajeros automáticos". p. 151 y ss.; MATA Y MARTÍN, R. M. *Delincuencia informática y Derecho Penal*. p. 38 y ss.; o ROMEO CASABONA, C. M. *Poder informático y seguridad jurídica.* p. 47 y ss.

(50) Sobre el concepto específico de fraude informático, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *Fraude informático y estafa*, pp. 87 ss; también, ROVIRA DEL CANTO, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. p. 241 y ss.

(51) Extensamente YAR, M. *Cybercrime and society.* p. 90 y ss.

En estas conductas de fraude informático mediante las que se logran transferencias de fondos no consentidas a través de órdenes falseadas o de la alteración del funcionamiento de los programas gestores de las operaciones contables, consideradas por algún autor como el auténtico núcleo del Derecho penal informático(52), la manipulación puede producirse en el mismo programa, en cualquier momento del procesamiento o tratamiento automatizado de datos, ya sea en la entrada (*input*) o salida (*output*), ya en la trasmisión a distancia, mediante *modem*, red, etc., ya en la retroalimentación (*feedback*) o incluso en la obtención informática, pero personal, de los datos que permiten la transferencia patrimonial.

Por supuesto, no se incluye entre estos delitos únicamente la utilización del sistema para, desde dentro, generar tales disposiciones a través de órdenes no autorizadas que emiten personas autorizadas a dicha utilización o de actuaciones no autorizadas por quienes no tienen permiso para acceder al mismo, sino también la actuación "desde fuera" que, por ejemplo, consigue generar aleatoriamente números de tarjetas de crédito aceptadas para la realización de compras ficticias o que consigue irrumpir en sistemas ajenos para alterar las órdenes de compra, inversión o transferencia de fondos que los sistemas permiten o que, de cualquier otro modo, consiguen quebrar los sistemas de identidad digital generados al efecto de evitar utilizaciones o usurpaciones de identidad no deseadas(53). Siempre, ha de insistirse en ello, desde la perspectiva de la pretensión de causación de un perjuicio patrimonial derivado del correlativo enriquecimiento del infractor.

Las dudas sobre la posibilidad de ubicar este tipo de conductas en el ámbito clásico de la estafa activa la creación del delito de estafa informática(54).

Pero, a pesar de ello, y si bien es cierto que lo único que requiere la estafa es la mera transferencia contable, que puede concretarse de las formas más variadas –no solo obtención de un ingreso ficticio, sino generación de un derecho de crédito o de una orden de pago o cancelación de una deuda, etc.–, es dudoso que este delito –en su configuración más extendida– permita abarcar conductas en las que no se produce estrictamente una transferencia no consentida de un activo patrimonial; así, por ejemplo, en el supuesto de disfrute gratuito de servicios sin imputación de coste a un tercero, que ha parecido más adecuado remitir a delitos de prestación ilícita de servicios

(52) Véase ROMEO CASABONA, C. M. *Poder informático y seguridad jurídica*. p. 47.
(53) Véanse las diferentes conductas fraudulentas que pueden cometerse a través de internet, con detalle, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 27 y ss.
(54) Por todos, ROMEO CASABONA, C. M. *Poder informático y seguridad jurídica*. p. 47 y ss.

restringidos, si se dan los elementos típicos de los preceptos que en cada legislación concreta describan los mismos(55).

Por otra parte, es difícil también entender abarcados por el delito de estafa informática aquellos supuestos en que no se produce manipulación informática o artificio semejante alguno, sino simplemente utilización de claves de acceso obtenidas lícita o ilícitamente, que nos conducen entonces necesariamente a la comprobación de los elementos del tipo básico de estafa (como en el supuesto de obtención de bienes de modo fraudulento de un aparato automático) o del de robo con fuerza en las cosas, según las diferentes interpretaciones que se han mantenido con relación a este supuesto, o incluso, en su caso, como antes apuntábamos, a los delitos de prestación ilícita de servicios restringidos.

El Convenio de Budapest reiteradamente aludido –referente en el ámbito europeo– obliga a sancionar penalmente en el art. 8, como "estafa informática" –de forma claramente expansiva– y dentro además del Título dedicado expresamente a las infracciones informáticas (que completa como se decía el art. 7 dedicado a la "falsedad informática"), tanto la "producción de un perjuicio patrimonial a otro, de forma dolosa y sin autorización, a través de la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos con la intención, fraudulenta o delictiva, de obtener sin autorización un beneficio económico para sí mismo o para tercero", como la producción de dicho perjuicio con similar intencionalidad "a través de cualquier forma de atentado al funcionamiento de un sistema informático", redacción que aunque no permite incluir usos indebidos o meros accesos ilícitos a sistemas de información, sí sancionar supuestos en que no existe estrictamente transferencia de activos.

Interesa llamar la atención también acerca de que, y en este caso yendo más allá de lo que prevé el Convenio, alguna legislación europea sanciona la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos destinados específicamente a la comisión de estafas relacionadas con el acceso gratuito a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia vía electrónica(56), lo que no obliga a hacer el Convenio que limita la obligación de sancionar las conductas de "producción, venta, obtención, importación, difusión u otras formas de puesta a disposición" o "posesión" de tales programas o dispositivos informáticos cuando estén preordenadas a la comisión no del art. 8 dedicado a la estafa informática, sino de los arts. 2 a 6 dedicados a accesos ilícitos, interceptaciones

(55) Véase, por ejemplo, el §301ª Código Penal danés.
(56) Es así, por ejemplo, en el caso del art. 248.3 del Código Penal español.

ilícitas, atentados contra la integridad de los datos o atentados contra la integridad del sistema.

En todo caso, va a seguir vigente el debate en torno a la sanción de la mera utilización de tarjetas de crédito o débito, o de los datos obrantes en ellas en perjuicio de su titular o de un tercero, en los todavía controvertidos supuestos de accesos a cajeros mediante utilización no consentida de la tarjeta de un tercero, utilización abusiva de la tarjeta por su propio titular o utilización de tarjeta falseada o alterada o de los datos obrantes en ella, que la doctrina sigue discutiendo si ubicar entre las estafas tradicionales o entre las estafas informáticas, o incluso en el supuesto de robo mediante uso de llaves falsas(57).

Por supuesto, la estafa tradicional sí será de aplicación en todos aquellos casos en que el contexto digital para lo que sirve es únicamente para facilitar, sobre todo en supuestos de fraude en el comercio electrónico, el engaño generador del error, como por ejemplo, en los de estafa de inversiones, que también pueden darse con mayor facilidad en los contextos digitales(58).

Y, aunque fuera ya tanto de la estafa tradicional como de la informática, pero contemplada ya en muchas legislaciones, también hay que aludir en este apartado, como modalidad clásica de fraude patrimonial –independizada en alguna legislación–, a la conducta de defraudación en los sistemas de telecomunicaciones mediante manipulaciones clandestinas: conexiones a redes de pago, alteraciones en la red para disfrutar de servicios no pagados, desconexiones de servidores habituales redireccionados a otros servidores de pago o a otros números telefónicos más costosos, etc., con o sin quiebra de *firewalls*, con o sin quiebra de sistemas de autenticación digital, con o sin quiebra de cualquier mecanismo de protección frente a usos indebidos.

Finalmente, al uso sin consentimiento de cualquier equipo terminal de comunicación ya se ha hecho referencia en el epígrafe dedicado a los delitos contra los sistemas informáticos, por cuanto lo que refiere no es la causación de un perjuicio patarimonial derivado de la utilización del terminal de comunicación, sino la propia autorización no consentida, causante en sí ella misma de dicho perjuicio.

(57) Sobre esta discusión, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J.A. "Fraude informático y estafa por computación". p. 338 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. "Utilización abusiva de cajeros automáticos". p. 151 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A. *El fraude y la estafa en los sistemas informáticos*. p. 744 y ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal", p. 260 y ss; o MATA Y MARTÍN, R. M. *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago*. p. 109 y ss.

(58) Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, G./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ALONSO GALLO, J. "Derecho Penal e Internet". p. 291.

2. Facilitación o prestación ilícita de servicios restringidos

Este tipo de conductas, aludidas en el apartado anterior, tienden a independizarse como se decía de los supuestos clásicos de estafa para pasar a forma parte de tipicidades autónomas, descritas de modo diversos en las diferentes legislaciones, que tratan de abarcar los comportamientos que facilitan el acceso a servicios de radiodifusión sonora o televisiva o a servicios interactivos prestados a distancia, por los que hay que pagar un precio al prestador de los mismos. Aunque en algunas legislaciones se ubique este delito entre los delitos relativos al mercado y los consumidores –por eso su consideración específica en esta sede–, con los mismos lo que se pretende en realidad es la protección de los intereses de quienes prestan los servicios de comunicación e información referidos. Ello, al margen de que en cada tipicidad en concreto se exija o no perjuicio patrimonial constatable o, desde otro prisma, enriquecimiento o ánimo de lucro, presupuestos la mayoría de las veces.

Son ya varias las legislaciones que contemplan tanto conductas de prestación o facilitación del servicio en sí, como de preparación a ello, con fines comerciales o ánimo de lucro o sin él; conductas descritas como *phreaking*, que en las normativas más sancionadoras podrán incluir la punición del usuario del servicio, con más o menos restricciones (así, por ejemplo, exigiendo la utilización de artificios técnicos, la utilización de tarjetas clonadas, la utilización de combinacios de series numéricas ilícitamente obtenidas)(59).

3. Adopción fraudulenta de identidad digital falsa

Apenas se ha planteado hasta ahora la subsunción de conductas relacionadas con la criminalidad informática en el ámbito de la usurpación de un estado civil ajeno, pero téngase en cuenta que, al margen de lo que es el acceso ilícito a soportes informáticos o terminales de comunicación y de la propia falsificación de los equipos que tratan de garantizar su utilización segura mediante el control de la identidad digital de quien accede a ellos, en todas sus variantes, el "hacerse pasar por otro" a través de un contexto digital, a los efectos de la más diversa índole, y siempre que ello tenga algún tipo de desvalor por la relevancia de la actuación, puede subsumirse perfectamente en los tipos que acostumbran a encudrarse entre los delitos de "falsedad personal" o usurpación de personalidad. De nuevo aquí con independencia de que a la pena por esta tipología delictiva quepa añadir la que corresponda por la infracción de otra índole que pueda seguir a la adopción de la

(59) Véase la prolija descripción de conductas del art. 286 del Código Penal español; véanse las consideraciones al respecto de LÓPEZ MORENO, J./FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. "La world wide web como vehículo de delincuencia: supuestos frecuentes". p. 449 y ss.

identidad falsa o incluso la que corresponda por la manipulación que haga posible la suplantación de identidad.

La posibilidad de incluir en esta sede vinculada a los delitos de falsedad o de usupración de personalidad, y al margen de otras ubicaciones en función de la motivación del autor, utilizaciones fraudulentas de documentos con claves de autenticación, *passwords*, bandas magnéticas con incorporación de datos personales, etc., debería tomarse en consideración.

4. Delitos de difusión de contenidos lesivos para intereses diversos: el ejemplo de la libertad y la indemnidad sexual (distribución mediante las TIC de contenidos ilícitos)

Si algo caracteriza en esta nueva época la problemática penal de Internet es la amplia posibilidad que esta presta para la difusión de contenidos lesivos de intereses objeto de tutela penal(60), ya en el ámbito de los delitos contra el honor(61), la publicidad engañosa(62), la apología de la violencia(63) o el terrorismo(64). Por supuesto, y al margen de cuestiones de competencia de jurisdicción, etc., si bien pudiera parecer que este ámbito de criminalidad no afecta ni a lo que es el ámbito de la securización digital en sí ni al del correcto uso de los sistemas informáticos conforme a los fines que les son propios –no estamos en el ámbito de infracciones contra contextos digitales–, los problemas pueden surgir cuando sistemas de titularidad o uso compartido se utilizan para dicha difusión –o recepción–, en el contexto de la dificultad que puede generar la determinación de las responsabilidades derivadas de ello(65).

En todo caso es esta ciertamente una problemática menor en comparación con lo que implican estos medios para la proliferación de actuaciones delictivas o para su mayor facilidad de comisión o de ocultamiento(66). La ventaja que ofrecen las tecnologías de la comunicación para la realización de determinada clase de conductas, no solo de opinión, que será lo más frecuente –delitos de amenazas, contra el honor, de provocación a la discriminación,

(60) Véase LÓPEZ ORTEGA, J.J. "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Inernet". p. 106 y ss.
(61) Por todos, ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. p. 146.
(62) Detenidamente, SIERRA LÓPEZ, M. V. *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. p. 227 y ss.
(63) Específicamente, YAR, M. *Cybercrime and society*. p. 97 y ss.
(64) Véase, entre otros, MORALES PRATS, F. "Los ilícitos en la red (II): pornografía infantil y ciberterrorismo". p. 273 y ss.
(65) A este respecto, en detalle, la completa monografía de GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*.
(66) Por todos, MORALES PRATS, F. "Pornografía infantil e Internet: La respuesta en el Código Penal español". p. 200 y ss.

el odio o la violencia o de terrorismo–, sino de afección a ámbitos especialmente sensibles como el de la tutela de la libertad sexual en cuanto a la protección de los menores se refiere, es indudable. A este último ámbito cabe hacer una especial referencia por ser quizás aquel en que mayor incidencia ha tenido de hecho el desarrollo de este tipo de tecnología(67).

En el ámbito de la libertad, o de la indemnidad, sexual, la tipología penal tradicional permite contemplar hechos punibles relativos a materiales pornográficos que puedan tener una especial vinculación con medios informáticos: así, supuestos de pornografía infantil o de pornografía dirigida a menores –también la ejecución de actos de exhibición obscena ante menores–, o incluso de violencia sexual explícita y no consentida entre mayores, grabados y distribuidos por Internet. No es necesario que los preceptos que contemplan conductas mencionen expresamente el hecho informático; con tipificar la venta, difusión o exhibición, o la elaboración, producción, venta, distribución, exhibición, facilitación de las anteriores conductas, financiación, posesión con aquellas finalidades o para uso propio, como hace el legislador español, sin diferenciar el tipo de soporte o utilizando incluso la expresión "cualquiera que sea su soporte", la regulación perfectamente permite sancionar la realización de cualesquiera de los anteriores comportamientos a través de redes informáticas.

El problema que puede plantearse, prescindiendo de discusiones habituales ajenas a lo estrictamente informático, es, en primer lugar, en los supuestos de pornografía dirigida a menores, la exigencia o no de que se utilice un medio directo de distribución, lo que, aunque no impediría la sanción de conductas de venta, difusión o exhibición de material entre menores a través de correos, foros o chats con menores concretos, imposibilita la prevención cuando se utilizan páginas no dirigidas expresamente a menores. A ello puede añadirse la cuestión del posible desconocimiento de la edad del usuario.

En cuanto a la sanción de conductas de elaboración de material pornográfico con menores(68) a través de procedimientos informáticos y de posterior distribución en sentido amplio de dicho material, el problema va a plantearse –solucionada la cuestión de la competencia jurisdiccional en aquellos Estados, cada vez más, que los consideren delitos de justicia universal,

(67) Sobre el aumento de la pornografía infantil motivado por la implantación de Internet, por todos, de nuevo MORALES PRATS, F. Ob. cit., p. 180 ss.; también, del mismo autor, "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular". p. 119 y ss.

(68) Sobre la propia complejidad del concepto, especialmente en los contextos digitales, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 68 y ss.; o MORALES PRATS. "Pornografía infantil e Internet: la respuesta penal: la respuesta en el Código Penal español". p. 178 y ss.

perseguibles sea cual sea el lugar donde se cometan[69]– a la hora de determinar, sobre todo, la autoría y a la hora de decidir qué comportamientos pueden ser sancionables, cuando no estemos estrictamente en supuestos de creación o difusión de la pornografía, en los casos de creación de listados, información a terceros, procuración de medios técnicos o incluso visionado de material ilícito.

La problemática del tratamiento del proveedor del servicio o del proveedor del acceso es objeto recurrente de controversia en la doctrina[70] y remite a la comprobación del conocimiento que se tenga del hecho y a la falta de adopción de medidas tendentes a evitarlo.

Más compleja si cabe es la cuestión de la posesión de material pornográfico, en relación, por ejemplo, con el visionado directo de páginas de pornografía infantil y el significado de los "archivos temporales" o el acceso a páginas compartidas, que requeriría redacciones explícitas en la línea del art. 9 del Convenio de Budapest, que únicamente exige la obtención del material pornográfico ilícito.

La minuciosa atención que a este tipo de conductas presta este art. 9 permite que se contemplen –obligando a su sanción por los países firmantes– distintos comportamientos de producción, ofrecimiento, puesta a disposición, difusión o transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático, así como –aunque aquí ya eximiendo de la obligatoriedad de sanción– conductas de procurarse, procurar a otro o poseer mediante un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos material de esa índole, entendiendo por pornografía infantil la representación visual de un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito, así como –lo que también deja a la opción de los Estados firmantes– la representación visual de una persona que sin serlo aparece como un menor –denominada pornografía técnica– o la de imágenes que representen un menor adoptando tal comportamiento –la pseudopornografía o pornografía simulada–[71], lo que incluye el denominado *morphing* que, en realidad, poco tiene que ver con el hecho sexual en sí en cuanto a la vulneración de los intereses del menor, y sí más, quizás, con su dignidad personal[72].

(69) A pesar de ello, véanse, no obstante, los problemas de persecución de estas conductas que destaca MORALES PRATS, F. "El Derecho Penal ante la pornografía infantil en Internet". p. 114 y ss.

(70) Muy detenidamente, GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil por delitos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*. p. 79 y ss.

(71) Véase, por ejemplo, el diferente tratamiento que de estas conductas realizan el art. 189.7 del Código Penal español o el §235 del Código Penal danés, más y menos intervencionista, respectivamente.

(72) Sobre esta discusión, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 62 y ss.

Merece destacarse también, por último, la creciente distribución a través de la red de material pornográfico en que se representan menores víctimas de violencia física o sexual, fenómeno que está teniendo reflejo ya en algunas legislaciones penales(73).

En el ámbito del resto de ilícitos, téngase en cuenta que lo que garantiza la cibernética es la rápida y amplia difusión de contenidos lesivos en los diferentes delitos que pueden entrar en juego –amenazas, informaciones injuriosas o calumniosas, publicidad engañosa, incitación al odio o a la violencia, terrorismo o genocidio– y que lo que dificulta es el conocimiento de quien los difunde y la delimitación de la responsabilidad de quien contribuye a ello, sin que la interpretación de las distintas infracciones plantee particularidad alguna por el hecho de cometerse en un contexto informático en lo que hace referencia a sus distintos elementos típicos.

5. Otros delitos

Cabe reiterar finalmente que además de estos campos más específicos de actuación delictiva en el mundo de la informática, es posible, como ya se señalaba, la comisión de numerosos delitos ajenos a él que se favorecen, sin embargo, a través de los déficits de seguridad que generan la implantación de las tecnologías de la información y de la comunicación o los meros sistemas de securización digital de entornos públicos y privados.

Por aludir a algún supuesto característico, téngase simplemente en cuenta, por ejemplo, la mayor facilidad de comisión de atentados patrimoniales (robos o estafas) o de atentados contra la libertad y seguridad (detenciones ilegales o secuestros) que se deriva del conocimiento del modo de actuación de los directivos o empleados de una empresa que pueda obtenerse a través de la incursión en sus sistemas informáticos, supuestos que, de no llevarse a cabo la actuación delictiva proyectada, deben ser tratados como actos preparatorios previos a los propiamente dichos de ejecución delictiva, en la mayoría de los casos no obstante impunes, supuestos de receptación o de blanqueo de bienes o incluso supuestos vinculados a delitos tradicionales de homicidio, lesiones, daños, incendios, etc., en los que el medio informático se utiliza para alterar información, bloquear sistemas de alarma o generar cortocircuitos, que es lo que puede favorecer o directamente causar el resultado pretendido. El hecho informático, sin embargo, en todos ellos, no va a plantear en sí problemas de interpretación típica específicos más allá de los propios de la delimitación de la responsabilidad individual y, en su caso, de la concreción de la vinculación causal entre acción y resultado.

(73) Véase el art. 189.3 d del Código Penal español.

V. DELITOS CONTRA LA GESTIÓN DE DERECHOS DIGITALES

La tutela de la propiedad intelectual e industrial, como interés merecedor y necesitado de protección penal, se debe garantizar frente a los ataques más graves para el conjunto de facultades que se derivan de la creación de obras de diversa naturaleza, entre las que están, por supuesto, las que hacen referencia a programas de ordenador, patentes, modelos de utilidad, topografías de semiconductores u otras contenidas en soportes digitales o transmitidas a través de ellos(74).

1. Delitos contra la propiedad intelectual (pirateo informático)

Los delitos contra la propiedad intelectual han de abarcar en este ámbito, entre otras, las conductas denominadas de pirateo informático(75) frente a obras originales y exteriorizadas de alguna manera para que hayan podido ser conocidas por terceros(76).

Se encuentran entre estas conductas tanto la realización de copias no autorizadas de obras de cualquier tipo como su distribución; como se acaba de señalar, incluyendo las actuaciones delictivas vinculadas a programas de ordenador o informaciones de cualquier naturaleza distribuidas a través de red –comunicaciones de texto, audio o vídeo– respecto de las que existan derechos de autor.

En lo que concierne específicamente a la protección de los derechos de autor sobre programas de ordenador, la misma puede efectuarse a través de su equiparación –a estos efectos– a las obras literarias(77) y comprender tanto la que puede existir sobre el *software* en sí como la que exista sobre su documentación técnica y manuales de uso, ya en relación con los derechos de creación de la obra (plagio, distribución o comunicación –es menos relevante aquí la en otros ámbitos fundamental conducta de reproducción–), ya a los de su explotación (distribución y transformación no consentida de la obra)(78).

Siempre, en todo caso, que las conductas tengan relevancia para afectar a los derechos de propiedad intelectual y no se agote su desvalor en la

(74) Ampliamente, MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. p. 28 y ss.
(75) Detenidamente, distinguiendo entre los intereses protegidos por el sistema de propiedad intelectual y el sistema americano de *copyright*, de nuevo MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual*. p. 485 y ss.
(76) Véase MATA Y MARTÍN, R. M. *Delincuencia informática y Derecho Penal*, p. 83; igualmente, MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual*. p. 271 y ss.
(77) No obstante, sobre la imposibilidad de identificación entre unos y otras, GÓMEZ MARTÍN, V. "La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995". p. 158 y ss.
(78) Detenidamente, MATA Y MARTÍN, R. M. "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen". p. 11.

utilización privada de lo que se copia o distribuye[79]. Y, por supuesto, que, en cuanto al objeto material de la conducta, podamos estar exactamente en el marco de lo que tratan de tutelar las leyes no penales que protegen la propiedad intelectual y que, en lo que concierne a las modalidades de la conducta, podamos entender que se ha producido, por ejemplo, un plagio, una reproducción o una distribución, tal y como deben entenderse estos conceptos en ese ámbito extrapenal, teniendo en cuenta todos los supuestos conflictivos que en este ámbito presentan los contextos digitales.

Así, podrá sancionarse la venta de programas informáticos pirateados, pero no, por ejemplo, la introducción del programa en la memoria interna del ordenador de un usuario, la copia de seguridad que se hace del mismo –que puede obtenerse incluso de un programa original adquirido por quien realiza dicha copia–[80] o la cesión de copias a terceros que las utilizarán también para fines privados; mucho menos copias necesarias técnicamente para realizar determinadas transmisiones.

También entran en el campo de estos delitos, las conductas vinculadas a copias de bases de datos o de diseños de páginas web o la utilización de cualesquiera contenidos obtenidos de páginas, ficheros, etc., ajenos y no públicos[81].

Ahora bien, en principio, la conducta del beneficiario de los comportamientos que puedan tener encaje en algún precepto penal suele quedar al margen de la sanción –salvo que sea el mismo que realice obviamente la conducta punible– y es susceptible de penalización únicamente a través de la previsión de los delitos que sancionan el encubrimiento o la receptación.

Al margen de lo que es la vulneración de derechos sobre material si se quiere específicamente informático, la protección de los derechos de autor sobre creaciones de audio, vídeo o audiovisuales tiene un similar ámbito de aplicación, siendo irrelevante aquí que exista soporte físico informático o no sujeto también a derechos de propiedad intelectual.

Es indudable que internet confiere innumerables facilidades para la actuación delictiva en el sector audiovisual. Nunca ha sido tan fácil la reproducción y distribución de materiales protegidos por los derechos de propiedad intelectual como ahora, en que cabe la transferencia de archivos digitales

(79) En este sentido, por todos, MATA Y MARTÍN, R. M. "Perspectivas sobre la protección penal del software". p. 143 y 148 y ss., desde el respeto a los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad del Derecho Penal.
(80) Véase de nuevo, MATA Y MARTÍN, R. M. Ob. cit., p. 143 y ss.
(81) Por todos, MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual.* p. 176 y ss.

sin necesidad de contacto físico directo entre actor y beneficiario y cabe, además, a gran escala(82).

Y además de los ya clásicos supuestos de *top manta*, proliferan en la actualidad las ventas a través de la Red de copias de *software* y distribuciones masivas, o en círculos restringidos, sin enriquecimiento económico directo de obras de la más diveras naturaleza; su sanción va a depender en las diversas legislaciones básicamente de que se exija o no para dicha sanción –y de cómo se explique el mismo– un ánimo de lucro. Pero, sin duda, la discusión está centrada en la actualidad en las conocidas operaciones de intercambio horizontal de archivos entre particulares, *peer to peer* (*P2P*), cuya sanción también va a vincularse a la existencia o no de ánimo de lucro; de ahí la opinión mayoritaria de impunidad que se propone para la mera reproducción sin significado económico relevante alguno en todos aquellos casos en que la misma, asociada a un proceso de comunicación (hiperenlaces, etc.), es transitoria.

Y aunque las regulaciones europeas, siguiendo exigencias armonizadoras en el seno de la Unión Europea, tienden a adelantar la intervención penal a conductas meramente preparatorias de todas las anteriores, previendo incluso tipos frente a conductas de desprotección de programas de ordenador(83), en la línea antes aludida del art. 6 del Convenio de Budapest, que, sin embargo, no se relaciona con las infracciones vinculadas a atentados a la propiedad intelectual del art. 10, se ha de ser sumamente cuidadoso con la extensión de responsabilidad penal en supuestos tan controvertidos como los de las redes *pear to pear* y buscar otras vías de solución de los conflictos que puedan plantearse con ellas mediante medidas de aseguramiento tecnológico(84) o indemnizaciones reparatorias de carácter civil(85).

2. Delitos contra la propiedad industrial

De carácter absolutamente similar a los delitos contra la propiedad intelectual la única diferencia con ellos de los delitos relativos a la propiedad industrial viene dada por el distinto objeto del delito, sujeto en un caso a derechos de autor, sujeto en otro a la normativa sobre propiedad industrial en

(82) Así, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. p. 89; véase también YAR, M. *Cybercrime and society*. p. 65 y ss.

(83) Ampliamente, GÓMEZ MARTÍN, V. "El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3 CP)". p. 5 y ss. Véase también MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. p. 103 y ss.

(84) Detenidamente, MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. p. 78 y ss.

(85) En este sentido, entre otros muchos, QUINTERO OLIVARES, G., "Internet y propiedad intelectual". p. 380 y ss. En contra, sin embargo, TOURNÉ, J. M. "Piratería audiovisual", p. 273. Véase la discusión acerca de la protección mediante la tipificación de estas conductas de intereses de grupos de poder muy concretos en YAR, M., *Cybercrime and Society*. p. 72 y ss.

la que tendría cabida, por ejemplo, la tutela del nombre de dominio en Internet o cualquier mecanismo de securización diseñado para su explotación comercial.

La propiedad industrial lo que básicamente refiere son invenciones –ya sea en cuanto a un objeto patentado ya en cuanto al procedimiento para crearlo, también patentado– relacionadas con el ámbito económico, comercial o industrial de determinados productos y lo que en Derecho Penal se ha de tutelar es, como ya se ha señalado, "la exclusividad en el uso de tales invenciones o signos distintivos como presupuesto para defender la capacidad competitiva de la empresa y así también los intereses de los consumidores"(86).

Acostumbra a explicarse que en lo que afecta a la propiedad intelectual el autor concibe y aplica lo concebido, siendo además la creación de una obra un fin en sí misma, sin perjuicio de su valor de mercado, mientras que cuando de propiedad industrial se trata la originalidad y personalidad de la creación se somete a la finalidad de proporcionar un servicio o utilidad, que a su vez cumplirá el objeto concebido, que podrá ser producido a gran escala por otros, lo que no es imaginable en la creación intelectual o artística. En todo caso, se admite que existen objetos problemáticos, difíciles de encajar en uno u otro tipo de propiedad, como justamente los programas de ordenador, por ejemplo, que podrían encajarse tanto en uno como en otro tipo de regulación.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIZCAYA, M. "Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho Penal en la red". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. 10, 2001.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C./HUERTA TOCILDO, S. "Intimidad e informática". En: *Revista de Derecho Penal*. 6, 2002.

BLANCO CORDERO, I. /SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. "Problemas de Derecho Penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet". En: *Actualidad Penal*. Nº 7, 2002, edición electrónica.

CLIMENT BARBERÁ, J. "La justicia penal en internet. Territorialidad y competencias penales". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. 10, 2001.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "Fraude informático y estafa por computación". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. 10, 2001.

(86) MATA Y MARTÍN, R. M. "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen". p. 12.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

DE ALFONSO LASO, D. "El *hackering* blanco. Una conducta ¿punible o impune?". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. 10, 2001.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraida a su titular". En: *Poder Judicial*. X, 1990.

DE URBANO CASTRILLO, E. "El documento electrónico: aspectos procesales". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

DOVAL PAÍS, A./JAREÑO LEAL, A. "Revelación de datos personales, intimidad e informática". En: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Cizur Menor (Navarra), 2001.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*. Oviedo, 2007.

GALÁN MUÑOZ, A. *El fraude y la estafa en los sistemas informáticos*. Valencia, 2005.

GALÁN MUÑOZ, A. "Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática". En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 15, 2006.

GALLARDO RUEDA, A. "Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo". En: *Cuadernos de Política Criminal*, 65, 1998.

GÓMEZ MARTÍN, V. "La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995". En: *Poder Judicial*. 66, 2002.

GÓMEZ MARTÍN, V. "El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3 CP)". En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 4, 2002.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil por delitos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*. Cizur Menor (Navarra), 2006.

GONZÁLEZ RUS, J. J. "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 12, 1986.

GONZÁLEZ RUS, J. J. "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos". En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 1, 1999.

GONZÁLEZ RUS, J. J. "Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (art. 264.2 Cp)". En: *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ RUS, J.J. "Los ilícitos en la red (I): *hackers, crackers, cyberpunks, sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. *Fraude informático y estafa*. Madrid, 1991.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal". En: *Cuadernos de derecho judicial*. 11, 1996.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. "Problemas de aplicación de la ley penal en el espacio virtual". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

KOOPS, B. J. "Cybercrime Legislation in the Netherlands". Separata. En: Cybercrime & Security, New York, 2005.

LEZERTUA RODRÍGUEZ, M. "El proyecto de convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. 10, 2001.

LÓPEZ MORENO, J./FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. "La *world wide web* como vehículo de delincuencia: supuestos frecuentes". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

LÓPEZ ORTEGA, J. J. "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

LÓPEZ ORTEGA, J. J. "Intimidad informática y derecho penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 9, 2004.

MAGRO SERVET, V. "La responsabilidad civil y penal en el campo de la informática". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 7, 2003.

MARCHENA GÓMEZ, M. "El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos". En: *Cuadernos de derecho judicial*. 10, 2001.

MATA Y MARTÍN, R. M. *Delincuencia informática y Derecho penal*. Madrid, 2001.

MATA Y MARTÍN, R. M. "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen (1)". En: *Actualidad Penal*. 37, 2003, edición electrónica.

MATA Y MARTÍN, R. M. "Perspectivas sobre la protección penal del software". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

MATA Y MARTÍN, R. M. *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago*. Cizur Menor (Navarra), 2007.

MAZA MARTÍN, J. M. "La intervención judicial de las comunicaciones a través de internet". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código Penal". En: *Hacia un Derecho penal sin fronteras*. Madrid, 2000.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Vías para la tipificación del acceso ilegal a los sistemas informáticos". En: *Revista Penal*. 22, 2008.

MIR PUIG, C. "Sobre algunas cuestiones relevantes del Derecho penal en Internet". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid, 2003.

MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Madrid, 2005.

MORALES PRATS, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.

MORALES PRATS, F. "La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 3, 1996.

MORALES PRATS, F. "Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 4, 2000.

MORALES PRATS, F. "Internet: riesgos para la intimidad". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

MORALES PRATS, F. "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular". En: *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Madrid, 2001.

MORALES PRATS, F. "El Derecho Penal ante la pornografía infantil en Internet". En: *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Madrid, 2002.

MORALES PRATS, F. "Los ilícitos en la red (II): Pornografía infantil y ciberterrorismo". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2002.

MORÓN LERMA, E. "Derecho Penal y nuevas tecnologías: panorama actual y perspectivas futuras". En: *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Madrid, 2003.

MORÓN LERMA, E. "Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos". En: *Delito e informática: algunos aspectos*. Bilbao, 2007.

ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Valencia, 2001.

PERARNAU MOYA, J. "Internet amenazada". En: *Cuadernos de Derecho judicial*. 10, 2001.

PICOTTI, L. "Internet y Derecho Penal: ¿un empujón únicamente tecnológico a la armonización internacional?". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

QUINTERO OLIVARES, G. "Internet y propiedad intelectual". En: *Cuadernos de derecho judicial.* 10, 2001.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ALONSO GALLO, J. "Derecho Penal e Internet". En: *Régimen jurídico de internet*. Madrid, 2001.

ROMEO CASABONA, C. *Poder informático y seguridad jurídica*. Madrid, 1988.

ROMEO CASABONA, C. "La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet". En: *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*. 2, 2002.

ROMEO CASABONA, C. "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

ROMEO CASABONA, C. "Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos". En: *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

ROVIRA DEL CANTO, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada, 2002.

RUIZ MARCO, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*. Madrid, 2001.

SIERRA LÓPEZ, M. V. *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Valencia, 2003.

SPANG-HANSEN, H. "Cybercrime and Jurisdiction in Denmark". En: *Cybercrime and Jurisdiction. A Global Survey*. Leiden, 2006.

TOURNÉ, J. M. "Piratería audiovisual. Delitos contra la propiedad intelectual en la era digital". En: *Cuestiones actuales de Derecho y tecnologías de la información y telecomunicación (TICS*). Cizur Menor (Navarra), 2006.

YAR, M. *Cybercrime and society*. London, 2006.

La tutela del Código Penal español frente al establecimiento de vertederos ilegales de residuos peligrosos[1]

Patricia FARALDO CABANA
(España)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Bien jurídico y sujetos pasivo y activo. **III.** Conducta típica. **IV.** Tipo subjetivo. **V.** Formas de aparición del delito. **VI.** Consecuencias jurídicas derivadas del delito. **VII.** Concursos. **VIII.** Los cambios propuestos en el Proyecto de reforma aprobado por el Consejo de Ministros del 13 de noviembre de 2009. **IX.** Bibliografía.

Resumen: Este trabajo analiza el delito de establecimiento de depósitos o vertederos de residuos peligrosos, contenido en el artículo 328 del Código Penal de 1995. Además de un estudio doctrinal de los diversos elementos típicos, desde el bien jurídico protegido y los sujetos pasivo y activo hasta los concursos, pasando por la conducta típica, el tipo subjetivo, el *iter criminis*, la autoría y participación y las consecuencias jurídicas derivadas del delito, se ofrece una detenida revisión crítica de la jurisprudencia que lo toma en consideración, sea para aplicarlo sea para decidir su no aplicación. En esta labor de análisis se tiene en cuenta el marco legislativo comunitario, nacional y autonómico que sirve de base a la aplicación del precepto. Por último, se comentan los cambios propuestos en el Proyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros del 13 de noviembre de 2009,

(1) Este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de los proyectos de Investigación "Espacio y Derecho Penal" (código PGIDIT07PXIB101244PR), financiado por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, otorgado al equipo investigador dirigido por el Prof. Dr. D. Carlos Martínez-Buján Pérez, y "Espacio y Derecho Penal" (DER2008-01523/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, otorgado al equipo del cual soy investigadora principal. Con él quiero agradecer al Prof. Dr. Dr. H. c. mult. Klaus Tiedemann su amabilidad al recibirme en su Instituto los veranos de 1995, 1996, 1999, 2001 y 2002, durante los cuales realicé provechosas estancias formativas.

que en esta materia pretende la transposición al Derecho nacional de la Directiva 2008/98/CE.

Abstract: This work analyses the offence of establishing hazardous waste tips or landfills, contained in article 328 of the Penal Code of 1995. As well as a doctrinal study of the various elements described by law, from the legally-protected right and the passive and active subjects to the proceedings, to the typified conduct, the subjective type, the *iter criminis*, the authorship and perpetration and the legal consequences resulting from the offence, it offers a detailed critical review of the case law taken into consideration, whether to apply it or to decide not to apply it. This analysis takes into account the European, national and regional legislative framework that serves as the basis for the application of the rules of law. Lastly, reference is made to the changes proposed in the amendment Project of the Penal Code of 13 November 2009, which aims to be transposed into the national Law of Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives.

Palabras Clave: Delitos relativos al medio ambiente – establecimiento de vertederos ilegales – gestión de residuos peligrosos – responsabilidad penal

Keywords: Environmental crimes - establishing illegal landfills – hazardous waste management – criminal liability

Artículo 328 CP: "Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas"(2).

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar el delito de establecimiento de depósitos o vertederos de residuos peligrosos que se contiene en el artículo 328 del Código Penal español (en adelante, CP), dentro del Capítulo III, "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", del Título XVI, "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", del Libro II. Como veremos, el interés tutelado con carácter general en el Capítulo mencionado es el medio ambiente, bien jurídico que ha cobrado una importancia fundamental en los últimos años ante la constatación de que la actuación humana, dado el enorme grado de desarrollo tecnológico alcanzado y el correlativo aumento

(2) Redacción según la Ley Orgánica (en adelante LO) 15/2003, de 25 de noviembre.

del consumo de reservas naturales de muy difícil recuperación, da lugar a su progresivo deterioro, lo que puede poner en peligro incluso la supervivencia de nuestra especie a largo plazo. Por ello no es de extrañar que la Constitución española de 1978, tras proclamar que "todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo", señale como principio rector de la política social y económica que "los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva", disponiendo, por último, que "para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado" (art. 45).

La protección que, en cumplimiento del citado mandato constitucional de criminalización(3), ofrece el Código Penal de 1995 al medio ambiente en una de las modalidades del precepto objeto de comentario, la que exige la aptitud para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, adopta una perspectiva que se ha venido en llamar "ecocéntrica", pues el medio ambiente se protege en tanto que valor abstracto en sí mismo considerado, como un bien colectivo de carácter social general sin referente individual(4). En la segunda modalidad, que exige el peligro para la salud de las personas, por el contrario, la tutela se configura de un modo antropocéntrico, al hacer residir el fundamento de la intervención penal en la idea de la tutela de la salud de las personas. En ese supuesto se tutela un bien supraindividual institucionalizado divisible en intereses individuales. La tutela del medio ambiente representa aquí una anticipación de la protección penal de ese bien jurídico de naturaleza individual(5). Con carácter general se trata de garantizar, en fin, la existencia de un medio ambiente propicio para la vida humana y la continuidad de la especie(6). Más adelante se precisará con mayor concreción el

(3) Sobre su significado, vid. extensamente, por todos, RAMON RIBAS, E. "Medio ambiente y mandatos constitucionales de criminalización". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.), *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 303-363.

(4) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte general*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 184.

(5) Ibídem, p. 205.

(6) Incluyo, por tanto, a las generaciones futuras. En este sentido, vid. también HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "El principio de lesividad y el delito ecológico". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1425; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte Especial*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 821; del mismo autor, *Parte general* 2ª edición, ob. cit., p. 205.

bien jurídico en el delito que es objeto de atención en este trabajo, pues presenta algunas particularidades dignas de mención.

El artículo 328 del CP se enmarca en un Capítulo en el que se prevén un tipo básico de contaminación ambiental (art. 325 del CP) y subtipos agravados (art. 326 del CP), así como la posibilidad de aplicar en ambos supuestos las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP (art. 327 del CP), un tipo de prevaricación específica (art. 329 del CP) y un tipo específico de daños a elementos de un espacio natural protegido (art. 330 del CP), así como una cláusula general de punición de la imprudencia grave aplicable a todo ellos (art. 331 del CP). Le son aplicables además las disposiciones comunes recogidas en el Capítulo V (arts. 338 a 340 del CP). Existen discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia en torno a si el delito de establecimiento de depósitos o vertederos de residuos peligrosos ha cubierto una laguna de punibilidad existente en el Código penal de 1944/73, cuyo artículo 347 *bis*, al igual que el precepto que lo sustituye en el actual Código penal de 1995, el artículo 325 del CP[7], no abarcaría este tipo de comportamientos[8], o, antes al contrario, constituye un injustificado tratamiento privilegiado de ciertas conductas que, de no existir, encajarían en el tipo básico de los delitos contra el medio ambiente, regulado en el citado artículo 325 del CP, que cita

(7) Artículo 325 del CP: "1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior. 2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años".

(8) Cfr., por ej., MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance del controvertido y peculiar artículo 328 del Código Penal de 1995". En: *Revista Mensual de Gestión Ambiental*. Núm.20/21, 2000, p. 51; del mismo autor, "Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del Código Penal". En: *La Ley Penal*. Núm.6, 2004, pp. 27-30; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M., "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (artículo 319 a DF 7ª)*. 5ª edición, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 128; VEGA RUIZ, J. A. de, "Delitos contra el medio ambiente". En: *La Ley*. 1996-3, p. 1462. A veces se indica que esta posición se enfrenta al hecho de que el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, aplicó el citado artículo 347 *bis* del CP 1944/73 a supuestos similares a los que encajan en el actual artículo 328 del CP, citándose como ejemplo las SSTS de 11-3-1992 (RJ 1992\4319) y 5-10-1993 (RJ 1993\7694). Sin embargo, la primera resolución mencionada trata un caso de vertido o depósito efectivamente realizado de naranjas en estado de putrefacción, con escape de los jugos, y la segunda un caso también de vertido de un residuo sólido, por lo que en realidad no son supuestos que encajen en el actual artículo 328 del CP, sino en el artículo 325 del CP.

expresamente los depósitos y vertidos(9). Como veremos en el apartado dedicado a la conducta típica, es posible realizar una interpretación que dote de sentido y autonomía a la figura delictiva que nos ocupa dándole un ámbito propio de aplicación al margen del delito ecológico y justificando la menor gravedad de la pena en relación a este. El que mayoritariamente se opte en la jurisprudencia por otra posición es una de las causas de la escasa aplicación de esta figura delictiva.

> En todo caso, la relevancia criminológica de la conducta no es escasa: en el año 2008 la Guardia Civil cursó 14 denuncias por delito y 12.776 por infracciones administrativas en materia de residuos peligrosos, sin incluir los urbanos ni los sanitarios(10). La situación en la Unión Europea es similar, hasta el punto de que la Comisión denuncia la existencia de infracciones sistemáticas en relación con los residuos, destacando la tolerancia generalizada de actividades ilegales como el establecimiento de vertederos no autorizados, que considera un problema específico de aplicación de la legislación ambiental comunitaria(11).

Con carácter previo conviene advertir que estamos ante una figura delictiva que tiene su ámbito de aplicación más señalado en las Comunidades Autónomas, cuando hayan asumido la competencia para aprobar las normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje, en los términos del artículo 149.1.23 de la Constitución; y en los municipios, pues la Administración local es competente en materia de recogida de residuos, competencia que se extiende al tratamiento en los ayuntamientos de más de 5.000 habitantes y a la protección del medio ambiente en los de más de 50.000(12).

(9) En este sentido, por ej., ALMELA VICH, C. "El medio ambiente y su protección penal". En: *Actualidad Penal*. 1998-1, marg.37; COLÁS TURÉGANO, A. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995 (C. III del T. XVI del L. II)". En: AA.VV. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen segundo*. Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 437; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 17ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542; TERRADILLOS BASOCO, J. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Terradillos Basoco, J. (Dir.), *Derecho Penal del medio ambiente*. Trotta, Madrid, 1997, p. 53; VERCHER NOGUERA, A. "Responsabilidad penal ambiental". En VERCHER NOGUERA, A./ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G./ CASTAÑÓN DEL VALLE, M. *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*. Ecoiuris, Madrid, 2003, p. 78.

(10) Datos contenidos en el *Anuario Estadístico 2008*. Ministerio del Interior, p. 467.

(11) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la legislación ambiental comunitaria (COM/2008/0773 final).

(12) Artículos 25, 26 y 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Sobre la extensión y límites de esta competencia, vid. ampliamente ALENZA GARCÍA, J. F., "De vertederos municipales y del almacenamiento *in situ* de residuos (A la luz de las aportaciones jurisprudenciales)". En: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Núm.11, 2007-1, pp. 17 ss. Hay que advertir que las ordenanzas locales tienen un papel fundamental en la determinación de los residuos de características especiales y del régimen jurídico que les es de aplicación.

En este punto debemos tener en cuenta que España es el tercer país de la Unión Europea con mayor número de municipios, un total de 8.105, siendo más del 60 % de ellos municipios de menos de 1.000 habitantes y el 84 % de menos de 5.000. Por tanto, la mayoría debe cumplir solo el servicio mínimo de recogida de residuos.

II. BIEN JURÍDICO Y SUJETOS PASIVO Y ACTIVO

En cuanto al bien jurídico protegido, el delito que nos ocupa adopta, como hemos adelantado, una perspectiva mixta ecocéntrica-antropocéntrica que da lugar a que tengamos que distinguir entre sus dos modalidades de conducta típica, una que supone la aptitud para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales y otra la aptitud para perjudicar la salud de las personas. En ambos casos el medio ambiente es un bien jurídico protegido, pero si en el primer supuesto se tutela directamente un bien jurídico supraindividual de carácter social general no divisible en intereses individuales, en el segundo nos encontramos que se protege un bien jurídico supraindividual institucionalizado divisible, aquí sí, en intereses individuales reconducibles a la salud de las personas. Esto repercute en la estructura de ambas modalidades típicas.

En la doctrina se señala que de hecho es posible que el medio ambiente no se vea en absoluto afectado por la conducta, lo que puede suceder cuando la aptitud para producir un daño tenga como exclusivo objeto de referencia la salud de las personas[13], pues el precepto utiliza la conjunción disyuntiva "o" cuando exige que los vertederos o depósitos "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales *o* la salud de las personas". A mi juicio, por el contrario, no se puede aceptar que haya figuras delictivas que no afecten al medio ambiente estando reguladas dentro de un Capítulo que lleva por rúbrica precisamente "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente"[14]. La tipificación de las conductas aptas para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales tutela directamente el medio ambiente como bien jurídico colectivo inmaterial, no divisible en intereses individuales. Este bien jurídico se pone en peligro abstracto con la realización de una de esas conductas. Por su parte, la tipificación de las conductas aptas para perjudicar la salud de las personas también supone una tutela de ese bien jurídico colectivo,

(13) Lo destacan PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos". Ob. cit., pp. 130-131. Vid. también BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Córdoba Roda, J./ García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial.* Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1395; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho Penal del medio ambiente*. Iustel, Madrid, 2008, p. 142.

(14) Vid. en este sentido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Artículo 328". En: Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II. Artículos 138 a 385*. Trivium, Madrid, 1997, p. 3261.

pero la concreta tipicidad se vincula a la puesta en peligro de un bien jurídico representante, la salud de las personas, que se convierte en el bien jurídico inmediatamente protegido. En ambos casos se protege, en fin, el medio ambiente, si bien desde diversas perspectivas: la primera ecocéntrica, la segunda antropocéntrica. Ahora bien, con este tenor literal no se puede exigir que se produzca al mismo tiempo un peligro abstracto para el equilibrio de los sistemas naturales *y* para la salud de las personas, pues ello supondría una interpretación a todas luces *contra legem*, si bien desde un punto de vista sistemático podría justificarse que el precepto penal, necesariamente de mayor gravedad que las infracciones administrativas, exigiera un peligro para ambos bienes jurídicos. Y es que llama la atención que la pena sea idéntica cuando se pone en peligro el bien jurídico colectivo que cuando se trata de un bien jurídico individual como la salud de las personas. Piénsese que en el delito ecológico el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas configura un tipo cualificado frente al básico, basado en la potencialidad para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales[15], lo que supone tanto un mayor respeto a la autonomía del bien jurídico colectivo medio ambiente[16] como una mayor consideración del bien jurídico individual salud de las personas.

Por lo demás, la referencia alternativa tanto al medio ambiente como a la salud de las personas es una constante en la normativa administrativa reguladora de la gestión de residuos, tanto a nivel nacional, estatal y autonómico[17], como a nivel europeo[18], y así se ha trasla-

(15) Se impone la pena de prisión del tipo básico, que se extiende de seis meses a cuatro años, en su mitad superior (art. 325.1 último inciso CP).

(16) Como destaca MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Colex, Madrid, 1998, p. 111.

(17) Por ej., el artículo 1 de la Ley 10/1998, del 21 de abril, de Residuos (en adelante, LR), que señala que la finalidad de esta norma es "proteger el medio ambiente y la salud de las personas". En el mismo sentido, el artículo 1 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 10/2008, del 3 de noviembre, de Residuos; el artículo 1 de la Ley 1/1999, del 29 de enero, de Residuos de Canarias; el artículo 1 de la Ley 5/2003, del 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid, etc. De forma parcialmente distinta, en parte más ajustada a los términos empleados en la normativa europea, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1/2009, del 21 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de los residuos de Cataluña señala que "el objetivo general de esta regulación es mejorar la calidad de vida de la ciudadanía de Cataluña, obtener un alto nivel de protección del medio ambiente y dotar a los entes públicos competentes por razón de la materia de los mecanismos de intervención y control necesarios para garantizar que la gestión de los residuos se lleva a cabo sin poner en peligro la salud de las personas, reduciendo el impacto ambiental y, en particular:
   a) Previniendo los riesgos para el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna.
   b) Eliminando las molestias por ruidos y olores.
   c) Respetando el paisaje y los espacios naturales y, especialmente, los espacios protegidos.
   d) Impidiendo el abandono, el vertido y, en general, toda disposición incontrolada de los residuos.
   e) Fomentando, por este orden, la prevención y la reducción de la producción de los residuos y su peligrosidad, su reutilización, el reciclaje y otras formas de valorización material".

(18) Por ej., artículo 1 de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, de acuerdo con el cual "la

dado a la penal, sin perjuicio de entender que en todo caso estamos ante normas que pretenden la protección del medio ambiente, aunque desde diferentes perspectivas.

Sujeto activo puede ser cualquiera, por lo que no es necesario acudir al artículo 31 del CP[19] aunque la conducta se realice en el marco de una actividad constitutiva de empresa[20]. No tiene por qué tratarse del productor de los residuos o desechos, pudiendo ser un importador, un intermediario o agente, un gestor… esto es, cualquier persona.

El sujeto pasivo puede ser la colectividad, si lo que se pone en peligro es el medio ambiente, o una o varias personas físicas, si lo que se pone en peligro es la salud de las personas, o bien ambos simultáneamente si concurre peligro para los dos bienes jurídicos.

III. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica consiste en establecer depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos. Estamos ante un delito de mera actividad[21] y de peligro abstracto de aptitud para los bienes jurídicos protegidos.

La acción consiste en "establecer" el depósito o vertedero, sin que sea necesaria la efectiva realización de un vertido o depósito. Por "establecer" se entiende "fundar" o "instituir" algo (1ª acepción del *Diccionario de la lengua*

---

presente Directiva establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de los impactos adversos de la generación y gestión de los residuos, la reducción de los impactos globales del uso de los recursos y la mejora de la eficacia de dicho uso". En el artículo 13 se puntualiza que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que la gestión de los residuos se realizará sin poner en peligro la salud humana y sin dañar al medio ambiente y, en particular:

a) sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora;
b) sin provocar incomodidades por el ruido o los olores; y
c) sin atentar contra los paisajes y los lugares de especial interés".

(19) Artículo 31 del CP: "1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

(20) Sin embargo, cfr. BLANCO LOZANO, C. "Artículos 325 y 328: Problemas prácticos de aplicación". En: *La Ley*. 1997-4, pp. 1320-1321.

(21) De resultado para MESTRE DELGADO, E. "Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Lamarca Pérez, C. (coord.). *Derecho Penal. Parte especial*. 4ª ed. Colex, Madrid, 2008, p. 454.

española de la Real Academia), en este caso un depósito o vertedero, esto es, crearlo donde antes no lo había[22].

El objeto de la acción está constituido por los depósitos o vertederos. El término "depósito" es polisémico, puesto que puede aludir tanto a la acción como al efecto de depositar, a la cosa depositada y al lugar o recipiente donde se deposita (acepciones 1ª a 3ª del Diccionario de la Real Academia). Ahora bien, el artículo 325 CP ya castiga la provocación o realización de depósitos, de forma que si en el artículo 328 CP se entiende el término en el mismo sentido, como defiende un sector doctrinal[23], resulta que carece de sentido su previsión expresa, que además supone un absurdo privilegio punitivo en vista de los diferentes marcos penales: recuérdese que el tipo básico del delito ecológico se castiga con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años, mientras que el delito que nos ocupa contempla pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses, sanciones notablemente inferiores. Por ello, para dotar de sentido y autonomía a la figura del artículo 328 CP conviene entender dicho término como "lugar o recipiente donde se deposita", lo que además es coherente, a su vez, con el sentido del otro término al que le une la conjunción copulativa "y", esto es, el "vertedero". En efecto, si se interpreta conjuntamente con el término "vertedero", que hace referencia al "lugar adonde o por donde se vierte algo", y también al "lugar donde se vierten basuras o escombros" (acepciones 1ª y 2ª del Diccionario de la Real Academia)[24], resulta claro que aquí

(22) En este sentido, entre otros, CUESTA AGUADO, M. P. de la. "Delito ecológico". En: AA.VV. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal de Empresa 2004-2005*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2003, p. 398; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995". En: *Actualidad Penal*. 1998-1, marg.300; MATA BARRANCO, N. de la. "Protección penal del ambiente". En: Serrano-Piedecasas, J. R./ Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*. Colex, Madrid, 2010, p. 232; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal comentado (Ley 10/1995, del 23 de noviembre)*. Edersa, Madrid, 1996, p. 484.

(23) Cfr., por ej., ALMELA VICH, C. "El medio ambiente", cit., margs.36-37; BLANCO LOZANO, C. *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*. Comares, Granada, 1997, p. 144; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho Penal del medio ambiente*, cit., pp. 139-141; MUÑOZ CONDE, F. *Parte Especial*. 17ª edición, cit., p. 542; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 352-353; TERRADILLOS BASOCO, J. "Delitos", cit., p. 53.

(24) En el artículo 3 LR se define el vertedero como aquella "instalación de eliminación que se destine al depósito de residuos en la superficie o bajo tierra". Evidentemente este concepto (que coincide exactamente con el contenido en el artículo 2 g) de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril, relativa al vertido de residuos) hace reiterativa, por inútil, la mención conjunta a los "depósitos y vertederos" en el tipo penal. Por otro lado, algún autor propone distinguir entre vertedero y depósito, entendiendo que el primero es el "lugar o sitio donde de forma desordenada y sin control se echan los residuos, carente además de toda instalación para su aprovechamiento o eliminación", y el segundo "aquella instalación en la que se almacenan o agrupan con un cierto orden los residuos bien para su tratamiento y eliminación bien para su mera conservación". Así, LESMES SERRANO, C. "Los delitos

se castiga no la provocación o realización de vertidos o depósitos en sentido estricto, ni siquiera de forma indirecta[25], sino la disposición, en el sentido de creación o establecimiento, de vertederos o depósitos de una determinada clase de desechos o residuos[26]. Desde esta perspectiva, el artículo 328 del CP castiga actos preparatorios o tentativas de participación en la provocación o realización de vertidos o depósitos, conductas que quedarían impunes en el marco del artículo 325 del CP hasta que se iniciara la ejecución, lo que si por un lado supone que la creación del artículo 328 del CP ha dado lugar a un importante adelantamiento de las barreras de protección[27], por otro justifica que su pena sea inferior a la prevista en el artículo 325 del CP[28].

La mención alternativa a los "desechos o residuos" es innecesaria, toda vez que, según el Diccionario de la Real Academia, en su tercera acepción "desecho" equivale a "residuo, basura", mientras que por su parte "residuo" significa "aquello que resulta de la descomposición o destrucción de algo" (2ª acepción), "material que queda como inservible después de haber realizado un trabajo u operación" (3ª acepción). Sin embargo, un sector doctrinal afirma que es "acertada la cita alternativa de residuos o desechos, la cual tiene más base legal que científica, y en caso de haberse optado por una de

contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: LESMES SERRANO, C., y otros. *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*. Comares, Granada, 1997, p. 360. Como cabe observar, esta propuesta no coincide con la definición administrativa de vertedero, sin que a mi juicio aporte nada a la interpretación del tipo penal.

(25) Como afirma un sector jurisprudencial: por ej., las SSTS de 12-12-2000 (RJ 2000\1914) y 6-9-2006 (RJ 2006\875), y la SAP de Barcelona de 12-7-1996 (ARP 1996\468). En la doctrina, vid. ALENZA GARCÍA, J. F., "Protección del medio ambiente y desarrollo sostenible. Urbanismo y desarrollo sostenible. Eficacia de la protección penal en materia medio ambiental". En: Corcoy Bidasolo, M. (Dir.). *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 607; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho Penal del medio ambiente*, cit., p. 140; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., p. 129.

(26) Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Cedecs, Barcelona, 1997, p. 91; BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos", cit., p. 1419; CUESTA AGUADO, M. P. de la. "Delito ecológico", cit., p. 398; de la misma autora, "Artículo 328". En: Arroyo Zapatero, L., y otros (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*. Iustel, Madrid, 2007, pp. 736-737; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos", cit., margs.300-301; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 126-127; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Rodríguez Mourullo, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997, pp. 934-935; VAELLO ESQUERDO, E. "Los delitos contra el medio ambiente". En: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Núm.7, 2005-1, p. 39; ZUBIRI DE SALINAS, F. "Delitos contra el medio ambiente". En: Bajo Fernández, M. (Dir.). *Empresa y Derecho Penal (II)*. CDJ 10-1998, CGPJ, Madrid, 1999, p. 112.

(27) Cfr. JAVATO MARTÍN, A. M. "Artículo 328". En: Cobo del Rosal, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal. Tomo X (Vol. II). Libro II. Titulo XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (artículos del 319 al 340)*. CESEJ-Ediciones, Madrid, 2006, p. 287; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Parte especial*. 2ª edición, cit., p. 827; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 128.

(28) Cfr. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos", cit., marg.300. Vid. también MATA BARRANCO, N. de la. "Protección penal del ambiente", cit., p. 232.

las dos fórmulas se hubieran podido producir lagunas de punibilidad"[29]. La base legal a que se alude ha cambiado, siendo actualmente la Ley 10/1998, del 21 de abril, de Residuos y normativa de desarrollo[30], que cita exclusivamente los residuos[31], en consonancia con la terminología empleada a nivel europeo[32]. Este concepto se define en el artículo 3 LR como "cualquier sustancia u objeto perteneciente a alguna de las categorías que figuran en el anejo de esta Ley, del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención u obligación de desprenderse. En todo caso, tendrán esta consideración los que figuren en el Catálogo Europeo de Residuos (CER), aprobado por las Instituciones Comunitarias"[33]. Ahora bien, teniendo en cuenta

(29) PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., p. 128. También CUESTA AGUADO, M. P. de la, "Delito ecológico", cit., pp. 398-399, que afirma que el concepto de desecho es más amplio que el de residuo, caracterizándose "por el mayor peso que en la calificación del objeto como desecho tendría la voluntad del dueño".

(30) Junto con el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, constituye la parte principal de la legislación estatal básica sobre protección del medio ambiente, de acuerdo con el artículo 149.1.23 CE, en relación con los residuos.

(31) En la derogada Ley 42/1975, del 19 de noviembre, sobre recogida y tratamiento de residuos y desechos sólidos urbanos, se mantenía esta distinción en el título. En el articulado, sin embargo, no se establecía diferencia alguna de regulación o tratamiento, utilizándose ambos conceptos como sinónimos.

(32) Por ej., en la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas. Con anterioridad, vid. la Directiva 75/442/CEE del Consejo, del 15 de julio, relativa a los residuos (Directiva Marco de Residuos); la Decisión 96/350/CE del 24 de mayo por la que se adaptan los Anexos II A y II B de la Directiva 75/442/CEE del Consejo relativa a los residuos; la Directiva 1999/31/CE del Consejo, del 26 de abril, relativa al vertido de residuos; la Decisión del Consejo 2003/33/CE, del 19 de diciembre de 2002, por la que se establecen los criterios y procedimientos de admisión de residuos en los vertederos con arreglo al artículo 16 y al anexo II de la Directiva 1999/31/CE; la Resolución del Consejo del 7 de mayo de 1990 sobre la política en materia de residuos (90/C122/02); la Resolución del Consejo del 24 de febrero de 1997 sobre una Estrategia Comunitaria de Gestión de Residuos (97/C76/01); el Reglamento (CE) núm. 2150/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de noviembre, relativo a las estadísticas sobre residuos, etc., etc.

(33) Ha de tenerse en cuenta que esta Ley 10/1998 excluye de su ámbito de aplicación las emisiones a la atmósfera reguladas en la Ley 38/1972, del 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico; los residuos radiactivos regulados por la Ley 25/1964, del 29 de abril, de Energía Nuclear; los vertidos de efluentes líquidos a las aguas continentales regulados por la Ley 29/1985, del 2 de agosto, de Aguas, que ha sido derogada, debiendo entenderse que la remisión se hace al vigente Real Decreto Legislativo 1/2001, del 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (en función de la disposición derogatoria única de la Ley 16/2002, del 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, han quedado derogadas las autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias reguladas en esta Ley); los vertidos desde tierra al mar regulados por la Ley 22/1988, del 28 de julio, de Costas (de nuevo en función de la disposición derogatoria única de la Ley 16/2002, del 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, han quedado derogadas las autorizaciones de vertidos al dominio público marítimo terrestre, desde tierra al mar, reguladas en esta Ley); y los vertidos desde buques y aeronaves al mar regulados por los tratados internacionales de los que España sea parte. La Ley 10/1998 es de aplicación supletoria a las materias que se enuncian a continuación en aquellos aspectos regulados expresamente en su normativa específica: la gestión de los residuos resultantes de la prospección, extracción, valorización, eliminación y almacenamiento de recursos minerales, así como de la explotación de canteras, en lo regulado en la Ley 22/1973, del 21 de julio, de Minas; la eliminación y transformación de animales muertos y desperdicios de origen

que desecho es la sustancia u objeto del cual su dueño quiere desprenderse porque ya no le es útil, resulta que se produce una confluencia de significados que convierte en reiterativa la mención simultánea a ambos conceptos.

> Conviene destacar que la exigencia expresa de que el material que se vaya a verter o depositar tenga la naturaleza de desecho o residuo ha dado pie a entender que "impide que quepan en el marco típico de este delito los depósitos de materiales peligrosos que carezcan de tal carácter, por ejemplo, para utilizarlos después"(34). Sin embargo, al respecto hay que tener en cuenta que de acuerdo con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "el mero hecho de que una sustancia esté integrada, directa o indirectamente en un proceso de producción industrial no la excluye del concepto de residuo"(35), insistiendo en que "el concepto de residuo no debe entenderse como excluyente de las sustancias y objetos susceptibles de reutilización económica, aunque los materiales de que se trate puedan ser objeto de transacción o de cotización en listas comerciales públicas o privadas"(36). En efecto, no tiene mucho sentido que tales supuestos queden al margen de este tipo penal.

Los desechos o residuos deben ser sólidos o líquidos. No cabe otro estado, como el gaseoso o el pastoso(37), a los que sin embargo sí aludió en su día expresamente la normativa administrativa al respecto(38), si bien tal mención

---

animal, en lo regulado en el Real Decreto 2224/1993, del 17 de diciembre, sobre normas sanitarias de eliminación y transformación de animales muertos y desperdicios de origen animal y protección frente a agentes patógenos en piensos de origen animal; los residuos producidos en las explotaciones agrícolas y ganaderas consistentes en materias fecales y otras sustancias naturales y no peligrosas, cuando se utilicen en el marco de las explotaciones agrarias, en lo regulado en el Real Decreto 261/1996, del 16 de febrero, sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias y en la normativa que apruebe el Gobierno en virtud de lo establecido en la disposición adicional quinta; los explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos desclasificados, así como residuos de materias primas peligrosas o de productos explosivos utilizados en la fabricación de los anteriores, en lo regulado en el Real Decreto 230/1998, del 16 de febrero, que aprueba el Reglamento de Explosivos; y las tierras separadas en las industrias agroalimentarias en sus fases de recepción y de limpieza primaria de las materias primas agrícolas, cuando estén destinadas a su valoración como tratamiento de los suelos, produciendo un beneficio a la agricultura o una mejora ecológica de los mismos, de acuerdo con el apartado R.10, del anexo II.B de la Decisión de la Comisión del 24 de mayo de 1996. Ahora bien, estas exclusiones administrativas no son aplicables al precepto penal, siempre que se trate de residuos o desechos que reúnan las notas apuntadas de toxicidad y peligrosidad. Así, entre otros, LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., p. 360, en relación a los residuos nucleares y mineros.

(34) SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte especial*. 14ª ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 654-655.

(35) STJCE del 18 de diciembre de 1997, en el asunto C-129/96.

(36) STJCE del 25 de junio de 1997, en el asunto C-224/95.

(37) Cfr. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos", cit., marg.301, y LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., p. 360, en relación con los gaseosos.

(38) Artículo 2 de la derogada Ley 20/1986, del 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, que mencionaba los "materiales sólidos, pastosos, líquidos, así como los gaseosos contenidos en recipientes".

ha desaparecido en la actualmente vigente. No parece haber explicación para esta limitación, que da lugar a una laguna de punibilidad incomprensible(39).

Además, los desechos o residuos deben ser tóxicos o peligrosos(40). "De este modo, no será posible sancionar a quien dispone un vertedero para otras sustancias que, sin ser subsumibles en el concepto jurídico-administrativo de residuo "tóxico" o "peligroso", puedan poner en grave peligro la salud de las personas"(41) o, cabe añadir, el equilibrio de los sistemas naturales. Como se ha apuntado, existe una definición administrativa de lo que se entiende por residuo peligroso, que consiste en una remisión a listas contenidas en los anexos o en otros instrumentos normativos(42).

> Se aprecia un cambio de terminología en la normativa administrativa sobre la materia, pues si la Ley 20/1986, del 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, y su reglamento de ejecución promulgado por Real Decreto 833/1988, del 20 de julio, de Residuos Tóxicos y Peligrosos, hoy derogados, mencionaban conjuntamente unos y otros, definiéndolos como "los materiales sólidos, pastosos, líquidos, así como los gaseosos contenidos en recipientes, que, siendo el resultado de un proceso de producción, transformación, utilización o consumo, su productor destine al abandono y contengan en su composición alguna de las sustancias y materias que figuran en el anejo de la presente Ley en cantidades o concentraciones tales que representen un riesgo para la salud humana, recursos naturales y medio ambiente", la Ley 10/1998, del 21 de abril, de Residuos, y su normativa de desarrollo solo hacen referencia a los residuos peligrosos, en el entendimiento de que estos incluyen los tóxicos.

Aquí se plantea la duda relativa a si es posible que en el ámbito penal, aun basándose inicialmente en dichas listas, se pueda considerar residuo tóxico o peligroso un elemento que no se encuentre contenido en ninguna de ellas, pero sea en efecto material de desecho con un elevado grado de toxicidad o peligrosidad(43).

(39) Cfr. MATA BARRANCO, N. de la. "Protección penal del ambiente", cit., p. 232.

(40) Sobre estos conceptos, vid. ampliamente POLAINO NAVARRETE, M. "Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español de 1995". En: AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Volumen segundo. Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 613-615.

(41) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 130.

(42) De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 10/1998, del 21 de abril, de Residuos, se entiende por residuos peligrosos "aquellos que figuren en la lista de residuos peligrosos, aprobada en el Real Decreto 952/1997, así como los recipientes y envases que los hayan contenido. Los que hayan sido calificados como peligrosos por la normativa comunitaria y los que pueda aprobar el Gobierno de conformidad con lo establecido en la normativa europea o en convenios internacionales de los que España sea parte".

(43) En contra, BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos", cit., p. 1420; COLÁS TURÉGANO, A. "Algunas consideraciones", cit., p. 444, quien *de lege ferenda* propone reflexionar sobre la oportunidad de optar

Para determinar la peligrosidad de un residuo es de interés el Anexo III de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, ya citada, que recoge las "características de los residuos que permiten calificarlos de peligrosos". Esas características son las siguientes: explosivo, oxidante, fácilmente inflamable, inflamable, irritante, nocivo, tóxico, cancerígeno, corrosivo, infeccioso, tóxico para la reproducción, mutagénico, sensibilizante o ecotóxico, incluyendo los susceptibles, después de su eliminación, de dar lugar a otra sustancia por un medio cualquiera que posea alguna de las características antes enumeradas (44).

por un concepto material de residuo tóxico o peligroso "que permita aplicar el tipo aun cuando la sustancia en cuestión no esté incluida en el anexo pero, a juicio del juzgador, avalado por peritos, la sustancia merezca la condición de tóxica y peligrosa". URRAZA ABAD, J. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. La Ley, Madrid, 2001, p. 285.

(44) Los adjetivos empleados se definen en los siguientes términos: "H 1 'Explosivo': se aplica a las sustancias y los preparados que pueden explosionar bajo el efecto de la llama o que son más sensibles a los choques o las fricciones que el dinitrobenceno.

H 2 'Oxidante': se aplica a las sustancias y los preparados que presentan reacciones altamente exotérmicas al entrar en contacto con otras sustancias, en particular sustancias inflamables.

H 3-A 'Fácilmente inflamable' se aplica a:

- las sustancias y los preparados líquidos que tienen un punto de inflamación inferior a 21 °C (incluidos los líquidos extremadamente inflamables)
- las sustancias y los preparados que pueden calentarse y finalmente inflamarse en contacto con el aire a temperatura ambiente sin aporte de energía
- las sustancias y los preparados sólidos que pueden inflamarse fácilmente tras un breve contacto con una fuente de ignición y que continúan ardiendo o consumiéndose después del alejamiento de la fuente de ignición
- las sustancias y los preparados gaseosos que son inflamables en el aire a presión normal
- las sustancias y los preparados que, en contacto con el agua o el aire húmedo, desprenden gases fácilmente inflamables en cantidades peligrosas.

H 3-B 'Inflamable': se aplica a las sustancias y los preparados líquidos que tienen un punto de inflamación superior o igual a 21 °C e inferior o igual a 55 °C.

H 4 'Irritante': se aplica a las sustancias y los preparados no corrosivos que pueden causar una reacción inflamatoria por contacto inmediato, prolongado o repetido con la piel o las mucosas.

H 5 'Nocivo': se aplica a las sustancias y los preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden entrañar riesgos de gravedad limitada para la salud.

H 6 'Tóxico': se aplica a las sustancias y los preparados (incluidos las sustancias y los preparados muy tóxicos) que por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden entrañar riesgos graves, agudos o crónicos e incluso la muerte.

H 7 'Cancerígeno': se aplica a las sustancias y los preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden producir cáncer o aumentar su frecuencia.

H 8 'Corrosivo': se aplica a las sustancias y los preparados que pueden destruir tejidos vivos al entrar en contacto con ellos.

H 9 'Infeccioso': se aplica a las sustancias y los preparados que contienen microorganismos viables, o sus toxinas, de los que se sabe o existen razones fundadas para creer que causan enfermedades en el ser humano o en otros organismos vivos.

H 10 'Tóxico para la reproducción': se aplica a las sustancias y los preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden producir malformaciones congénitas no hereditarias o aumentar su frecuencia.

Al respecto conviene tener presente que la normativa administrativa, que sufre constantes actualizaciones, marca el nivel de riesgo permitido. Ello significa que el ciudadano debe poder consultar dicha normativa y estar razonablemente seguro de lo que está permitido y lo que está prohibido. Sorprenderle a posteriori con la declaración de que un determinado material no contenido en las listas es un residuo tóxico o peligroso podría suponer una vulneración de la seguridad jurídica. En conclusión, considero que no es posible sancionar a través del artículo 328 del CP a quien establece un depósito o vertedero para materiales o sustancias que no encajan en la definición administrativa de desechos o residuos tóxicos o peligrosos(45). Cuando resulte que dichos materiales o sustancias, sin estar incluidos en ninguna de esas listas, en efecto son aptos para perjudicar gravemente el ecosistema o la salud de las personas es necesario esperar a que se inicie la ejecución del delito ecológico y castigar en su caso por esta figura delictiva(46).

La referencia a que los desechos o residuos "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas", que combina la mención de la posibilidad de causar un perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales del tipo básico del artículo 325 del CP y el mismo riesgo para la salud de las personas del subtipo agravado de dicho precepto(47), convierte al artículo 328 del CP en un delito de peligro abstracto para el bien jurídico medio ambiente, en lo que respecta a la alusión al grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales, y para la salud de las personas, en lo que respecta a la segunda alternativa, que, como hemos visto, desempeña aquí la función de bien jurídico representante, pasando a convertirse en el bien jurídico inmediatamente protegido. Por lo tanto, peligro

H 11 'Mutagénico': se aplica a las sustancias y los preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden producir defectos genéticos hereditarios o aumentar su frecuencia.
H 12 Residuos que emiten gases tóxicos o muy tóxicos al entrar en contacto con el aire, con el agua o con un ácido.
H 13 'Sensibilizante': se aplica a las sustancias y los preparados que, por inhalación o penetración cutánea, pueden ocasionar una reacción de hipersensibilización, de forma que una exposición posterior a esa sustancia o preparado dé lugar a efectos nocivos característicos.
H 14 'Ecotóxico': se aplica a los residuos que presentan o pueden presentar riesgos inmediatos o diferidos para uno o más compartimentos del medio ambiente.
H 15 Residuos susceptibles, después de su eliminación, de dar lugar a otra sustancia por un medio cualquiera, por ejemplo, un lixiviado que posee alguna de las características antes enumeradas".

(45) Cfr. CUESTA AGUADO, M. P. de la. "Delito ecológico". Ob. cit., pp. 399-400.

(46) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*. Ob. cit., p. 130.

(47) Algún autor ha querido apreciar un cierto carácter distintivo del peligro en el artículo 328 CP, que justificaría una pena inferior a la del artículo 325 CP, pese a que "el resultado peligroso es idéntico en ambos preceptos", en el hecho de que en el precepto que nos ocupa los depósitos o vertederos quedan circunscritos en el espacio, mientras que en el artículo 325 CP los depósitos y vertidos son por definición incontrolables, al realizarse en la atmósfera, el suelo o las aguas. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J. "Delitos". Ob. cit., p. 53. Recuérdese que este autor defiende que el artículo 328 CP es un tipo privilegiado respecto del artículo 325 CP, tesis que no se apoya en este trabajo.

abstracto para los dos bienes jurídicos protegidos[48], y dentro de esta categoría se trata de delitos de aptitud o peligro hipotético[49].

> En efecto, no basta el juicio de peligrosidad *ex ante* sobre la conducta, sino que es necesario comprobar, desde una perspectiva *ex post*, que alguno de los bienes jurídicos citados alternativamente pudo haber sido gravemente perjudicado por ella. Esto obliga al órgano judicial a comprobar que los desechos o residuos que se preveía descargar en el depósito o vertedero son aptos para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Por el contrario, no es necesario probar que el equilibrio de un ecosistema concreto o la salud de una persona concreta se han puesto en efectivo peligro[50] o han sufrido un perjuicio.

El peligro ha de ser grave, siendo la gravedad un elemento valorativo que es objeto de interpretación por parte del órgano judicial, con base en las circunstancias concurrentes y atendiendo a criterios científicos o técnicos[51].

De acuerdo con el tenor literal del artículo 328 del CP se puede plantear una situación en la que se establece un vertedero o depósito ilegal de residuos tóxicos o peligrosos que, sin embargo, carezca de aptitud para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, por ej., porque se ha construido de modo tal que permite excluir con seguridad la posibilidad de causación de dicho perjuicio. En este caso no cabría aplicar el artículo 328 del CP, pues la intervención del Derecho Penal requiere esa

(48) Cfr. MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance". Ob. cit., p. 52; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 130; TERRADILLOS BASOCO, J. "Delitos". Ob. cit., pp. 48-49.

(49) En este sentido, CUESTA AGUADO, M. P. de la. "Delito ecológico". Ob. cit., p. 399; de la misma autora, "Artículo 328". Ob. cit., p. 737; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos". Ob. cit., marg. 301; JAVATO MARTÍN, A. M. "Artículo 328". Ob. cit., p. 288; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Parte especial*. 2ª edición, cit., p. 828; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho penal del medio ambiente*, cit., pp. 141-142; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en Serrano Tárraga, M. D./ Serrano Maíllo, A./ Vázquez González, C., *Tutela penal ambiental*. Dykinson, Madrid, 2009, p. 178. Apunta ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*. Ecorama, Granada, 2006, p. 214, que se trata del principal elemento diferenciador de las conductas penales frente a las infracciones administrativas, respecto del cual, además, "el Derecho penal puede reclamar una total autonomía valorativa, por cuanto su precisión excede a las competencias del orden administrativo".

(50) Sin embargo, un sector jurisprudencial afirma que estamos ante un delito de peligro concreto. Vid. la SAP de Cádiz de 16-10-2001 (JUR 2001\330839). En la doctrina también mantienen esta posición BOIX REIG, J./ JAREÑO LEAL, A., "De los delitos", cit., p. 1604; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "Artículo 328", cit., p. 3261; LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., p. 359; RODRÍGUEZ RAMOS, L. "Delitos contra el medio ambiente (Evolución y futuro)". En: Pérez Álvarez, F. (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 641-642. Alguna resolución llega a hablar de "perjuicio concreto", lo cual es un error manifiesto. Así, la SAP de Barcelona de 25-5-1999 (ARP 1999\4217).

(51) Cfr. STS de 21-12-2001 (RJ 2002\2341), con relación al mismo elemento en el artículo 325 CP.

posibilidad de perjuicio para los bienes jurídicos mencionados(52). La única vía para sancionar sería acudir a las infracciones administrativas en la materia(53).

Cuando el peligro se proyecte sobre "algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas" (art. 338 CP).

> La definición administrativa de lo que es un espacio natural protegido se encuentra en los artículos 27 y siguientes de la Ley 42/2007, del 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, de acuerdo con los cuales se trata de "aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes, y sean declarados como tales: a) contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo; b) estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados".

A diferencia de otros delitos contenidos en el mismo Capítulo, aquí no se exige expresamente la infracción de la normativa administrativa relativa a la gestión de residuos, lo que ha sido aprovechado por el sector doctrinal y jurisprudencial favorable a la consideración de este precepto como tipo privilegiado respecto del artículo 325 CP para argumentar que ello justifica la diferencia de pena, más leve en el artículo 328 CP(54). Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias entienden que dicha infracción "está implícita en el hecho de disponer depósitos o vertederos en relación con una

(52) Como destaca SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 131. En este sentido, BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos", cit., p. 1420; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente*, cit., p. 353.

(53) Cfr. LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., p. 362.

(54) Así, la STS de 21-12-2001 (RJ 2002\2341), que expresamente afirma que "la menor penalidad que para el delito del artículo 328 en comparación con el del artículo 325 establece el Código no tiene en sus respectivas redacciones otra diferencia importante que, en la figura del 325, ha de concurrir con la realización de emisiones, vertidos y demás formas de comisión que se enumeran, la contravención de Leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, mientras que en el 328 tal clase de contravención no es exigida. Parece pues que el añadido de esa infracción normativa está en la base del mayor disvalor que tal conducta ha merecido del legislador (...)". En la doctrina, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Artículo 328", cit., pp. 3261-3262; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal del medio ambiente*, cit., p. 140; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Parte especial*. 5ª edición, cit., p. 880, quien entiende que es la única forma de explicar la exigua pena del artículo 328 en comparación con la del artículo 325 CP, si bien la critica; VEGA RUIZ, J. A. de. *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1996, p. 139.

determinada clase de residuos (los "tóxicos o peligrosos"), que se halla sometida a específicas y rigurosas normas de gestión"[55]. En efecto, la normativa extrapenal sobre la materia debe operar como límite a la intervención punitiva, marcando, como ya se ha apuntado, el nivel de riesgo permitido[56], esto es, del peligro que se asume siempre que simultáneamente se adopten las medidas de protección adecuadas para evitar su descontrol. Se ha apuntado, a mayores, que "resulta difícilmente imaginable que se pueda disponer un vertedero peligroso para los sistemas naturales o la salud de las personas sin infracción de la normativa ambiental"[57], pues de hecho el artículo 22.1 de la Ley 10/1998 dispone que "quedan sometidas a régimen de autorización por el órgano ambiental de la Comunidad Autónoma (…) la recogida y el almacenamiento de residuos peligrosos". En efecto, el almacenamiento, vertido, abandono o eliminación de sustancias o residuos son actividades sometidas a licencia o autorización en la Ley 10/1998, con carácter ordinario. También en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, para todas aquellas actividades industriales

(55) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Parte especial*. 2ª edición, cit., p. 827. En este sentido, ALMELA VICH, C. "El medio ambiente", cit., marg.37; BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos", cit., pp. 1419-1420; BLANCO LOZANO, C. *La protección*, cit., p. 144; del mismo autor, "Artículos 325 y 328", cit., p. 1320; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos", cit., marg.301; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. *El medio ambiente*, cit., p. 213; JAVATO MARTÍN, A. M. "Artículo 328", cit., pp. 286-287; LASO MARTÍNEZ, J. L. *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 126; LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., pp. 361-362; LÓPEZ-CERÓN HOYOS, C. y otros. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: AA.VV. *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. Diario Expansión, Madrid, 1999, p. 489; MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance". cit., pp. 49-50; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., pp. 128-129; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente*, cit., p. 353; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 128; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. "De los delitos", cit., p. 935; VAELLO ESQUERDO, E. "Los delitos", cit., p. 39; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal comentado*, cit., p. 485; VERCHER NOGUERA, A. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Moral García, A. del/ Serrano Butragueño, I. (Coords.). *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II (Arts. 138 a 639)*. Comares, Granada, 2002, p. 2071. En la jurisprudencia, en este sentido, las SSTS de 30-5-2007 (RJ 2007\3725) y 13-2-2008 (RJ 2008\2973).

(56) Cfr. PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., p. 128. Vid. también TORRES VELA, M. "Reseña jurisprudencial sobre la delincuencia medioambiental". En: Granados Pérez, C. (Dir.). *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*. CDJ 52-2004, CGPJ, Madrid, 2004, p. 202; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. "Delitos", cit., p. 179; ZUBIRI DE SALINAS, F. "Delitos". cit., p. 112.

(57) JAVATO MARTÍN, A. M. "Artículo 328", cit., p. 287. En el mismo sentido, ALMELA VICH, C. "El medio ambiente", cit., margs.36-37; BLANCO LOZANO, C. "Artículos 325 y 328", cit., p. 935; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 128; SOSPEDRA NAVAS, F. J. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III", en Domínguez, J. A., y otros. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (Delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 212; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. "De los delitos", cit., p. 935; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. "Delitos". cit., p. 179.

recogidas en su ámbito de aplicación, entre las que se encuentran determinadas instalaciones dedicadas a la gestión de residuos.

> La concesión de una autorización condicionada a la realización de un proyecto y de determinadas obras que no se llevan a cabo no permite excluir la tipicidad por este delito(58). En efecto, cuando no se realizan las acciones auxiliares de control de riesgos estipuladas en la autorización, o se realizan mal, la acción deja de estar autorizada(59).

Un sector doctrinal establece una limitación ulterior a la aplicación del precepto, consistente en entender que la ilegalidad predicable del establecimiento de los depósitos o vertederos debe interpretarse en el sentido de que se trata de una actividad no solo no autorizada, sino no autorizable, esto es, si dicho establecimiento era autorizable, la falta de autorización no implicaría per se el delito, mientras que por su parte la autorización no excluiría el delito si la actividad no es autorizable(60). En efecto, estamos ante un sistema de accesoriedad de norma. Es preciso analizar si la autorización es conforme con las disposiciones generales reguladoras de esta clase de residuos. Si no lo es, no es apta para eliminar ni la tipicidad ni la antijuridicidad de la conducta: dada la ausencia de referencia explícita a la infracción de la normativa extrapenal no parece factible entender que se excluye la tipicidad, mientras que tampoco es correcto entender que una autorización ilegal excluye la antijuridicidad de la conducta. Por ello, lo más adecuado parece ser tener en cuenta la existencia de esa autorización para apreciar un error sobre el tipo, que puede ser vencible o invencible según el caso(61).

IV. TIPO SUBJETIVO

La figura es dolosa, siendo admisible la modalidad eventual(62).

Es posible la realización del tipo por imprudencia, pues la cláusula general de imprudencia contenida en el artículo 331 CP(63) le es aplicable, sin que haya ningún elemento en el artículo 328 CP que permita rechazar esta

(58) Cfr. LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., p. 362. Parece que también LASO MARTÍNEZ, J. L. *Urbanismo*, cit., p. 126.

(59) Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. "La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.), *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 664.

(60) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 128, nota núm.178. En este sentido también CUESTA AGUADO, M. P. de la. "Delito ecológico", cit., p. 400; LASO MARTÍNEZ, J. L. *Urbanismo*, cit., p. 126; MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance", cit., p. 49.

(61) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 129-130.

(62) Vid. entre otros, MESTRE DELGADO, E. "Delitos", cit., p. 453.

(63) Artículo 331 CP: "Los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave".

forma de imputación subjetiva[64]. En los casos más frecuentes el sujeto activo descarta, de forma contraria al deber de cuidado, la posibilidad de causar un perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas[65]. También cabe la aplicación del tipo imprudente a través del error vencible sobre un elemento del tipo penal: por ej., el sujeto activo sabe que establece un depósito o vertedero ilegal pero desconoce que está destinado a recibir residuos tóxicos o peligrosos.

Como hemos visto, la concesión de una autorización para establecer el depósito o vertedero que, de acuerdo con la normativa administrativa, es nula se puede tener en cuenta como fundamento para la apreciación de un error sobre el tipo permisivo, y en concreto de un error sobre los presupuestos de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho[66]. Evidentemente no existe error cuando el sujeto conoce perfectamente las razones que determinan la ilegalidad de la concesión de la autorización.

> En la jurisprudencia se ha considerado que la existencia de expedientes administrativos sancionadores por los mismos hechos constitutivos de infracción penal excluye la apreciación de la imprudencia, debiendo apreciarse dolo en la actuación del agente[67].

V. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

El delito se consuma en el momento en que el vertedero o depósito está preparado para acoger los desechos o residuos.

> De acuerdo con la posición adoptada en torno a la conducta típica, no resulta necesario que se realice ningún vertido o depósito para entender consumada la figura objeto de estudio[68].

En lo que respecta a las cuestiones de autoría y participación, estamos ante un delito común que no plantea problemas específicos en esta materia[69].

(64) Cfr. BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos", cit., p. 1420; MUÑOZ CONDE, F. *Parte Especial*. 17ª edición, cit., p. 542; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 131; VAELLO ESQUERDO, E. "Los delitos", cit., p. 40.

(65) Vid. por ej. el supuesto de hecho de la SAP de Albacete de 31/10/2001 (ARP 2001\751), que cifra la diferencia con la infracción administrativa en que se trata de una actitud prolongada en el tiempo, que rebasa la mera imprevisión o el descuido puntual y pasajero.

(66) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 130. En efecto, como señala CUESTA AGUADO, M. P. de la. "Delito ecológico", cit., p. 400, la creencia errónea de que la conducta está amparada por una autorización administrativa o que es acorde con la legislación administrativa ha de ser tratada como un error de prohibición.

(67) Cfr. la STS de 11/02/2003 (RJ 2003\1083).

(68) Cfr. la STS de 13/02/2008 (RJ 2008\2973). En contra, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal comentado*, cit., pp. 484-485, que exige que se haya vertido al menos una vez "dado que, antes de ello, solo se está en presencia de un solar que nada explica por sí mismo". Por el contrario, TORRES VELA, M. "Reseña". cit., p. 202, más correctamente, entiende que si se realiza un vertido habrá de aplicarse el artículo 325.

(69) Sobre algunas cuestiones que surgen en el ámbito empresarial, vid. FARALDO CABANA, P. "Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa". En: Quintero

No es necesario acudir al artículo 31 CP cuando la conducta se realiza en el seno de una empresa[70].

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL DELITO

Las penas previstas para la modalidad dolosa son conjuntamente prisión de cinco a siete meses y multa de diez a catorce meses. Dada la escasa duración de la pena de prisión, caben tanto la suspensión condicional de su ejecución como la sustitución por otras penas no privativas de libertad. Respecto de la multa conviene recordar que, aun en el caso de que el delito se haya cometido en el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa, el carácter personal de las penas obliga a que se tenga en cuenta exclusivamente la capacidad económica del reo para la determinación de la cuota diaria, y no la de la empresa[71]. Eso sí, la empresa es responsable del pago de la multa conjuntamente con la persona física condenada. Ahora bien, en caso de incumplimiento no cabe aplicar a la empresa la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

En caso de que el peligro se proyecte sobre un espacio natural protegido se imponen las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, según dispone el artículo 338 CP, esto es, prisión de siete meses y un día a diez meses y quince días y multa de catorce meses y un día a veintiún meses.

Por su parte, la modalidad imprudente del delito que nos ocupa se castiga con las penas inferiores en un grado, es decir, prisión de dos meses y medio a cinco meses menos un día y multa de cinco a diez meses menos un día en la modalidad básica, y prisión de tres meses y quince días a siete meses menos un día y multa de siete meses y un día a catorce meses menos un día en la modalidad agravada por afectación a un espacio natural protegido.

En estos casos, dada la naturaleza de delito de peligro y de consumación anticipada, no existe la posibilidad de obligar a la restauración del equilibrio ecológico perturbado (prevista en el artículo 339 CP[72], precepto que se contiene en el Capítulo V, dedicado a las "Disposiciones comunes" del Título XVI). Ahora bien, sí puede obligarse a adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes contemplados en este Título XVI, posibilidad igualmente prevista en el artículo 339 CP, y en particular la

Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 469-523.

(70) Vid. sin embargo LÓPEZ-CERÓN HOYOS, C. y otros. "Delitos", cit., p. 497.

(71) Como señala acertadamente SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 132.

(72) Artículo 339 CP: "Los jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título".

ejecución de un proyecto de sellado que impida filtraciones o emisiones al exterior o la clausura definitiva del vertedero o depósito.

La clausura definitiva del depósito o vertedero llevada a cabo voluntariamente antes de la presentación de la querella criminal puede dar lugar a la apreciación de la atenuación prevista en el artículo 340 CP(73). En efecto, "el primer modo de reparación es la evitación de nuevos peligros o daños"(74).

> La introducción de este precepto en el Derecho Penal ambiental(75) responde al principio, tradicional en el Derecho Administrativo sancionador, "quien contamina debe reparar"(76), habiendo sido aplaudida por un sector doctrinal que entiende que "el modelo reparatorio debe de cumplir en un futuro un papel importante en la resolución de los conflictos por delito ambiental", llegando incluso a sustituir las sanciones pecuniaria y privativa de libertad(77). Frente a esta opinión, y sin dejar de reconocer la importancia de la reparación en una esfera como es la constituida por el Derecho ambiental, conviene tener presente que puede ser integrada en los costes de la actividad empresarial, no afectando de forma directa y personal a los responsables, lo que hace que su efecto preventivo se reduzca(78).

Dándose los requisitos tanto del artículo 340 CP como del artículo 21.5 CP(79), en la jurisprudencia se señala que hay que optar necesariamente por la aplicación del precepto medioambiental, por ser más específico. Téngase en cuenta que mientras la atenuante genérica de reparación del daño permite únicamente aplicar la pena correspondiente al delito de que se trate en su mitad inferior, salvo que sea considerada muy cualificada (en cuyo caso puede suponer,

(73) Artículo 340 CP. "Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas".

(74) En este sentido, GOMIS CATALÁ, L. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 254 y ss; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Parte Especial*, 5ª edición, cit., p. 904.

(75) Solicitada en su día por la doctrina. Vid., entre otros, HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 167.

(76) Vid. ampliamente, GOMIS CATALÁ, L. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, cit., p. 249 y ss. La obligación de restaurar el medio ambiente dañado se reconoce también a nivel constitucional en el artículo 45 CE, como hemos visto.

(77) PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., p. 184. Afirma, a mi juicio con razón, que un régimen privilegiado en cuanto a las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo podría suponer una aminoración del fin de prevención general de la norma penal, por todos, CUESTA AGUADO, M. P. de la. *Respuesta penal al peligro nuclear*. PPU, Barcelona, 1994, p. 301 y ss.

(78) FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 135 y ss.

(79) Artículo 21 CP: "Son circunstancias atenuantes:
(…) 5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

según los supuestos, una pena inferior en uno o dos grados), el artículo 340 del CP supone obligatoriamente la rebaja de la pena prevista en un grado[80].

> Ahora bien, en la jurisprudencia se afirma, asimismo, que ello no supone la imposibilidad de llegar a una rebaja de hasta dos grados cuando la atenuante se considera muy cualificada, pues el artículo 66.1.2 del CP no distinguiría entre circunstancias atenuantes genéricas y específicas[81]. Esta afirmación es indudablemente errónea, puesto que el artículo 67 del CP señala expresamente que "las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción(...)"[82].

Existe una zona de confluencia de ambos preceptos constituida por la reparación completa del daño realizada antes del inicio del juicio oral. Dándose esta situación debe aplicarse el artículo 340 del CP, que contiene una regulación especial de la atenuante genérica de reparación del daño[83], sin que sea posible superar la rebaja en un grado que se prevé en él[84].

(80) Rebaja que ha sido calificada de "tímida" por SUÁREZ GONZÁLEZ, C. "De los delitos", cit., p. 947. Por su parte, afirma MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. *Los delitos*, cit., p. 149, que el sector medioambiental resulta privilegiado porque, a pesar de que la atenuante genérica de reparación del daño permite imponer la pena inferior en uno o dos grados si se estima como muy cualificada, el artículo 340 del CP obliga a aplicar siempre la pena inferior en un grado.

(81) Cfr. en este sentido la STS de 23-9-2003 (RJ 2003\7504). El artículo 66.1.2 del CP dispone que "en la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (…)
2. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes".

(82) Opinión mayoritaria en la doctrina. Vid. por todos VIDALES RODRÍGUEZ, C. "La reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Análisis del artículo 340 del Código penal". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 786-789.

(83) Una diferencia importante radica en el límite temporal hasta el cual tiene efectos la realización de conductas de reparación del daño: en el artículo 21.5 del CP se establece expresamente que es hasta el inicio de la celebración del juicio oral; en el artículo 340 del CP no se dice nada, "con lo cual es perfectamente admisible aceptar la eficacia de los actos de reparación hasta el mismo momento en que el juez dicte sentencia". PUENTE ABA, L. M. "La atenuación de la pena en los delitos contra el medio ambiente: entre la prevención y la reparación de los daños medioambientales". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 712. Vid. también FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 281. En contra, TAMARIT SUMALLA, J. M. "La reparación como instrumento de protección penal del ambiente". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 755, que afirma que "lo más correcto es entender aplicable al art. 340 el mismo requisito temporal del artículo 21-5, al ser la norma examinada esencialmente una manifestación particular de la reparación".

(84) La presencia de una atenuante genérica de reparación del daño que permite una rebaja superior, en algunos casos, a la prevista en esta atenuante específica da pie a un sector doctrinal a afirmar que el artículo 340 del CP sobra, "por provocar *distorsión* frente a los efectos punitivos que con carácter

Cuando no se repara completamente el daño causado no cabe aplicar el artículo 340 del CP sino la atenuante del artículo 21.5 del CP, puesto que en ella basta con la disminución de los efectos del delito siempre que responda a un esfuerzo serio del autor por reparar(85), lo que justifica que en general se otorgue un mayor efecto atenuatorio en el primer caso que en el segundo.

En ningún caso es aceptable a estos efectos "dotar de eficacia a la reparación efectivamente llevada a cabo, incluso aquella acordada en sentencia"(86), puesto que el cumplimiento, incluso voluntario, de una medida obligatoria para el condenado no puede dar lugar a una atenuación de la pena.

VII. CONCURSOS

Cuando primero se establece el depósito o vertedero y después el mismo sujeto realiza un depósito o vertido se debe aplicar exclusivamente el artículo 325 del CP, que absorbe el desvalor del precepto que nos ocupa(87). Sin embargo, en la jurisprudencia se observa mayoritariamente la aplicación exclusiva del artículo 328 del CP en estos supuestos(88), a veces en su modalidad

general el propio Código prevé para las atenuantes". RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente*, cit., p. 417. Entiende que, en efecto, resulta "perturbadora" PUENTE ABA, L. M. "La atenuación", cit., p. 722.

(85) Cfr. VEGA RUIZ, J. A. de. *Delitos*, cit., p. 145, quien parte de una interpretación estricta de esta causa de atenuación, entendiendo que "no depende subjetivamente de la intención, sino objetivamente de la reparación concreta del daño. No habrá atenuante si se ha intentado esta reparación sin lograrla". En el mismo sentido, cfr. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos", cit., marg. 306, criticando que el artículo 340 CP no comprenda el esfuerzo dirigido a disminuir los efectos del delito, "al menos (como en el Derecho alemán) si estos (o el daño) quedan conjurados por circunstancias o comportamientos al margen del autor"; FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 279; PUENTE ABA, L. M. "La atenuación", cit., p. 721. En contra, vid. CARMONA SALGADO en Cobo del Rosal, M. (Dir.). *Parte especial, II*, cit., p. 90, quien entiende que el esfuerzo serio pero infructuoso por reparar el daño causado también permite aplicar la atenuación prevista en el artículo 340 CP. Admiten que una reparación parcial puede permitir la aplicación del artículo 340 CP, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos", cit., marg. 306; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 178; TAMARIT SUMALLA, J. M. "La reparación", cit., pp. 756-757; VIDALES RODRÍGUEZ, C. "La reparación", cit., pp. 782-783.

(86) Como proponen PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., p. 184.

(87) En este sentido, JAVATO MARTÍN, A. M. "Artículo 328", cit., pp. 285-286; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Parte especial*, 2ª edición, cit., p. 828; MESTRE DELGADO, E. "Delitos", cit., p. 449; MUÑOZ CONDE, F. *Parte especial*, 17ª edición, cit., p. 542; MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance". cit., p. 51; SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A. *Parte especial*, 14ª edición, cit., p. 655; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 130; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. "De los delitos", cit., p. 934. Afirman que se debe aplicar el artículo 325 CP pero aplicando la regla de la especialidad y no la que se emplea en el texto, ALENZA GARCÍA, J. F. "Protección", cit., p. 607; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Parte especial*. 5ª edición, cit., p. 880, que afirma que "siempre que medie una infracción normativa, el tipo, por ser más específico, a aplicar será el de delito ecológico", si bien critica este criterio por considerarlo demasiado formal.

(88) Por ej., vid. la SAP de Asturias del 10/09/1999 (ARP 1999\3277), en un caso en que se dejan en el suelo, a la intemperie, 50.000 toneladas de hidróxido de calcio, sin base aislante que impidiera las filtraciones; la SAP de Albacete del 31/10/2001 (ARP 2001\751), en el caso de incumplimiento en una ganadería de las normas reglamentarias sobre instalación y limpieza, realizándose vertidos de purines que dan lugar a la proliferación de insectos y roedores y a malos olores; la SAP de Alicante del 27/04/2002

imprudente, sin duda partiendo de su entendimiento como tipo especial respecto del delito ecológico[89], interpretación que, como ya se indicó, carece de sentido, pues el supuesto tipo especial, en teoría más grave por suponer la realización de vertidos o depósitos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos, se castiga con pena inferior, lo que supone una incongruencia. No faltan, no obstante, resoluciones acordes con la posición adoptada en este trabajo[90]. Por otra parte, un sector doctrinal afirma que el supuesto concurso de normas entre el artículo 328 CP y el artículo 325 CP debe resolverse a favor del delito ecológico[91]. Algún autor propone incluso "un concurso ideal, porque para verter es preciso antes crear el vertedero (art. 77-1)"[92], apreciación que no se comparte.

(ARP 2002\364), en el caso de una empresa dedicada a la gestión de residuos que por deficiente almacenamiento da lugar a que una fuerte lluvia arrastre lodos y líquidos de los depósitos al exterior, conteniendo diversas sustancias tóxicas; la SAP de Cádiz del 16/10/2001 (JUR 2001\330839), en un supuesto de establecimiento en parque natural de depósitos de residuos de aceites minerales usados, en pésimo estado de conservación, con fugas y sin las preceptivas autorizaciones administrativas; la SAP de León del 30/09/2004 (JUR 2004\304823), en el caso de una escombrera cuyas fugas producen la contaminación de un arroyo provocando la muerte de numerosas truchas por falta de ph en el agua. Por su parte, las SSTS del 23/09/2003 (RJ 2003\7504), en el caso de un vertedero de materiales inflamables en zona forestal de alto riesgo, habiéndose realizado vertidos, y del 19/03/2007 (RJ 2007\1932), en el caso de una balsa de almacenaje de purines que se salen inundando los campos y contaminando un arroyo y un pozo cercanos, aplican el artículo 328 CP alegando que la conducta encaja tanto en el delito ecológico como en el que analizamos y que este es el precepto más favorable al reo. Por último, la STS del 21/12/2001 (RJ 2002\2341) aplica el artículo 325 CP por entender que es preferente cuando se produce la trasgresión de la normativa ambiental, lo que no exigiría el artículo 328 CP, mientras que la STS del 11/02/2003 (RJ 2003\1083) también lo hace pero alegando que el concurso de normas debe resolverse con base en el principio de alternatividad o consunción impropia, esto es, a favor del artículo 325 CP, que prevé una pena mayor.

(89) En este sentido, expresamente, la SAP de las Islas Baleares del 21/04/2005 (ARP 2005\218), que cita en su apoyo la STS de 23-9-2003 (RJ 2003\7504), opta por especialidad por el artículo 328 CP, a pesar de reconocer que con esta interpretación "este último precepto devalúa de forma notable la respuesta punitiva ante conductas que incuestionablemente son tan agresivas para el medio ambiente como las que se describen en las figuras básicas, ajustándonos al principio de especialidad y al contenido del hecho probado no hay duda de que entre las dos alternativas típicas debemos inclinarnos por la más favorable para los imputados, contenida en el último de los dos citados preceptos". En la doctrina apoyan esta posición BLANCO LOZANO, C., "Artículos 325 y 328", cit., p. 1320; CORCOY BIDASOLO, M. "Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente". En: Corcoy Bidasolo, M. (Dir.). *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 635-636; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. *Los delitos*, cit., pp. 111-112; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente*, cit., p. 353; SOSPEDRA NAVAS, F. J. "De los delitos", cit., p. 205; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. "Delitos", cit., p. 180. Pero no hay especialidad. De hecho, no hay concurso aparente de leyes penales, ya que no cabe que un mismo hecho sea susceptible de ser calificado con arreglo al artículo 325 y al artículo 328: como hemos visto, las conductas típicas son distintas.

(90) Cfr. las SSTS del 12/12/2000 (RJ 2000\9790), 30/05/2007 (RJ 2007\3725) y 13/02/2008 (RJ 2008\2973), y las SSAP de Barcelona del 25/05/1999 (ARP 1999\4217) y Tarragona del 30/01/2008 (JUR 2008\105739).

(91) Cfr. BOIX REIG, J./ JAREÑO LEAL, A. "De los delitos", cit., p. 1604; LESMES SERRANO, C. "Los delitos", cit., p. 359; MUÑOZ CONDE, F. *Parte Especial*, 17ª edición, cit., p. 542; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente*, cit., p. 353; SOSPEDRA NAVAS, F. J. "De los delitos", cit., p. 205.

(92) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal comentado*, cit., p. 484.

Si el mismo sujeto establece un depósito o vertedero y posteriormente realiza uno o varios depósitos o vertidos que con el tiempo acaban liberándose por la mala conservación de los contenedores o por la ausencia de medidas de seguridad, sin que concurra dolo, siquiera eventual, al respecto, se aplica, de acuerdo con la posición aquí adoptada, exclusivamente el delito ecológico en su modalidad imprudente(93). Tratándose de una persona distinta, la conducta relativa al establecimiento del depósito o vertedero puede constituir cooperación necesaria o complicidad en el delito del artículo 325 CP(94), nunca coautoría.

Los partidarios de entender que el bien jurídico salud de las personas se puede poner en grave peligro sin que correlativamente se tenga que poner en peligro grave también el equilibrio de los sistemas naturales afirman que en caso de que se den simultáneamente esos dos resultados de peligro, e incluso en caso de que se produzcan lesiones o la muerte de alguna persona, corresponde aplicar un concurso ideal de delitos(95).

A veces se apunta que si la conducta se refiere a residuos radiactivos es de aplicación el artículo 343 CP(96). Sin embargo, si se entiende, como aquí, que el artículo 328 CP castiga un delito de aptitud que materialmente constituye un acto preparatorio del ulterior delito ecológico, mientras que el artículo 343 CP alude al peligro concreto para la vida, salud o bienes mediante la exposición de una o varias personas a radiaciones ionizantes, resulta obvio que no es de aplicación este último, sino el primero.

VIII. LOS CAMBIOS PROPUESTOS EN EL PROYECTO DE REFORMA APROBADO POR EL CONSEJO DE MINISTROS DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 2009

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, del 13 de noviembre de 2009, introduce modificaciones sustanciales en el precepto que nos ocupa.

(93) En contra, PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos", cit., p. 130, que proponen aplicar un delito consumado del artículo 328 en concurso ideal con un delito ecológico del artículo 325.1 en su modalidad de imprudencia grave, artículo 331. O RODRÍGUEZ RAMOS, L. "Delitos". cit., p. 642, que entiende el concurso sería de delitos, debiendo castigarse ambos.

(94) En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Parte especial*. 2ª edición, cit., p. 828; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 130. También MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance", cit., p. 51.

(95) Cfr. MUÑOZ LORENTE, J. "Juicio crítico", cit., p. 28.

(96) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Parte especial*. 5ª edición, cit., p. 880. El artículo 343 CP señala que "el que exponga a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad, salud o bienes, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años".

> La nueva redacción que se propone es la siguiente: "1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años, quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos, o bien lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos pudiendo con ello perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.
>
> 2. El que mediante la recogida, el transporte, el reciclado o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estas actividades, ponga en peligro la vida, la integridad, o la salud de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de uno a dos años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.
>
> 3. Cuando con ocasión de la conducta descrita en los apartados anteriores se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.
>
> 4. En los casos previstos en este artículo, cuando fuera responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado, así como la de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un periodo de dos a cinco años".

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Proyecto, "las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas (…) Se perfecciona la tipificación de las conductas atinentes al establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos añadiendo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa". La necesidad de armonización normativa se refiere en el tema que nos ocupa a la transposición al Derecho interno de lo dispuesto en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, cuyo artículo 3

obliga a los Estados miembros a castigar como delito conductas que hasta ahora no se contemplaban en el Código penal español. Vayamos por partes.

Analizando, en primer lugar, lo que sigue siendo el tipo de establecimiento de depósitos o vertederos de residuos peligrosos, cabe destacar que la alusión a que la conducta "pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas" se traslada al final del apartado 1°, introduciendo por el medio una nueva conducta típica consistente en llevar a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos, lo que desde un punto de vista estrictamente gramatical puede llevar a poner en duda que la alusión al perjuicio se refiera a ambas conductas o solo a la mencionada en segundo lugar. En mi opinión la primera opción es preferible, de forma que podría mantenerse la interpretación del tipo penal que se ha efectuado en los apartados anteriores de este trabajo, el cual permanecería, pues, inalterado, salvo en lo referente a las penas.

La nueva conducta típica que se añade en este apartado 1 consiste en llevar cabo la explotación de instalaciones "en las que se realice una actividad peligrosa o se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos". Esta redacción es una traslación casi literal de lo dispuesto en el artículo 3 d) de la Directiva 2008/99/CE[97], y suscita numerosas dudas. Así, en primer lugar, cabe preguntarse si estamos ante un delito especial que solo puede cometer el empresario o si es posible extender el ámbito de sujetos activos también a quienes actúan en su nombre, como es el director general, el gerente, el apoderado (…) (directamente y no a través de la cláusula de actuaciones en nombre de otro del artículo 31 CP), o a cualquier persona. La introducción de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio, de imposición obligatoria[98], habla a favor de considerar que estamos ante un delito especial que solo podrían cometer quienes por su profesión u oficio tienen relación con la gestión de residuos.

> Apoya la conclusión a la que se ha llegado el que el considerando 45 de la Directiva 2008/98/CE mencione a las "personas físicas y jurídicas responsables de la gestión de residuos, como los productores, poseedores, negociantes, agentes, transportistas y recogedores, establecimientos y empresas que lleven a cabo operaciones de tratamiento

(97) Artículo 3: "Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave: (…) d) la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que, fuera de dichas instalaciones, causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas".

(98) Solicitada en su día por MUÑOZ LORENTE, J. "Juicio crítico". Ob. cit., p. 29.

de residuos y sistemas de gestión de residuos" como destinatarios de las sanciones que los Estados miembros deberán recoger en sus respectivos Ordenamientos nacionales en caso de infracción de sus disposiciones.

En segundo lugar, la alusión a una actividad peligrosa, sin más, podría reducirse teleológicamente, ya que si estamos ante un delito que tiene por objeto actividades relacionadas con la gestión de residuos en sentido amplio, una interpretación sistemática permitiría entender que esa actividad peligrosa también debe tener relación con la gestión de residuos.

Al respecto recordemos que la gestión de residuos se define en el artículo 3 LR como "la recogida, el almacenamiento, el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la vigilancia de estas actividades, así como la vigilancia de los lugares de depósito o vertido después de su cierre"(99), recogiéndose a continuación la definición administrativa de algunos de esos conceptos (recogida(100), almacenamiento(101), valorización(102), eliminación(103)).

(99) Esta definición se acomoda a la contenida en el artículo 3.9 de la Directiva 2008/98/CE, ya mencionada anteriormente, de acuerdo con la cual se entiende por gestión de residuos "la recogida, el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la vigilancia de estas operaciones, así como el mantenimiento posterior al cierre de los vertederos, incluidas las actuaciones realizadas en calidad de negociante o agente".

(100) Se entiende por "recogida" "toda operación consistente en recoger, clasificar, agrupar o preparar residuos para su transporte" (art. 3 ll) LR).

(101) Se entiende por "almacenamiento" "el depósito temporal de residuos, con carácter previo a su valorización o eliminación, por tiempo inferior a dos años o a seis meses si se trata de residuos peligrosos, a menos que reglamentariamente se establezcan plazos inferiores" (art. 3 n) LR).

(102) Se entiende por "valorización" "todo procedimiento que permita el aprovechamiento de los recursos contenidos en los residuos sin poner en peligro la salud humana y sin utilizar métodos que puedan causar perjuicios al medio ambiente. En todo caso, estarán incluidos en este concepto los procedimientos enumerados en el anexo II.B de la Decisión de la Comisión (96/350/CE) de 24 de mayo de 1996, así como los que figuren en una lista que, en su caso, apruebe el Gobierno" (art. 3 k) LR). El mencionado anexo II.B recoge las siguientes operaciones de valorización: "R 1 Utilización principal como combustible o como otro medio de generar energía. R 2 Recuperación o regeneración de disolventes. R 3 Reciclado o recuperación de sustancias orgánicas que no se utilizan como disolventes (incluidas las operaciones de formación de abono y otras transformaciones biológicas). R 4 Reciclado y recuperación de metales o de compuestos metálicos. R 5 Reciclado o recuperación de otras materias inorgánicas. R 6 Regeneración de ácidos o de bases. R 7 Recuperación de componentes utilizados para reducir la contaminación. R 8 Recuperación de componentes procedentes de catalizadores. R 9 Regeneración u otro nuevo empleo de aceites. R 10 Tratamiento de los suelos, produciendo un beneficio a la agricultura o una mejora ecológica de los mismos. R 11 Utilización de residuos obtenidos a partir de cualquiera de las operaciones enumeradas entre R 1 y R 10. R 12 Intercambio de residuos para someterlos a cualquiera de las operaciones enumeradas entre R 1 y R 11. R 13 Acumulación residuos para someterlos a cualquiera de las operaciones enumeradas entre R 1 y R 12 (con exclusión del almacenamiento temporal previo a la recogida en el lugar de producción)".

(103) Se entiende por "eliminación" "todo procedimiento dirigido, bien al vertido de los residuos o bien a su destrucción, total o parcial, realizado sin poner en peligro la salud humana y sin utilizar métodos que puedan causar perjuicios al medio ambiente. En todo caso, estarán incluidos en este concepto los procedimientos enumerados en el anexo II.A de la Decisión de la Comisión (96/350/CE) del 24

Forzando la interpretación gramatical también puede entenderse que la alusión expresa al almacenamiento o la utilización de sustancias o preparados peligrosos no es más que una enumeración ejemplificativa de actividades peligrosas a estos efectos: la primera, el almacenamiento, ya está contenida en la definición administrativa de lo que es la gestión de residuos, y la segunda, la utilización de sustancias o preparados peligrosos, es relevante en tanto suponga la producción de residuos peligrosos, que es el elemento distintivo de este tipo penal.

> La descripción de esta conducta en el artículo 3 d) de la Directiva 2008/99/CE parece admitir asimismo esta interpretación restringida a las actividades peligrosas en el marco de la gestión de residuos.

Sin embargo, dado el tenor literal del precepto parece preferible separar la conducta de explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa de la de almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos. De esta forma se incluyen en el tipo penal los depósitos de materiales peligrosos que carecen del carácter de "desechos o residuos", que solo caben en el precepto actual en la medida que se acepte un entendimiento amplio del concepto de residuo a semejanza del que adopta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como se ha podido ver. Por "sustancia" se entiende un material en su ser natural, mientras que con el sustantivo "preparado" se alude a lo que está "dispuesto según dosis y presentación adecuadas para su utilización", esto es, un compuesto de sustancias.

En tercer lugar, la explotación de las instalaciones en que se llevan a cabo actividades peligrosas o el almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos ha de poder perjudicar gravemente el equilibrio de los

de mayo de 1996, así como los que figuren en una lista que, en su caso, apruebe el Gobierno" (art. 3 l) LR). El mencionado anexo II.A recoge las siguientes operaciones de eliminación: "D 1 Depósito sobre el suelo o en su interior (por ejemplo, vertido, etc.). D 2 Tratamiento en medio terrestre (por ejemplo, biodegradación de residuos líquidos o lodos en el suelo, etc.). D 3 Inyección en profundidad (por ejemplo, inyección de residuos bombeables en pozos, minas de sal o fallas geológicas naturales, etc.). D 4 Embalse superficial (por ejemplo, vertido de residuos líquidos o lodos en pozos, estanques o lagunas, etc.). D 5 Vertido en lugares especialmente diseñados (por ejemplo, colocación en celdas estancas separadas, recubiertas y aisladas entre sí y el medio ambiente, etc.). D 6 Vertido en el medio acuático, salvo en el mar. D 7 Vertido en el mar, incluida la inserción en el lecho marino. D 8 Tratamiento biológico no especificado en otro apartado del presente Anexo y que dé como resultado compuestos o mezclas que se eliminen mediante alguno de los procedimientos enumerados entre D 1 y D 12. D 9 Tratamiento fisicoquímico no especificado en otro apartado del presente Anexo y que dé como resultado compuestos o mezclas que se eliminen mediante uno de los procedimientos enumerados entre D 1 y D 12 (por ejemplo, evaporación, secado, calcinación, etc.). D 10 Incineración en tierra. D 11 Incineración en el mar. D 12 Depósito permanente (por ejemplo, colocación de contenedores en una mina, etc.). D 13 Combinación o mezcla previa a cualquiera de las operaciones enumeradas entre D 1 y D 12. D 14 Reenvasado previo a cualquiera de las operaciones enumeradas entre D 1 y D 13. D 15 Almacenamiento previo a cualquiera de las operaciones enumeradas entre D 1 y D 14 (con exclusión del almacenamiento temporal previo a la recogida en el lugar de producción)".

sistemas naturales o la salud de las personas, elemento que se puede interpretar en el sentido anteriormente expuesto en este trabajo, esto es, de forma que el tipo se configura como de aptitud.

En cuarto lugar, al igual que sucede en la actualidad, no se hace alusión expresa a que sea necesaria la infracción de la normativa administrativa relativa a la gestión de residuos, que pese a ello, y por las razones expuestas en su momento, debe concurrir. Sería conveniente que este elemento se incluyera expresamente, ya que las conductas objeto de comentario realizadas respetando los límites y requisitos de la normativa administrativa al respecto no pueden integrar el tipo penal, pues entonces buena parte de la industria del país se vería en apuros.

En quinto lugar, se agrava considerablemente la pena prevista en la actualidad, que pasa de ser acumulativamente prisión de cinco a siete meses y multa de diez a catorce meses a otra también acumulativa de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años, sin que a mi juicio se hayan introducido elementos que supongan un mayor desvalor de acción o de resultado.

> El artículo 5 de la Directiva 2008/99/CE se limita a indicar que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias".

El apartado 2, completamente novedoso, crea un delito de resultado de peligro para la vida, la integridad, o la salud de una o varias personas, la calidad del aire, del suelo o de las aguas o para animales o plantas, cuya especificidad radica en que se produce en el ejercicio de una actividad propia de la gestión de residuos: "mediante la recogida, el transporte, el reciclado o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estas actividades". Esta redacción es una traslación casi literal de parte de lo dispuesto en el artículo 3 b) de la Directiva 2008/99/CE[104]. Como se puede comprobar, también se recoge parcialmente la terminología administrativa empleada en la

(104) Artículo 3: "Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave: (...) b) la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos), que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas".
El apartado c), relativo al traslado de residuos, se traspone en la nueva redacción del artículo 325 CP.

definición de lo que se entiende por gestión de residuos (vid. de nuevo el art. 3 LR), pero el hecho de que esta acogida sea parcial (se alude al reciclado, pero la valorización, que es el concepto administrativo, incluye además la reutilización, que es una operación distinta) obliga a preguntarse si cabría considerar típica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la realización de una de las actividades no expresamente mencionadas. Estamos ante un tipo prohibitivo de causar, por lo que cabe también la omisión, lo cual tiene particular relevancia en relación con la actividad de vigilancia. El resultado es la puesta en peligro concreto de la vida, la integridad, o la salud de una o varias personas, o de la calidad del aire, del suelo o de las aguas o de animales o plantas, terminología trasladada directamente del artículo 3 de la Directiva 2008/99/CE. La pena prevista, prisión de uno a dos años, es la misma tanto si se ponen en peligro bienes jurídicos individuales como medioambientales, lo que no parece proporcionado dado el diferente desvalor de injusto. Piénsese que ni siquiera se exige que los animales o plantas pertenezcan a especies amenazadas.

Recuérdese que el artículo 331 del CP, que recoge una cláusula general de incriminación por imprudencia grave de los delitos relativos al medio ambiente, sería aplicable también a las nuevas figuras delictivas del reformado artículo 328 del CP.

El apartado 3 recoge una regla concursal, de forma que cuando con ocasión de la conducta descrita en los apartados anteriores se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior. Con carácter general los delitos de peligro, como el que nos ocupa, son absorbidos por los de lesión en aplicación del principio de consunción. Ahora bien, la previsión de esta regla concursal impide acudir al artículo 8 del CP, que daría lugar a la exclusiva apreciación del delito de lesión, con la excepción de que se hubiera puesto en peligro otro aspecto del bien jurídico distinto del efectivamente lesionado, que se sustituye por el criterio previsto para el concurso ideal: la pena del delito más grave en su mitad superior, aunque sin la limitación del artículo 77 del CP, que añade "sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones". La interpretación de esta cláusula concursal no es sencilla, como se puede observar analizando los comentarios a otras de parecido o idéntico contenido previstas en otras familias delictivas(105): ¿debe aplicarse siempre o solo cuando el bien jurídico puesto en peligro y el lesionado sean distintos? Si afirmamos que siempre debe aplicarse esta regla concursal

(105) Por ej., el artículo 382 del CP en los delitos contra la seguridad del tráfico.

nos encontraremos con un *bis in idem* en el supuesto de que el bien jurídico puesto en peligro y lesionado sean idénticos, surgiendo la duda de si deben aplicarse tantas infracciones más graves en su mitad superior como delitos de lesión se hayan producido o si solo debe apreciarse uno. Por ej., se pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales y se causan lesiones a tres personas. Una posible solución es aplicar en primer lugar el principio de consunción, lo que da lugar a apreciar únicamente los delitos de lesión cuando la lesión absorbe completamente el peligro, en concurso real si es necesario(106). A ello no es obstáculo que en la regla concursal se emplee la frase "cualquiera que sea su gravedad", ya que con ello se hace referencia a la gravedad de las infracciones cometidas y no a su número. Si además de lesionar la conducta ha representado un peligro para la salud o la vida de otras personas o para el equilibrio de los sistemas naturales se aplica la regla concursal del apartado 3. En suma, la aplicación de este apartado siempre que junto a un delito de peligro de los recogidos en los apartados anteriores haya un delito de lesión contra la vida o la salud de las personas o de peligro concreto para el medio ambiente es insatisfactoria, tanto cuando el resultado lesivo o de peligro concreto es uno como cuando son varios: en el primer caso, porque no se atienden las exigencias del principio non bis in ídem; en el segundo, porque la apreciación de un único delito de lesión o peligro concreto, incluso agravados en su mitad superior, cuando se ha lesionado a varias personas o al medio ambiente o puesto en concreto peligro al medio ambiente, es olvidar que se han cumplimentado los requisitos de varios tipos delictivos, mientras que la sola apreciación de una de las figuras típicas del artículo 328 del CP, incluso con pena agravada, no permite abarcar todo el desvalor de la conducta.

> Si tenemos en cuenta que es posible que respecto del resultado lesivo no concurra dolo del sujeto, sino únicamente imprudencia, puede darse el caso de que la infracción más gravemente penada sea efectivamente una de las que hemos analizado.

Por consiguiente, la solución más adecuada es la apuntada: la regla concursal se aplica únicamente cuando además de la lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico se ha creado un peligro abstracto para otro/s.

Por último, el apartado 4, en consonancia con la introducción de la responsabilidad penal para personas jurídicas en la misma reforma, prevé, para el caso de que sea autor una persona jurídica, una pena pecuniaria y una privativa de derechos.

En conjunto se aprecia una traslación prácticamente literal de la normativa europea que se traspone sin realizar prácticamente adaptación alguna

(106) Lo mismo es aplicable al peligro concreto, que absorbe al peligro abstracto.

al contexto jurídico español, lo que lamentablemente se ha convertido en la forma normal de actuar del legislador español en estos casos. Como se puede deducir de esta breve presentación, si este Proyecto llega a convertirse en ley se producirán notables problemas interpretativos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Cedecs, Barcelona, 1997.

ALENZA GARCÍA, J. F. "Protección del medio ambiente y desarrollo sostenible. Urbanismo y desarrollo sostenible. Eficacia de la protección penal en materia medio ambiental". En: Corcoy Bidasolo, M. (Dir.). *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

- "De vertederos municipales y del almacenamiento *in situ* de residuos (A la luz de las aportaciones jurisprudenciales)". En: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Núm.11, 2007-1.

ALMELA VICH, C. "El medio ambiente y su protección penal". En: *Actualidad Penal*. 1998-1, margs. 25-44.

BAUCELLS LLADÓS, J. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Córdoba Roda, J./ García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

BLANCO LOZANO, C. *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*. Comares, Granada, 1997.

- "Artículos 325 y 328: Problemas prácticos de aplicación". En: *La Ley*. 1997-4.

COLÁS TURÉGANO, A. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995 (C. III del T. XVI del L. II)". En: AA.VV. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen segundo*. Universidad de Valencia, Valencia, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Artículo 328". En: Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II. Artículos 138 a 385*. Trivium, Madrid, 1997.

CORCOY BIDASOLO, M. "Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente". En: Corcoy Bidasolo, M. (Dir.). *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

CUESTA AGUADO, M. P. de la. *Respuesta penal al peligro nuclear*. PPU, Barcelona, 1994.

- "Delito ecológico". En: AA.VV. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal de Empresa 2004-2005*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2003.

- "Artículo 328". En: Arroyo Zapatero, L., y otros (Dirs.). *Comentarios al Código Penal*. Iustel, Madrid, 2007.

CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995". En: *Actualidad Penal*. 1998-1, margs. 287-307.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*. Ecorama, Granada, 2006.

FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GOMIS CATALÁ, L. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias*. Marcial Pons, Madrid, 1993.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "El principio de lesividad y el delito ecológico". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Pamplona, 2001.

JAVATO MARTÍN, A. M. "Artículo 328". En: Cobo del Rosal, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal. Tomo X (Vol. II). Libro II. Titulo XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (artículos del 319 al 340)*. CESEJ-Ediciones, Madrid, 2006.

LASO MARTÍNEZ, J. L. *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código penal*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

LESMES SERRANO, C. "Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: Lesmes Serrano, C., y otros. *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*. Comares, Granada, 1997.

LÓPEZ-CERÓN HOYOS, C. y otros. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: AA.VV. *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. Diario Expansión, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MATA BARRANCO, N. de la. "Protección penal del ambiente". En: Serrano-Piedecasas, J. R./ Demetrio Crespo, E. (Dirs.). *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial*. Colex, Madrid, 2010.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Derecho Penal del medio ambiente*. Iustel, Madrid, 2008.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. *Derecho Penal y protección del medio ambiente*. Colex, Madrid, 1992.

- *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Colex, Madrid, 1998.

MESTRE DELGADO, E. "Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Lamarca Pérez, C. (coord.). *Derecho Penal. Parte especial*. 4ª ed., Colex, Madrid, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 17ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ LORENTE, J. "El alcance del controvertido y peculiar artículo 328 del Código Penal de 1995". En: *Revista Mensual de Gestión Ambiental*. Núm. 20/21, 2000.

- "Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre de reforma del Código penal". En: *La Ley Penal*. Nº 6, 2004.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. "La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

POLAINO NAVARRETE, M. "Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español de 1995". En: AA.VV. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Volumen segundo, Universidad de Valencia, Valencia, 1997.

PRATS CANUT, J. M./ MARQUÈS I BANQUÉ, M. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: Quintero Olivares, G. (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (Artículo 319 a DF 7ª)*. 5ª edición, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

PUENTE ABA, L. M. "La atenuación de la pena en los delitos contra el medio ambiente: entre la prevención y la reparación de los daños medioambientales". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho Penal español. Parte especial*. 5ª edición, Atelier, Barcelona, 2008.

RAMON RIBAS, E. "Medio ambiente y mandatos constitucionales de criminalización". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. "Delitos contra el medio ambiente (Evolución y futuro)". En: Pérez Álvarez, F. (Ed.). *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.

SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte especial*. 14ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SOSPEDRA NAVAS, F. J. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III". En: DOMÍNGUEZ, J. A. y otros. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (Delitos de riesgo catastrófico e incendios)*. Bosch, Barcelona, 1999.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid, 1997.

TAMARIT SUMALLA, J. L. "La reparación como instrumento de protección penal del ambiente". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, J. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Terradillos Basoco, J. (Dir.). *Derecho Penal del medio ambiente*. Trotta, Madrid, 1997.

TORRES VELA, M. "Reseña jurisprudencial sobre la delincuencia medioambiental". En: Granados Pérez, C. (Dir.). *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*. CDJ 52-2004, CGPJ. Madrid, 2004.

URRAZA ABAD, J. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. La Ley, Madrid, 2001.

VAELLO ESQUERDO, E. "Los delitos contra el medio ambiente". En: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Nº 7, 2005-1.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: SERRANO TÁRRAGA, M. D./ SERRANO MAÍLLO, A./ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Tutela penal ambiental*. Dykinson, Madrid, 2009.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal comentado (Ley 10/1995, de 23 de noviembre)*. Edersa, Madrid, 1996.

VEGA RUIZ, J. A. de. "Delitos contra el medio ambiente". En: *La Ley*. 1996-3.

- *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1996.

VERCHER NOGUERA, A. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y del medio ambiente". En: Moral García, A. del/ Serrano Butragueño, I. (Coords.). *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II (Arts. 138 a 639)*. Comares, Granada, 2002.

- "Responsabilidad penal ambiental". En: VERCHER NOGUERA, A./ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G./ CASTAÑÓN DEL VALLE, M. *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*. Ecoiuris, Madrid, 2003.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. "La reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Análisis del artículo 340 del Código penal". En: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (Coords.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ZUBIRI DE SALINAS, F. "Delitos contra el medio ambiente". En: Bajo Fernández, M. (Dir.). *Empresa y Derecho Penal (II)*. CDJ 10-1998, CGPJ. Madrid, 1999.

La aplicación del tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima

Percy GARCÍA CAVERO
(Perú)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La normativización de la teoría del delito. **1.** Evolución de la teoría del delito. **2.** La actual teoría general del delito. **3.** La normativización de los tipos penales de la Parte Especial. **III.** Los bienes susceptibles de ser hurtados. **1.** ¿Interpretación autónoma o accesoria? **2.** El concepto de bien mueble. **IV.** La sustracción del lugar. **1.** Crítica a la visión naturalista de sustracción. **2.** La comprensión normativa de la sustracción. **V.** ¿Se pueden sustraer acciones desmaterializadas de una sociedad? **VI.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto responder a la cuestión dogmática de si resulta posible subsumir en el tipo penal de hurto previsto en el Código penal el apoderamiento ilegítimo de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima. La respuesta a este interrogante debe darse, en mi opinión, teniendo en consideración que el Derecho Penal debe ajustarse a las características del sistema económico actual. Es evidente que el tráfico patrimonial no se reduce hoy en día a la transferencia de bienes materiales, sino que numerosas transacciones patrimoniales están referidas a derechos que no necesariamente se encuentran materializados en un objeto o título físico. En este sentido, constituye un imperativo para la Administración de Justicia Penal interpretar los tipos penales vigentes de manera que puedan abarcarse las conductas lesivas que aparecen en el marco de las operaciones propias de la economía moderna. En la medida que el tenor del tipo penal lo permita, el juez debe adaptar los elementos del tipo penal a las particularidades de las nuevas formas de criminalidad. Solamente llegando a lo normativamente relevante y dejando de lado lo puramente fenotípico, se podrá alcanzar una

interpretación satisfactoria de los tipos penales. Lo anteriormente señalado explica que empiece la exposición de ideas con una breve referencia al proceso de normativización de la dogmática jurídico-penal.

II. LA NORMATIVIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

1. Evolución de la teoría del delito

Si se analiza la evolución que ha tenido la teoría del delito desde su formulación clásica hecha por el causalismo, podrá comprobarse que esta teoría se ha orientado hacia un claro proceso de normativización(1). Ya el neocausalismo señalaba que el delito no podía entenderse como una simple sumatoria de causas, sino que la realidad requería necesariamente de un componente valorativo, recurriendo a parámetros culturales para definir los elementos constitutivos del delito. El finalismo, por su parte, planteó también una propuesta de normativización de la teoría del delito, aunque no desde los valores de la cultura, sino a partir de los presupuestos ontológicos de la conducta humana. No obstante, esta propuesta del delito, que se impuso en Alemania en la década los sesenta, comenzó pronto a cuestionarse por dar lugar a un sistema conceptual cerrado del delito que no se abría a las necesidades sociales de punición.

Es posiblemente la obra programática *Política criminal y sistema del Derecho Penal*(2) de Claus Roxin en donde mejor se refleja el descontento doctrinal con la metodología cerrada del finalismo y en donde se propone una teoría del delito que vincule sus categorías dogmáticas con valoraciones de carácter social (más exactamente, con finalidades político-criminales)(3). Desde entonces las formulaciones dogmáticas han procurado desarrollar una teoría del delito que se corresponda con las necesidades punitivas de la sociedad en la que las normas penales se aplican. Como puede verse, la dogmática penal presenta un proceso paulatino de normativización que deja muy claro que el delito no puede entenderse como una simple realidad empírica o naturalista, sino que requiere de referentes valorativos que permitan adaptar los criterios de imputación penal a la naturaleza de la persona y a las características de la realidad social.

(1) Sobre lo que se entiende por normativización en el Derecho Penal, vid., Jakobs. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid, 2003.

(2) *Política criminal y Sistema del Derecho Penal*. (Trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972. Vid., también la referencia al cambio metódico de Roxin a partir de este trabajo, LESCH. *Der Verbrechensbegriff*. Köln, 1999, p. 166 y ss.

(3) Vid. ROXIN. *Política criminal*. p. 33 y ss. En este sentido, también, la interpretación de LESCH. *Der Verbrechensbegriff*. p. 167.

2. La actual teoría general del delito

Basta con dar un repaso a los actuales manuales de Derecho Penal y a las monografías de las últimas décadas para constatar cómo la normativización ha influido determinantemente en la estructuración dogmática de la teoría del delito. El delito no es visto más como la simple producción causal, conocida psicológicamente por el autor, de una lesión de determinado objeto material, sino que es perfectamente posible afirmar la existencia de un delito sin que se den necesariamente estos aspectos naturalísticos del hecho. El cambio de perspectiva señalado se debe al hecho de haber finalmente comprendido que el delito no es una realidad empírica que se manifiesta socialmente siempre de la misma manera. Se trata de un concepto normativo que puede llegar a cumplirse con realidades que no se corresponden necesariamente con el prototipo de conducta delictiva del siglo XIX. El que en la sociedad decimonónica la significación de delito se alcanzara fundamentalmente con las conductas activas, con la actuación consciente y con la afectación a un bien materializado en un objeto, no obliga a encadenar el entendimiento del delito siempre a esta percepción histórica. El delito debe determinarse con base en criterios normativos, no mediante la simple constatación de realidades empíricas.

En el plano objetivo, el delito no requiere necesariamente de la causalidad para imputar objetivamente un resultado, tal como lo ha puesto de manifiesto desde hace buen tiempo la llamada comisión por omisión que se encuentra regulada artículo 13 del Código Penal. Pero incluso en los delitos activos, la doctrina y jurisprudencia penales concuerdan en que el delito no se configura objetivamente con una simple relación de causalidad entre la conducta y el resultado lesivo, sino que es necesario que dicho resultado constituya la realización de un riesgo penalmente prohibido creado por la conducta del autor(4). Tampoco es necesario, en muchos tipos penales de la parte especial, que exista un resultado lesivo para la imposición de una sanción penal, bastando simplemente con la creación concreta de un riesgo prohibido (delitos de peligro concreto) e incluso con la sola peligrosidad de determinadas formas de actuación (delitos de peligro abstracto). De la misma manera, tampoco la lesividad del delito tiene que recaer sobre un bien material, lo cual es fácilmente comprobable con la protección que se da a bienes jurídicos inmateriales como el honor o la propiedad intelectual, o a bienes jurídicos colectivos como el sistema crediticio.

(4) Por mencionar solo algunas de la innumerable lista de ejecutorias supremas, R.N. Nº 1767-97-Lima de 12/01/1998 (citado ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, I, Lima, 1999, p. 120); R.N. Nº 727-2004-Santa de 15/10/2004 (citado por CASTILLO ALVA. *Jurisprudencia Penal*. 1, Lima 2006, p. 454 y s.); R.N. Nº 776-2006-Ayacucho de 23/07/2007 (citado por CARO JOHN. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Lima, 2007, p. 305).

En el plano subjetivo, la situación de la teoría del delito actual no se presenta sustancialmente distinta. El autor del delito no tiene que actuar necesariamente con un conocimiento psicológico respecto de la lesividad de su comportamiento. La culpa (inconsciente) es el ejemplo más claro de esta prescindencia de la representación psicológica del autor para sustentar la imputación penal. Pero posiblemente la irrelevancia del naturalismo psicológico en la configuración del delito sea mucho más apreciable actualmente con la reformulación normativa del dolo que se aprecia en el llamado dolo por indiferencia de procedencia alemana (*Vorsatz aus Gleichgültigkeit*)(5) o en la llamada ignorancia deliberada de procedencia americana (*willful blindness*)(6). En estos casos, la parte subjetiva del delito no se sustenta en la verificación de un conocimiento psicológico, sino en la imputación de conocimiento o en la competencia por el desconocimiento.

Lo anteriormente señalado acerca de los actuales puntos de discusión sobre la teoría general del delito, confirma la afirmación realizada de que no cabe entender el delito como una simple realidad empírica con ciertas características particulares. La definición general del delito debe tener en consideración que se trata de un hecho normativo que tiene que ajustarse a aspectos que trascienden a lo puramente empírico, sin negar evidentemente la realidad del delito. En este sentido, la imputación penal debe ordenarse no solo en función de los aspectos ontológicos de la persona, sino también de las necesidades de punición que se presentan en la sociedad en la que la persona alcanza su realización.

3. La normativización de los tipos penales de la Parte Especial

El proceso de normativización del delito no se ha quedado únicamente en la teoría general del delito, sino que en los tipos penales de la parte especial ha comenzado también a discutirse sobre la reformulación normativa de muchos elementos típicos que están estructurados sobre la realidad fenotípica del delito(7). Así, por ejemplo, la violencia en el delito de coacciones(8) o el engaño en el delito de estafa(9) han sido objeto en los últimos tiempos de diversos estudios dogmáticos, caracterizados por darle a estos elementos

(5) JAKOBS. "Indiferencia como dolo indirecto". (Trad. Pérez del Valle). En: *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo.* Madrid, 2004.
(6) Vid., recientemente, RAGUÉS I VALLÈS. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona, 2007.
(7) Hace referencia a esta situación en los delitos contra el patrimonio, JAKOBS. "Rechtentzug als Vermögendelikt. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils". En: *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*. Festschrift für Klaus Tiedemann, Köln, 2008, p. 650 y s.
(8) Vid., JAKOBS. "Coacciones por medio de violencia". (Trad. Suárez González). En: *Estudios de Derecho penal*. Madrid, 1997, p. 439 y ss.
(9) Vid., PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*. Köln, 1999, p. 65 y ss.; PASTOR MUÑOZ. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid, 2004, p. 263 y ss.

típicos un contenido marcadamente normativo con prescindencia del sentido físico o psicológico que tradicionalmente se les asignó. La razón de este reenfoque en la interpretación del tipo penal es clara: Un visión naturalista de los elementos típicos del delito incluiría supuestos que, desde el fin de protección de la norma penal, no deberían abarcarse, mientras que dejaría al margen supuestos equivalentes que, desde la necesidades sociales de punición, sí deberían ser sancionados.

Siguiendo la línea de pensamiento esbozada sintéticamente en los párrafos precedentes, voy a llevar a cabo en las páginas que siguen un proceso de normativización de los elementos típicos del delito de hurto que inciden en la cuestión de si las acciones desmaterializadas de una sociedad anónima pueden ser hurtadas o no. En concreto, voy a ocuparme de dos elementos del tipo penal de hurto: El bien mueble y la sustracción del lugar como modalidad típica del apoderamiento. La determinación normativa de ambos elementos típicos permitirá contar con argumentos dogmáticos suficientes para responder a la cuestión de si las acciones desmaterializadas de una sociedad anónima pueden considerarse bienes muebles sobre los que cabe una sustracción penalmente relevante desde la perspectiva del delito de hurto.

III. LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE SER HURTADOS

1. ¿Interpretación autónoma o accesoria?

El tipo penal de hurto delimita su ámbito de aplicación a los bienes muebles, pues solamente cabe un apoderamiento sobre este tipo de bienes(10). Lo primero que habría que precisar es si la protección penal define este elemento del tipo penal de manera autónoma o accesoria, es decir, si el término "bien mueble" debe interpretarse de conformidad con la regulación civil o no(11). Esta decisión interpretativa depende de cómo se entienda el bien jurídico protegido, es decir, el patrimonio. Si el patrimonio es definido en un sentido puramente económico, podrá considerarse bien cualquier entidad con valor económico. Desde esta perspectiva no habría problema para incluir, como bienes protegibles penalmente, los bienes robados a otro, las drogas o incluso las partes del cuerpo humano(12). Frente al criterio puramente económico

(10) En la doctrina penal alemana se discute si la apropiación es la cosa misma (teoría de la sustancia) o el valor de la cosa (teoría del valor de la cosa). Hay incluso posturas que intentan unificar ambas perspectivas (teorías de la unificación). Sobre esta discusión, vid., KINDHÄUSER. *Estudios de Derecho Penal patrimonial*. Lima, 2002, p. 45 y ss.

(11) Sobre la interpretación autónoma o accesoria en el Derecho Penal económico, vid., GARCÍA CAVERO. *Derecho Penal económico*, *Parte general*. 2ª ed., Lima, 2007, p. 242 y ss.

(12) Vid., respecto de los bienes de procedencia antijurídico, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, Besonderer Teil, II, 2. Aufl., Baden-Baden, 1999, p. 42; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO. *Manual de Derecho Penal*, *Parte especial*. 2ª ed., Lima, 1996, p. 258.

se opone el concepto jurídico de patrimonio, el cual limita la protección penal a los bienes que el ordenamiento jurídico reconoce como susceptibles de derechos reales. A esta perspectiva se le ha criticado terminar dando protección penal a objetos sin valor dinerario(13), lo cual resultaría poco conciliable con un sistema penal como el nuestro que exige cierta entidad económica del bien en el delito de hurto (una remuneración mínima vital, tal como se desprende del artículo 444 del Código Penal).

Las críticas que se le han formulado tanto a la teoría económica como a la teoría jurídica de patrimonio, han llevado a la doctrina dominante a inclinarse por un concepto mixto de patrimonio. No obstante, debe señalarse que, al respecto, existen muchas variantes del concepto mixto de patrimonio. Sin entrar en una discusión de mayor detalle, la formulación mixta que ha alcanzado mayor consenso es aquella que comprende como patrimonio "todos los bienes con valor económico que una persona tiene bajo la aprobación del derecho de los bienes"(14). En la doctrina nacional, diversos autores se han adherido a esta comprensión del patrimonio como bien jurídico protegido por los delitos contra el patrimonio(15). No obstante, a esta teoría se le critica, con razón, constituir una fórmula de compromiso que une dos puntos de vista que se excluyen mutuamente sin ofrecer un supraprincipio que los integre sistemáticamente(16). En consecuencia, no se le puede considerar una teoría independiente.

El patrimonio debe ser entendido como aquellas realidades materiales o inmateriales susceptibles de apropiación que la persona utiliza para su realización personal en su interactuación con otras personas. La susceptibilidad de apropiación implica necesariamente una correspondencia con la regulación civil de los derechos reales. Esta alienación a una comprensión jurídica del patrimonio no significa, sin embargo, una renuncia a la formación autónoma de los conceptos jurídico-penales(17), sino el reconocimiento de que el Derecho Penal actúa sobre una realidad jurídicamente estructurada(18). El hecho de que el Código Penal decida establecer un monto a partir del cual la conducta de hurto será punible, no implica desconocer la afectación al patrimonio que producen los hurtos sobre bienes por debajo de dicho monto.

(13) Vid., MAURACH. *Deutsches Strafrecht*. *Besonderer Teil*. Karlsruhe, 1953, p. 248; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO. *Manual*, *Parte especial*. p. 258.
(14) CRAMER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Schönke-Schröder (Hrsg.) 22. Auf., 1984, München, §263, n.m. 82.
(15) Vid., SALINAS SICCHA. *Derecho Penal*, *Parte especial*. 3ª ed., Lima, 2008, p. 851; VILLA STEIN. *Derecho Penal*, *Parte especial*. T. II-A, Lima, 2001, p. 26; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO. *Manual*, *Parte especial*. p. 259.
(16) Vid., así, PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten*. p. 258.
(17) En el mismo sentido, PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten*. p. 259.
(18) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO. *Derecho Penal económico*, *Parte general*. 2ª ed., p. 244 y s.

Se trata, más bien, de un mecanismo que intenta evitar la bagatelización del Derecho Penal, dejando el hecho en manos de la justicia de paz al tipificarlo como una falta contra el patrimonio.

2. El concepto de bien mueble

Si se asume un concepto de patrimonio que recoge componente de juridicidad, entonces el elemento "bien mueble" del tipo penal de hurto debe ser definido de manera compatible con la regulación jurídico-civil(19). Los civilistas nacionales definen el término "bien" como toda entidad, material o inmaterial que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas(20). Este concepto genérico de bien incluiría cualquier elemento del patrimonio, esto es, los objetos corporales (un automóvil), o incorporales (una marca de fábrica) e incluso los derechos obligacionales (un crédito)(21). No obstante, si se delimita el concepto de bien desde el punto de los derechos reales, se excluirían los derechos obligacionales, en la medida que estos derechos no pueden ser objeto de apropiación por un particular con la consecuente exclusión de los demás(22). Algunos autores, sin embargo, sostienen válidamente que un derecho obligacional (como lo sería un crédito), puede ser también un bien en el marco de los derechos reales si es que se incorpora en una relación jurídico-real. Esto sucede, por ejemplo, cuando se prenda un crédito, en cuyo caso dicho crédito asume el carácter jurídico de un bien(23).

Es muy importante destacar que el ámbito de aplicación del tipo penal de hurto en nuestro Código Penal está delimitado por el término "bien" y no por el de "cosa". Se trata de una precisión terminológica muy relevante, pues marca una distinción con la regulación penal alemana y española del delito de hurto, en donde el tipo penal se limita efectivamente a la cosa. Los bienes se distinguen de las cosas, en tanto estas últimas se circunscriben a los objetos materiales de valor económico. En este sentido, el concepto de bien es más amplio que el de cosa, pues abarca no solo las cosas (bienes corporales), sino también los derechos (bienes inmateriales). Si bien en otros sistemas jurídicos puede que la relación entre bien y cosa se comprenda de manera distinta, el caso es que en nuestra normativa civil

(19) De otro parecer, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO. *Manual*, *Parte especial*. p. 266.
(20) AVENDAÑO ARANA. "La clasificación de los bienes". En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. II, PUCP, 2004, p. 686.
(21) Vid., en este sentido, GONZÁLEZ BARRÓN. *Curso de Derecho Reales*. Lima, 2003, p. 106, quien precisa además que junto a los bienes patrimoniales se pueden mencionar también los bienes personales como la vida, la libertad o el honor.
(22) Vid., GONZÁLEZ BARRÓN. *Curso de Derecho Reales*. p. 106 y s.
(23) En este sentido, AVENDAÑO ARANA. *Homenaje a Jorge Avendaño*. II, p. 691.

se sigue la relación de género para el bien y de especie para la cosa(24). Todas las cosas son bienes, pero no todos los bienes son cosas. En consecuencia, el tipo penal de hurto no puede limitarse a los bienes corporales (cosas), sino que debe abarcar los bienes inmateriales (derechos)(25). Alegar las opiniones de autores alemanes o españoles como argumentos en contra de esta comprensión amplia del término "bien" que utiliza el tipo penal de hurto(26), es desconocer las particularidades propias de nuestra regulación penal actualmente vigente(27).

Por otra parte, existe una consideración de orden sistemático que debería llevar igualmente a incluir a los derechos como bienes susceptibles de ser objeto del delito de hurto. Si se analiza el tipo penal de usurpación, se podrá comprobar que este tipo penal sanciona no solo actos dirigidos contra el bien inmueble en si mismo, sino también contra el ejercicio de los derechos reales sobre dicho bien (artículo 202, inciso 2 del Código Penal). En consecuencia, la protección que ofrece el Código Penal a los bienes inmuebles no se limita a los bienes corporales, sino que incluye los derechos sobre los bienes inmuebles corporales. ¿Por qué entonces algunos autores pretenden limitar la protección penal de los bienes muebles a las cosas? Si se quiere un Código Penal que asuma una protección simétrica del patrimonio, no resulta coherente que mientras en la usurpación se protejan los bienes corporales y los derechos sobre esos bienes, en el hurto la protección se quede solamente en las cosas.

El tipo penal de hurto hace una precisión respecto de los bienes que se protegen con dicho tipo penal. Se trata de bienes **muebles**. El Código Civil recoge la *summa divisio* de los bienes que los clasifica en muebles e inmuebles(28). Una interpretación literal podría llevar a entender que el criterio de distinción es físico, es decir, la movilidad o no del bien. Sin embargo, el criterio de la movilidad no resulta plenamente compatible con lo dispuesto por la normativa civil, pues bienes que pueden moverse como las naves o aeronaves son consideradas bienes inmuebles (artículo 885, inciso 4 del Código Civil). Del mismo modo, se reconocen como bienes muebles los derechos patrimoniales del autor (inciso 6) o las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones (inciso 8), los cuales no necesitan tener

(24) Al respecto, AVENDAÑO ARANA. *Homenaje a Jorge Avendaño*. II, p. 686; GONZÁLEZ BARRÓN. *Curso de Derecho Reales*. p. 116 y s.

(25) Por el contrario, SALINAS SICCHA. *Derecho Penal*, *Parte especial*. 861, considera que cosa es el género (todo lo que tiene existencia material o espiritual y bien la especie (existencia real y valor económico).

(26) Así, ROJAS VARGAS. *Delitos contra el patrimonio*. Vol. I, Grijley, Lima, 2000, p. 129.

(27) Distinta fue la situación en el Código Penal de 1924, pues en este Código el hurto estaba referido a una cosa mueble, no a un bien. Vid., al respecto, ROY FREYRE. *Derecho Penal peruano*, *Parte especial*. T. III, Lima, 1983, p. 49.

(28) AVENDAÑO ARANA. *Homenaje a Jorge Avendaño*. II, p. 695.

corporalidad y, por tanto, no pueden someterse a un desplazamiento físico. Por esta razón, la doctrina civilista coincide en entender que la razón de la configuración de este criterio ha sido económica, pues al suelo se le otorgó un valor mayor (sobre todo por la economía preponderantemente agraria de la época en la que surge la distinción) que a los bienes muebles a los que se les consideró *res vilis* (bienes de ínfimo valor)(29). Si bien es innegable el elevado valor que llegan alcanzar actualmente determinados bienes muebles(30), es cierto que la base de la fortuna personal sigue anclada en la propiedad inmueble. En el tema físico, más que la falta de movilidad lo relevante es que los bienes inmuebles son fáciles de individualizar y, por tanto, de difícil ocultación, lo que facilita su reivindicación a diferencia de los bienes muebles(31).

La clasificación jurídico-civil de bienes muebles e inmuebles tiene singular importancia en el ámbito penal, pues la protección penal de los bienes patrimoniales es distinta en función de si se trata de un bien mueble o de un bien inmueble. Mientras que el primero se protege con los tipos penales de hurto, robo y apropiación ilícita, el segundo encuentra protección con el tipo penal de usurpación. Solamente los tipos penales de receptación y daños despliegan una protección penal indiferenciada de los bienes patrimoniales(32). La pregunta aquí es si la interpretación de los elementos normativos del tipo "bien mueble" y "bien inmueble" debe seguir los criterios establecidos por el Derecho Civil o si, por el contrario, el Derecho Penal debe ajustarse a un criterio fáctico, a saber, el carácter movible del bien(33).

En mi opinión, la interpretación de los tipos penales debe corresponderse con lo dispuesto en el ámbito jurídico-civil, pero no por una supuesta unidad del ordenamiento jurídico, sino porque la asunción de los criterios jurídico-civiles no genera ninguna distorsión en la estructuración de los tipos penales y se ajusta mejor a las exigencias de seguridad jurídica. Posiblemente el único aspecto en el que cabría una divergencia entre la protección penal y la regulación civil sería el caso de los bienes accesorios a un bien inmueble, que, según la normativa civil, deberían seguir la suerte del principal.

(29) Vid., GÓMEZ MATOS. *El registro de bienes muebles*. Cizur Menor, 2005, p. 32; GONZÁLEZ BARRÓN. *Curso de Derecho Reales*. p. 119.

(30) Vid., GÓMEZ MATOS. *El registro de bienes muebles*. p. 44, lo que explica que los llamados "grandes bienes muebles" se haya asumido una regulación de la enajenación y circulación similar a la de los bienes inmuebles.

(31) Vid., GONZÁLEZ BARRÓN. *Curso de Derecho Reales*. p. 126 y s.

(32) Además, cabe indicar que los delitos de estafa o extorsión se sustentan en un perjuicio que puede venir de una disposición patrimonial referido a un bien mueble o inmueble. Sin embargo, debe quedar claro que estos tipos penales no criminalizan conductas dirigidas a determinados bienes, sino a conseguir un provecho mediante una disposición patrimonial ilegítima.

(33) Como lo sostiene, MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal*, *Parte especial*. 16ª ed., Valencia, 2007, p. 373.

Considero que en caso estos bienes puedan ser separados del inmueble y llevados a otro lugar, podría considerarse un bien mueble en términos penales y, por lo tanto, objeto del delito de hurto(34). La regla jurídico-civil de la accesoriedad no es vinculante en el ámbito penal, pues tiene su origen exclusivamente en razones regulativas de los derechos reales.

De lo anterior se puede concluir que las acciones (desmaterializadas) en una sociedad pueden ser perfectamente consideradas un bien mueble desde la perspectiva del delito de hurto. La regulación civil les reconoce el carácter de bien mueble, lo que alcanza también a la significación penal del elemento típico "bien mueble" del tipo penal de hurto. La utilización del concepto "bien" en el Código Penal de 1991, a diferencia del Código Penal de 1924(35), tiene una amplitud que alcanza a bienes inmateriales como los derechos. Al admitir la posible inmaterialidad de ciertos bienes, el carácter mueble no puede limitarse a los que se pueden llevar físicamente de un lugar a otro, sino que, al igual que la regulación civil, debe admitirse la inclusión de bienes inmateriales en la clasificación de los bienes muebles e inmuebles. Como se dijo, esta clasificación más que responder en la actualidad a un carácter físico como la movilidad, responde a un carácter económico y a la facilidad de individualizar u ocultar un bien.

IV. LA SUSTRACCIÓN DEL LUGAR

1. Crítica a la visión naturalista de sustracción

El delito de hurto exige que el apoderamiento del bien mueble se realice mediante una sustracción del lugar en donde se encuentra. No hay duda que si se hace una interpretación naturalista del término "sustracción", solamente podrían considerarse hurto las conductas de sustracción física del bien mueble. Este entendimiento es, sin embargo, inaceptable no solo por razones sustentadas en la naturaleza del proceso de interpretación de la ley penal, sino también por consideraciones derivadas de lo dispuesto en el propio tenor del tipo penal de hurto.

En primer lugar, la hermenéutica jurídica reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta(36). Es necesario un proceso de adscripción. En este sentido, por ejemplo, matar no

(34) Así, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *Besonderer Teil*. II, p. 48; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO. *Manual*, *Parte especial*. p. 266.

(35) En el Código Penal de 1924 el hurto estaba referido a una cosa mueble, no a un bien. Vid., al respecto, ROY FREYRE. *Derecho Penal peruano*, *Parte especial*. T. III, Lima, 1983, p. 49.

(36) Vid., KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. (Trad. Villar/Montoya), Bogotá, 1999, p. 176.

es causar la muerte de otro, sino imputarle a alguien la muerte de un inocente (es decir, de una persona que no es competente por la situación que produce la muerte). Si el intérprete se quedase en el sentido descriptivo de los elementos del tipo penal no podría castigarse, por ejemplo, la comisión por omisión e incluso la autoría mediata –lo que nuestro Derecho positivo admite sin mayor inconveniente–, pues está claro que ni el omitente ni el autor mediato realizan físicamente la acción típica. La jurisprudencia en nuestro país admite, sin ningún reparo, que la autoría del delito no se reduce a la simple ejecución del delito, sino que es perfectamente posible imputar el delito a título de autor a una persona que no ha ejecutado materialmente la conducta típica, pero que igualmente domina el hecho(37).

Por lo anterior, la interpretación de los elementos típicos de un delito debe responder necesariamente a una comprensión normativa que permita imputar a alguien los elementos que definen una conducta como delito. Si se sigue este orden de ideas, el tipo penal de hurto podrá atribuirse a la persona a la que se le imputa haberse apoderado de un bien mueble al haberlo sacado de la esfera de dominio del titular. Esta sustracción no tiene por qué ser solamente física. Donna sintetiza esta idea con la siguiente afirmación que vale la pena reproducir: "El criterio rector en el hurto no radica en el desplazamiento en el espacio, sino en el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición; esto es, hurtar no es tomar la cosa sino usurpar el poder sobre ella, traer la cosa a la esfera de propio dominio del hecho"(38). Como puede verse, la sustracción no es del lugar físico en el que se encuentra un objeto, sino del ámbito de dominio en el que se encuentra un bien mueble.

En segundo lugar, es el propio tipo penal de hurto el que rechaza la estrechez de una interpretación naturalista de la sustracción. Si se analiza el supuesto agravado de hurto previsto en el inciso 3 del segundo párrafo del artículo 186 del Código Penal, podrá constatarse que la sustracción en el delito de hurto no puede reducirse a la sustracción física. En efecto, en la agravante mencionada el delito de hurto se castiga con una mayor penalidad si se realiza mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas. Por lo tanto, admitir este supuesto de agravación presupone la posibilidad de que el hurto se materialice sin que se sustraiga físicamente el dinero o los fondos de una cuenta bancaria, siendo suficiente que estos se transfieran a otra cuenta por medio del uso indebido del sistema de

(37) Así, por ejemplo, la Ejecutorio Suprema del Exp. Nº 5049-909-Juliaca (citado por CARO JOHN, *Diccionario de Jurisprudencia Penal*, p. 71), en donde se dice: "(…) el 'hombre de atrás' –en términos de Roxin– es quien controla el resultado típico, aun cuando ni siquiera se asome a la escena del crimen".

(38) *Derecho Penal*, *Parte especial*. T. II-B, Santa Fe, 2001, p. 31.

transferencia de fondos[39]. ¿Se le ocurriría a alguien decir que el funcionario bancario que transfiere electrónicamente los fondos de la cuenta de un cliente del banco a su cuenta personal o una "cuenta cesta" no comete delito de hurto porque no sustrajo físicamente los billetes? Es evidente que el tipo penal de hurto no limita la sustracción de los bienes a la sustracción física, sino que abarca toda forma de sacar bienes muebles de la esfera de dominio del titular.

Podría ser que algunos entiendan que lo anteriormente señalado no puede pasar por encima lo establecido en la sentencia plenaria Nº 1-2005/DJ-301-A, en cuyo punto 7 se dice textualmente lo siguiente: "Desde esta perspectiva el desapoderamiento importa: (a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito de poder patrimonial del tenedor –su esfera de posesión– a la del sujeto activo (...)". En consecuencia, se necesitaría siempre del desplazamiento físico de la cosa para que exista un delito de hurto. Pese a la aparente rotundidad de la cita extraída del acuerdo plenario, es incorrecto entender que ella limita el desapoderamiento del hurto al desplazamiento físico de la cosa. La propia configuración del tipo penal, como ya lo hemos indicado, se opone a esta limitación, pues significaría dejar sin sentido la agravante prevista en el inciso 3 del segundo párrafo del artículo 186 del Código Penal, en donde no existe un desplazamiento físico de los fondos hurtados. En este contexto de ideas, lo señalado por la sentencia plenaria debe entenderse, más bien, en el sentido de la importancia que tiene para el delito de hurto el traslado del poder de disposición del bien que pasa del titular al sujeto activo del delito. La propia sentencia plenaria deja esta idea expresamente establecida al señalar que: "El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición". En consecuencia, hurtar es apoderarse de un bien mueble ajeno desplazando al titular del bien fuera del ámbito de dominio sobre dicho bien mueble.

2. La comprensión normativa de la sustracción

Si las personas son vistas como simples individuos que producen causalmente resultados empíricamente verificables, entonces resulta lógico entender que la sustracción de bienes sea una sustracción física de objetos corporales. Por el contrario, si la persona se define como portadora de derechos y deberes, entonces la afectación patrimonial no debe entenderse en un sentido físico, sino jurídico[40]. Una persona posee una esfera de organización en la que va incorporando bienes con la finalidad de utilizarlos

(39) Acepta esta posibilidad, SALINAS SICCHA. *Derecho Penal*, *Parte especial*. p. 860.
(40) Vid., al respecto, JAKOBS. *FS-Tiedemann*. p. 649 y s.

en su realización personal. Estos bienes pertenecen a su ámbito de organización, por lo que las otras personas no pueden apropiarse o utilizarlos sin autorización de este titular.

La apropiación prohibida de un bien mueble ubicado en el ámbito de organización de una persona puede tener lugar de distintas maneras. Puede ser que el bien haya sido colocado por el titular en el ámbito de organización de otra persona para determinados fines y esta procede a incorporarlos a su ámbito de dominio como propio (apropiación ilícita), o puede que una persona consiga mediante la infracción de deberes de veracidad que el titular o poseedor de un bien se lo entregue en propiedad (estafa) o puede ser que la apropiación del bien de otra persona se produzca con el empleo de violencia o intimidación sobre quien lo posee para entregarlo contra su voluntad (robo). En el caso del hurto, la modalidad de la apropiación es la sustracción, es decir, la acción de sacar el bien del ámbito de organización del titular. Esta sustracción puede tener una expresión física (como sacar un televisor de la casa del dueño) o puede tener una expresión solamente jurídica, como sucede con los bienes inmateriales como los derechos. Para graficar esto último acudiré a dos ejemplos ficticios.

Ejemplo 1: Se habrá sustraído un derecho si el único heredero del fallecido destruye el testamento en el que el causante deja unos bonos al empleado que lo cuidó durante su vejez, pues con ello consigue que dichos bienes, que por el testamento le corresponderían al legatario al morir el causante, pasen a su ámbito de dominio al ser declarado heredero universal. La afectación no se produce solamente respecto del testamento que prueba el título de dominio sobre el bien (para esto se aplicaría el delito de destrucción de documento del artículo 430 del Código Penal), sino también respecto de la titularidad sobre los bonos, pues con la muerte del causante estos bienes pasaron al legatario, consiguiendo el heredero sacarlos de su ámbito de dominio jurídico con la destrucción del testamento ológrafo y la declaración que lo hace heredero universal.

Ejemplo 2: El sobrino de un paralítico cerebral convence económicamente a un notario para que dé fe de un otorgamiento de poder, mediante el cual el paralítico cerebral le faculta a vender varias patentes de invención que inscribió a su favor antes de tener el accidente que lo dejó postrado en cama. Con ese poder, el sobrino transfiere las patentes de invención a una empresa que lleva detrás de ellas desde hace mucho tiempo. En este caso, se ha producido un delito de hurto sobre los derechos de invención, pues dichos derechos han salido del ámbito de dominio del paralítico cerebral para entrar en la esfera de disposición de otro (en este caso la empresa). El titular del bien inmaterial es desplazado en su derecho sobre las patentes de invención por su sobrino en complicidad con el notario público.

V. ¿SE PUEDEN SUSTRAER ACCIONES DESMATERIALIZADAS DE UNA SOCIEDAD?

Con base en las precisiones precedentes es posible responder a la cuestión de si las acciones en una sociedad anónima pueden ser objeto de un delito de hurto. En primer lugar, hay que precisar que las acciones de una sociedad pueden estar materializadas en un título físico o estar desmaterializadas e inscritas en un registro matriz. En el primer caso, la doctrina penal no discute, por lo general, la posibilidad de considerar la posibilidad de un hurto del título de la acción (certificado)(41). No obstante, podría discutirse el tema del valor del bien, pues el valor del papel en el que consta el derecho posiblemente no supere el valor mínimo del exigido por el tipo penal para constituir delito de hurto.

El punto de mayor discusión se ubica, más bien, en el caso de acciones desmaterializadas. Estas acciones son bienes inmateriales que representan la propiedad sobre una parte alícuota del capital social de una sociedad anónima. Si se entiende que el delito de hurto solamente puede recaer sobre cosas, es evidente que las acciones desmaterializadas no podrán ser objeto del delito de hurto. Sin embargo, si se sigue el tenor del tipo penal y el concepto que civilmente se le da al término "bien", no habrá mayores problemas para considerar a las acciones un bien mueble. De hecho, el propio Derecho positivo otorga explícitamente a las acciones el carácter de bien mueble. Tanto el artículo 886, inciso 8 del Código Civil, como el artículo 4, inciso 8 de la Ley de Garantía Mobiliaria reconocen expresamente que las acciones en sociedades son bienes muebles.

Pero con independencia de la suficiente base legal para incluir las acciones (materializadas o desmaterializadas) en el elemento típico "bien mueble" del delito de hurto, son razones de carácter jurídico-penal los que hacen atendible dicha inclusión. La normativización de los tipos penales de la parte especial apunta a evitar que los tipos penales se queden en la realidad existente al momento de la formulación positiva del tipo penal, pues de lo que se trata con la dogmática penal es de adaptar los criterios de imputación penal a la realidad social. El desarrollo continuador del Derecho lleva a que los elementos típicos se interpreten en atención a la realidad vigente al momento en que los tipos penales deben aplicarse. En este sentido, en una economía en la que los títulos se desmaterializan, el tráfico patrimonial se realiza sin *traditio* física de los bienes, las transferencias económicas se hacen mediante

(41) Vid., KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *Besonderer Teil*. II, p. 48. No obstante, ROBLES PLANAS, en *Lecciones de Derecho penal*, *Parte especial*. Barcelona, 2006, p. 185, hace la diferenciación entre títulos valores que precisan una actuación posterior para obtener el valor de lo representado y aquellos otros en los que el valor de lo que representan va unido a su tenencia.

sistemas electrónicos, etc., constituiría una clausura insostenible del sistema penal pretender aplicar el tipo penal de hurto solamente a la sustracción de bienes corporales (cosas), como si la criminalidad se redujese al robagallinas o carterista. La protección penal debe alcanzar tanto a los bienes corporales (cosas), como a los bienes incorporales (derechos).

Podría alegarse que en el caso de las acciones desmaterializadas un apoderamiento como hurto no resulta posible, en la medida que no cabe sustraerlas del lugar en el que se encuentran. Como están desmaterializadas, las acciones no tendrían un lugar físico en el que se encuentren y de donde serían sustraídas por el autor del delito. Esta aseveración vuelve a caer en la ceguera naturalista que interpreta de manera incorrecta los tipos penales. La sustracción debe entenderse como la exclusión de un bien de la esfera de dominio del titular, con lo que se consigue el apoderamiento del bien ajeno. Desde esta perspectiva es perfectamente posible la realización del delito de hurto sobre bienes inmateriales como las acciones. Para graficarlo con un ejemplo: Si los directivos de una sociedad proceden ilegítimamente a transferir acciones de los accionistas a otras personas sin la autorización de los titulares, registrando la transferencia en la matrícula de acciones, habrán cometido plenamente un delito de hurto conforme al artículo 185 del Código penal. Las acciones son bienes muebles que han sido sustraídos de la esfera de dominio de los accionistas, consiguiendo apoderarse de dichos bienes a favor de las personas a las que se les transfiere la titularidad de las acciones. A ello habría que agregar que si las personas beneficiadas con la transferencia o sus representantes conocen la ilegitimidad de la transferencia y admiten la adquisición de las acciones, podrían responder por el delito de receptación del artículo 194 del Código penal.

VI. CONCLUSIONES

1. La normativización de la dogmática penal no debe limitarse a una reformulación de las categorías generales del delito, sino que debe alcanzar a los tipos penales de la parte especial. Esta normativización de los tipos penales de la parte especial resulta necesaria para adaptar la configuración de las figuras típicas a la realidad económica y patrimonial actual. Mantenerse en un comprensión naturalista de los tipos penales llevaría a la inadmisible situación de condenar casos que no son normativamente relevantes y dejar impunes casos que ameritarían una represión penal.
2. En relación con el tipo penal de hurto es necesaria una comprensión normativa de los elementos “bien mueble” y “sustracción del lugar”, de manera que se puedan reprimir las conductas que implican un apoderamiento de bienes inmateriales. En este sentido, por bienes muebles deben entenderse no solo las cosas, sino también los derechos, tal como

desde hace tiempo se reconoce en el ámbito del Derecho Civil. A su vez, la sustracción del lugar no puede entenderse en el sentido naturalístico de sustracción física. Hacerlo sería incongruente con el propio tenor del tipo penal de hurto que admite una agravación cuando el hurto se comete mediante la utilización de un sistema de transferencia electrónica de fondos. Por lo demás, la sustracción debe ser entendida en un sentido normativo como sacar un bien (corporal o incorporal) de la esfera de dominio del titular de manera ilegítima. Una sustracción física no es necesaria en estos casos para la configuración del hurto.

3. Las acciones desmaterializadas constituyen bienes muebles susceptibles de ser hurtados. Se trata de bienes muebles como taxativamente lo reconoce la legislación civil y pueden ser sacadas ilegítimamente de la esfera de dominio de los accionistas. En una comprensión normativa del delito no hay ningún reparo para condenar por delito de hurto a quien se apropia ilegítimamente de las acciones de otro.

Un problema de la administración desleal de los órganos societarios: La remuneración abusiva de los administradores

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ
(España)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Conflicto de interés en la remuneración de administradores. **III.** Incardinación del conflicto de interés en el ámbito jurídico-penal. **1.** El delito societario del artículo 295 del Código Penal. **2.** El delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal. **IV.** Trazando los límites penales de la discrecionalidad empresarial en casos controvertidos. **1.** Introducción. **2.** Criterio procesal (*Business Judgment Rule*) y criterio material (*Pay For Performance*). **3.** El conocido problema de las compensaciones sigilosas (*Stealth Compensations*): pensiones remuneratorias, remuneraciones por reconocimiento *ex post* (a propósito del caso Mannesmann y del caso BSCH). **4.** El problema candente en la realidad empresarial estadounidense: la "predatación" (*Backdating*) de las opciones sobre acciones (a propósito del caso Brocade Communications). **V.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La figura y la obra del profesor Tiedemann resultan difícilmente aprehensibles debido a su extraordinaria magnitud. Quienes hayan podido disfrutar de una estancia junto a él en el Instituto de Derecho Penal económico de Friburgo, pueden dar buena cuenta de ambas circunstancias. Cuando en el otoño de 2002 arribé a ese emblemático centro de trabajo, la acogida fue tan cálida como instructiva. Por ello, me gustaría dedicar esta contribución en su libro homenaje a una cuestión sobre la que el profesor Tiedemann ha realizado, como en tantas otras ocasiones, importantísimas aportaciones: la posible responsabilidad de los administradores por percibir remuneraciones excesivas.

2. En general, Tiedemann considera que existen tres problemas de especial relevancia en el tan de moda ámbito de la administración desleal de

los órganos societarios[1]: la retirada de fondos del patrimonio social con el acuerdo de los socios[2], la concesión crediticia por entidades bancarias sin hacer comprobado suficientemente la bondad del crediticia del receptor del crédito[3], y, finalmente, el que aquí nos incumbe: la remuneración de directivos y miembros del consejo.

3. Ciertamente, el cuestionamiento de las remuneraciones de los administradores, especialmente los de las sociedades cotizadas, no es tema novedoso, sino, más bien, recurrente[4]. La existencia de remuneraciones consideradas "excesivas", no ya por el público en general, sino por académicos sumamente cualificados, ha sido objeto de un mar de publicaciones[5]. En este contenido introductorio interesa destacar el ilustrativo trabajo que se publicó a comienzos de los noventa parodiando, de alguna manera, a uno de los mayores *bestsellers* de los ochenta sobre la excelencia del *management* empresarial –el clásico de la literatura empresarial de Tom Peters y Robert Watermann "*In Search of Excellence*"[6], verdadero manual para los ejecutivos de la época–: el conocido libro de Graef Crystal titulado "*In Search of Excess*"[7] que daba cuenta, entre otras muchas cuestiones, de los ratios existentes entre la retribución media de los empleados de una empresa en EEUU y la de su máximo ejecutivo –el *Chief Executive Officer*–: por aquel entonces era de

(1) TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht*. BT, 2006, p. 172 y ss.

(2) Sobre ello, en la literatura española, vid. por todos FARALDO CABANA. "Consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades". En: *RdS*. Núm. 12 (2002), p. 203 y ss.

(3) Sobre lo cual, en España, por lo que se alcanza a ver, no existen trabajos específicos, debiendo remitirse el lector a la completa monografía de MARTIN. *Bankuntreue*. 2000, pássim.

(4) Sobre la remuneración vid. en la literatura académica española, pero con referencias a la discusión internacional, JUSTE MENCÍA. "Retribución de consejeros". En: Esteban Velasco (Coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. 1999, p. 497 y ss.; DOMÍNGUEZ GARCÍA. "Retribución de los administradores de las sociedades cotizadas. La comisión de retribuciones". En: AA.VV. *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*. Vol. II, 2005, p. 1055 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, "Retribuciones de los consejeros y altos directivos (Recomendaciones 35 a 41)". En: *RdS* 27. (2006), p. 137 y ss.

(5) Vid. por ejemplo, la página web "Executive Paywatch" [disponible en: <http://www.aflcio.org/corporatewatch/paywatch/>] donde se contienen, entre otros muchos detalles, las remuneraciones de los *C.E.O.* de todas las empresas cotizadas estadounidenses. Vid. asimismo los informes anuales *Executive Excess* elaborados por el *Institute of Policy Studies*, así como los planteamientos, algo más moderados, del conocido *Center For Corporate Policy*. Respecto de la evolución hasta el 2005 vid. ahora solo, instructivos, BEBCHNUK / GRINSTEIN, "The Growth of Executive Pay". En: *Oxford Rev. Econ. Pol'y* 21 (2005), p. 283 y ss. Son numerosos los autores que han vinculado los escándalos empresariales estadounidenses de principio del siglo XXI con las remuneraciones excesivas de los administradores [vid. entre otros BRICKEY. "In Enron's Wake: Corporate Executives of Trial". En: *J.Crim.L.&Criminology.* 96 (2006), p. 397 y ss.; MILLER. "Catastrophic Financial Failures: Enron and More". En: *Cornell L.Rev.* 89 (2004), p. 423 y ss., 440 y ss.; BEBCHUK / FRIED, *Pay Without Performance. The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*. 2004, p. 1 y ss., 15 y ss. con ulteriores referencias], por lo que no es de extrañar que se propusiera legislación que impidiera el abuso de la remuneración a los administradores (*Protection Against Executive Compensation Abuse Act [H.R. 4291 in the 109th Congress*]).

(6) PETERS / WATERMAN. *In Search of Excellence*. 1981.

(7) CRYSTAL. *In Search of Excess: The Overcompensation of American Executive*. 1991.

150 a 1. Y se debe hacer hincapié en el "por aquel entonces", ya que en el año 2004 era del entorno de 535 a 1[8].

4. Si bien lo que acaba de apuntarse resulta un topos característico del estudio empresarial, y su correspondiente vinculación con el Derecho societario se arroja cuando menos evidente, lo cierto es que en tiempos recientes el núcleo de la cuestión ha llegado al terreno jurídico-penal fuera del territorio estadounidense de la mano de diversos casos, sobradamente conocidos. Así, tanto el caso *Mannesmann* en Alemania[9] como el caso BSCH en España[10] han tratado, de manera más o menos directa, la posible remuneración "abusiva" –como apunta Gómez Benítez[11]– de los administradores y, sobre todo, el ámbito de discrecionalidad del que goza el Consejo de Administración a la hora de fijar dichas remuneraciones. En concreto, la discusión se ha centrado, fundamental aunque no exclusivamente, en la posibilidad de conceder ciertos "bonus" –"*appreciation awards*" o *"Anerkennungspremie*"– y pensiones de jubilación en reconocimiento a la labor desempeñada por ciertos miembros del Consejo de Administración.

5. En este contexto, además de en muchos otros, se han desarrollado en Estados Unidos las instituciones de la *Business Judgment Rule* y el *Pay for Performance*[12]. Conforme a la **primera**, se concede un margen de discrecionalidad a los miembros del Consejo de Administración para que puedan adoptar decisiones que afecten al normal funcionamiento de la empresa. Esa discrecionalidad resulta decisiva para determinar si un tercero puede entrar a revisar dicha decisión o si, por el contrario, se debe considerar que el "buen juicio" empresarial que haya llevado a cabo el CdA no puede ser alterado por

(8) Vid. MORGENSON. "Explaining (Or Not) Why the Boss Is Paid So Much". En: *New York Times*. 25 de enero de 2004, § 3, 1. Solo por poner un conocido ejemplo, en el año 2002 el *CEO* y socio fundador de *ORACLE INC* percibió 735 millones de dólares, la mayor parte derivada del ejercicio de *Stock Options* y su posterior venta.

(9) Vid. fundamentalmente la sentencia del Tribunal Supremo alemán BGHSt 50, 331 de 21 de diciembre de 2005 [un resumen acertado de dicha sentencia, así como de las otras dos más relevantes en el campo de la administración desleal en Alemania –sc. *Kölner Müllskandal* y *Kinowelt*– pueden encontrarse, *NStZ* 2006, p. 210 y ss. con comentario de RÖNNAU].

(10) Vid. la SAN de 13 de abril de 2005 y la STS de 17 de julio de 2006.

(11) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ. "Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores", en: Bajo Fernández (Dir.) / Bacigalupo Sagesse / Gómez-Jara Díez (Coords.). *Gobierno corporativo y Derecho Penal*. 2008.

(12) No obstante, debe advertirse que muchas de las reflexiones aquí contenidas se refieren a la problemática que, en el ámbito estadounidense, rodea la remuneración del *Chief Executive Officer* y que no es trasladable miméticamente al ordenamiento español. Sin embargo, no parece desacertado afirmar que, al nivel de consideraciones generales, y hechas las salvaguardas necesarias, sí que resultan de interés [vid. al respecto las explicaciones ofrecidas por Farrando, "La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 17 de julio de 2006)", en: *RdS* 27(2006), pp. 357, 359].

otras instancias. Por su parte, la **segunda** institución referida se convierte en decisiva para otorgar justificación material a la remuneración a los administradores, de tal manera que no resultan justificadas aquellas retribuciones percibidas por el ejecutivo que no se correspondan con una contraprestación por parte del mismo –a través de su "performance"– a favor de la empresa.

6. Pues bien, en las breves reflexiones que siguen a continuación se examinará sucintamente el conflicto de interés subyacente en la remuneración de los administradores –Infra II– conflicto que, *per se*, no tiene que comportar ninguna relevancia penal, sino ser parte de la actividad empresarial diaria. A continuación, se apuntarán los dos preceptos del Código Penal español que, ya por vía legislativa, ya por vía jurisprudencial permiten incardinar potencialmente este tipo de conflictos de interés en la órbita jurídico-penal –Infra III–. Finalmente, reconociendo un necesario margen de discrecionalidad a la toma de decisiones empresariales por parte de los administradores –incluida la remuneración– se realizarán algunas reflexiones sobre los límites que razonablemente pueden trazarse de la mano de las dos instituciones referidas y su reflejo en los casos *Mannesmann* / BSCH –pensiones y *bonus*– así como en el caso *Brocade Communications* –predatación de *Stock Options*–.

II. CONFLICTO DE INTERÉS EN LA REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES

1. No resulta en absoluto extraño señalar que se produce un importante conflicto entre los intereses de la sociedad y los personales del administrador cuando se trata de evaluar la cuantía y la forma de su remuneración[13]. Pecando de simplismo, se podría apuntar que a la empresa le interesa incurrir en los menores gastos posible –ergo: menor remuneración a los administradores– y, por el contrario, el administrador tiene un claro interés en percibir mayores emolumentos[14]. Es por ello que a lo largo de varias décadas se han intentado alinear los intereses de ambos –de hecho es uno de los instrumentos clásicos de Gobierno Corporativo– buscando fórmulas[15] en las

(13) Vid., en la literatura española JUSTE MENCÍA, Retribución, p. 516; implicando, incluso, un supuesto de autocontratación LÓPEZ DE MEDRANO. "En torno a la retribución del administrador de sociedad anónima". En: *RGD.* 1992, p. 10129 y ss. Vid. en la literatura estadounidense BEBCHUK / FRIED, "Executive Compensation as Agency Problem". En: *Journal of Economic Perspectives.* 17 (2003), p. 71 y ss., haciendo referencia a la profunda influencia que los administradores ejercen, en última instancia, sobre los miembros del consejo, por lo que resulta imposible la aplicación estricta del "arm's length principle".

(14) Vid., desarrollando de manera más detallada este argumento, FARRANDO. En: *RdS.* 27(2006), p. 357.

(15) Sobre la utilización de fórmulas fiscales para conseguir dicha alienación –que consiste, básicamente, en que a partir de cierta cantidad en remuneración dineraria, se pasa a un tipo impositivo mayor, motivo por el cual se fomenta el uso de remuneraciones no dinerarias como las *Stock Options*– vid. REPETTI, "The Misuse of Tax Incentives to Align Management-Shareholder Interests". En: *Cardozo L.Rev.* 19 (1997), pp. 697, 708 y ss.

que el beneficio de una de las partes conlleva igualmente el beneficio de la otra[16] –fundamentalmente a través de la participación del ejecutivo en los beneficios de la sociedad (*equity compensation*)–. Una herramienta clásica: las conocidas *Stock Options*[17]. Si la gestión de los administradores es adecuada, lo normal es que se incremente el valor de cotización de la acción y, por tanto, el administrador que ejercite sus *Stock Options* obtendrá importantes beneficios[18].

2. No obstante, y por si la racionalidad económica no consiguiera alinear debidamente los intereses de ambos, la legislación societaria impone a los administradores determinados deberes fiduciarios para con su principal. En este sentido, las reformas societarias de los últimos tiempos han procedido a una concreción de los dos deberes básicos que guían la actuación de los órganos de administración societarios[19]. Cuando, además, se está en el terreno propio del Gobierno Corporativo –esto es: el ámbito de las sociedades cotizadas–, entonces parece que resulta asimismo de aplicación el *soft law* constituido por las recomendaciones contenidas en diversos instrumentos de Gobierno Corporativo[20], fundamentalmente el conocido Código Unificado de Gobierno Corporativo [CUGB][21]. Por ello, en lo que sigue se hará referencia a dos parámetros que se consideran básicos en este ámbito, intentando respetar la interpretación que de los mismos se efectúa en dichas reglas.

(16) Vid. no obstante las interesantes consideraciones de PERRY / ZENNER. "CEO Compensation in the 1990s: Shareholder Alignment or Shareholder Expropiation?". En: *Wake Forrest L.* Rev. 35 (2000), p. 123 y ss.

(17) En la literatura española vid. por todos IBÁÑEZ JIMÉNEZ. *Stock Options: Regulación economía, política retributiva y debate social*. 2ª ed., 2001, con múltiples referencias.

(18) Sobre el acuciante problema en el panorama empresarial y jurisprudencial estadounidense –del *Stock Option Backdating*– "predatación de las Stock Options" - vid. *Infra* IV.4.

(19) Vid. al respecto, entre otros, PAZ ARES. *Responsabilidad de los administradores y Gobierno Corporativo*. 2007; QUIJANO GONZÁLEZ / MAMBRILLA RIVERA. "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas". En: AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*. Vol. II, 2005, p. 915 y ss., 957; ALCALÁ DÍAZ. "El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad". En: Esteban Velasco (Coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. 1999, p. 447 y ss.; LLEBOT MAJÓ. "Deberes y responsabilidad de los administradores". En: Rojo / Beltrán (dir.). *La responsabilidad de los administradores*. 2005, p. 23 y ss.; vid asimismo RODRÍGUEZ ARTIGAS. "El deber de diligencia". En: Esteban Velasco (Coord.), *El gobierno de sociedades cotizadas*, 1999. p. 419 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY. *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, 2004; JUSTE MENCÍA / IGARTUA ARREGUI. "Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)". En: *RdS*. Núm. 23 (2005), p. 75 y ss.; SÁNCHEZ CALERO. *Los administradores en las sociedades de capital*. 2005.

(20) No en vano señala ALCALÁ DÍAZ. Conflicto, p. 450 que la mayor parte de las recomendaciones incorporadas a los distintos códigos de conducta se dirigen hacia la resolución de los conflictos de intereses.

(21) Sobre el CUGC vid. la obra general de MATEU DE ROS CAREZO. *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*. 2007; vid. asimismo los comentarios de RODRÍGUEZ ARTIGAS, ALONSO UREBA, ESTEBAN VELASCO, QUIJANO GONZÁLEZ, VELASCO SAN PEDRO Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA contenidos en *Revista de Derecho de sociedades,* núm. 27 (2006).

3. En primer lugar, resulta de especial relevancia el denominado **deber de fidelidad** contenido en el artículo 127.2 de la LSA[22] y que obliga a los órganos de administración a ser fieles al interés social "entendido como interés de la sociedad". Sin pretender abundar aquí en el ya extenso debate mercantilista en torno a concepciones contractualistas e institucionalistas[23], lo cierto es que el CUGC abogar por solventar la cuestión identificando interés social con una tesis más bien contractualista y por tanto con el interés común de los accionistas[24]. En este sentido, merece la pena resaltar que no se trata del interés de un accionistas por muy relevante que sea, sino del interés común de los accionistas, o, como se ha venido en formular, el "interés del accionista común".

4. En segundo lugar, igualmente trascendente resulta el **deber de lealtad** interpretado como un deber que prohíbe efectuar actuaciones en perjuicio de la sociedad[25]. Y es que, en este punto, el desarrollo de los deberes fiduciarios a la luz del Gobierno Corporativo parece conllevar una importante impronta de tutela tanto de accionistas minoritarios –especialmente cuando se trata de los inversores anónimos del *free float* con escasa posibilidad de controlar la gestión social– y de toma en consideración, al menos, de ciertos grupos de interés o *Stakeholders* cuya posibilidad de participación en dicho control –al menos en el sistema español– es, si acaso, aún menor.

III. INCARDINACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL

Hasta el momento se ha efectuado una aproximación genérica, desde el punto de vista societario, a la disyuntiva que padecen los Consejeros de una sociedad a la hora de fijar su remuneración y la de sus más altos ejecutivos. Pues bien, una vez realizada dicha exposición resulta adecuado examinar la incardinación que dichos conflictos de interés pueden tener en el ámbito jurídico-penal[26]. Y ello fundamentalmente porque, si ya el recurso a que, en

(22) Vid. por todos QUIJANO GONZÁLEZ / MAMBRILLA RIVERA. *Deberes*. p. 946 y ss. con múltiples referencias.

(23) Vid. ya sobre los términos del debate, ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*. 1982, p. 584. Vid. asimismo PAZ ARES. *Responsabilidad*. p. 24 y ss.

(24) Vid. en este sentido la recomendación 7 del CUGC, cuando interpretando el concepto de interés social apunta que "a la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" [vid. el comentario de MATEU DE ROS CEREZO. *Código*. p. 171 y ss.; ESTEBAN VELASCO. "Reorganización de la composición del Consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes". En: *RdS*. Núm. 27 (2006), p. 85 y ss.].

(25) Vid. por todos, PAZ ARES, *Responsabilidad*, p. 55 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ / MAMBRILLA RIVERA. *Deberes*. p. 957 y ss. con ulteriores referencias. Vid. asimismo COUTINHO DE ABREU. "Interés social y deber de lealtad de los socios". En: *RdS*. Núm. 19 (2002), p. 39 y ss.

(26) Con carácter previo debe notarse, empero, que, por lo que se alcanza a ver, la problemática como tal no ha sido abordada en ninguna monografía jurídico-penal, ni tampoco en un artículo específicamente

todo caso, este tipo de actuaciones solo puede ser constitutivo de un ilícito civil resulta un argumento de peso, su subsunción en los tipos penales expresamente previstos en el Código Penal a tal efecto resulta un tanto problemática(27). No obstante, sería esa, sin duda, una conclusión un tanto precipitada; la jurisprudencia del Alto Tribunal español en materia de administración desleal –que sin duda expande el ámbito de aplicación de este delito(28)– pudiera deparar más de una sorpresa.

1. El delito societario del artículo 295 del Código Penal

1. Como es sabido, el antiguo Código Penal de 1973 no preveía una regulación específica de la administración desleal. El Legislador de 1995, escuchando a la doctrina especializada en la materia(29), introdujo el artículo 295 CP con la finalidad de dar cumplida respuesta a las actuaciones abusivas por parte de los órganos encargados de la administración social(30). No obstante,

elaborado a tal efecto [vid. no obstante ciertos tratamientos individualizados en un contexto más amplio, por ejemplo, en NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. 1996, pp. 259 y ss., 262 y ss]. Ello no es óbice para que el tratamiento de la administración desleal societaria –que, en esencia, constituye la expresión máxima del conflicto de interés– haya sido profusa en la literatura jurídico-penal a raíz, principalmente, de la aprobación del Código penal de 1995 [vid. en este sentido las múltiples referencias contenidas en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 2ª ed., 2005, p. 339 y ss.]. Sobre la cuestión específica de la remuneración de los administradores vid. en la literatura jurídico-penal GÓMEZ BENÍTEZ. "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles". En: *La Ley*. 1997, p. 2053 y ss.; CASTRO MORENO. *El delito societario de administración desleal. Art. 295 CP*. 1998, p. 327 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*. 1996, p. 97 y ss.

(27) En este sentido, resulta conocido que una de las críticas más habituales en los delitos societarios, en general, y en el Derecho penal económico, en particular, pasa por la reiteración de la naturaleza secundaria del Derecho Penal económico [vid. a este respecto, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*. 2001, p. 35 y ss. y pássim]. Sin embargo, la autonomía científica del Derecho Penal respecto de otras ramas del ordenamiento, también en lo que se refiere al ámbito societario, no solo ha sido subrayada por ciertos miembros de la dogmática española [vid. a título de ejemplo, DEL ROSAL BLASCO. *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*. 1998, p., 48 y ss. y su debate con SÁNCHEZ ÁLVAREZ. *Los delitos societarios*. 1996, p. 18 y ss.], sino también extranjera [vid. SCHÜNEMANN. "La administración desleal de los órganos societarios: el caso *Mannesmann*". En: Gómez-Jara Díez (ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. 2008, Cap. I, § V]. En general vid. las referencias más actuales a la discusión en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed., 2007, § 2.6.

(28) Esta afirmación pudiera, quizás, resultar un tanto sorprendente para un mercantilistas; sin embargo, es la única conclusión posible a partir de la línea jurisprudencia que más adelante se explicitará, ya que como ella misma indica se fundamenta en el tratamiento recibido en Alemania por el denominado "tipo de infidelidad", cuya amplitud típica es abiertamente reconocida en aquel país –hasta el punto de cuestionar su constitucionalidad–. Vid. *infra*.

(29) Vid. ahora solo la contribución de BACIGALUPO ZAPATER. "La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español (consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el Derecho español)". En: AA.VV. *Hacia un Derecho Penal económico europeo*. 1995, p. 385 y ss. con referencias a la discusión de entonces.

(30) Artículo 295 CP
Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan

conforme se explicitará más adelante, la jurisprudencia más relevante de este país ha desechado la posibilidad de aplicar dicho precepto a los casos de administración desleal societaria y ha llevado a cabo una interpretación del precepto que regula la apropiación indebida (art. 252 CP) que no solo contiene una pena sustancialmente más elevada –de hecho fue ese el motivo que guió la aplicación del referido precepto–, sino que además facilita una extensión del ámbito punitivo de estas conductas. Pero vayamos por partes.

2. En primer lugar, pese a la bienvenida de la doctrina científica dispensó al artículo 295 CP[31], desde el comienzo se observaron ciertas deficiencias en la redacción del precepto, con la existencia de un número elevado de requisitos típicos –alguno de ellos un tanto reiterativos– y la configuración un tanto obsoleta de muchos de ellos[32]. Asimismo, la posibilidad de imponer solamente una pena de multa por las conductas desleales de los administradores fue valorada, en general[33], como un signo negativo de la regulación vigente[34].

---

fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

(31) Vid. ahora solo las reflexiones en cuanto a la justificación de su introducción, tanto político-criminal como dogmática, de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *El delito societario de administración desleal*. 2001, p. 25 y ss.

(32) Vid. los análisis críticos de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. 1996, p. 131 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Delito*. p. 38 y ss., sobre todo en relación con la referencia a causar "directamente" un perjuicio "económicamente evaluable" a ciertos sujetos entre los que no se encuentra referida *explícitamente* la propia sociedad. Cfr. no obstante las interpretaciones del términos "causando directamente" elaboradas por NIETO MARTÍN. *Delito*. p. 279 y ss., CASTRO MORENO, *Administración desleal*. p. 438 y ss. o MAYO CALDERÓN. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*. 2005, p. 249 y ss. –entre otros– apuntando a la relación de imputación objetiva de resultado entre actuación del administrador y causación del perjuicio que debe acreditarse en estos supuestos. En cualquier caso, una de las críticas generalizadas se refiere no tanto a la configuración específica de dicho precepto, sino a la falta de un delito genérico de administración desleal –es decir: no circunscrito al ámbito societario– cuestión que en la Propuesta de Reforma del Código Penal presentada en 2006 se intenta subsanar mediante la introducción de un artículo 254bis). Sobre esta reforma vid. extensamente MAYO CALDERÓN. "El nuevo delito de administración fraudulenta regulado en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal". En: Iustel.com, *RGDP.* 6 (2006), p. 1 y ss.

(33) No obstante, ciertos autores han procedido a una interpretación coherente de dicho precepto y justifican la menor penalidad en el menor desvalor de las conductas de administración desleal (usos temporales ilícitos) frente a las de apropiación indebida (usos definitivos ilícitos) [vid. CASTRO MORENO. *Delito*. p. 458: "la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados puede ser valorativamente más grave la del que los administra deslealmente causando de este modo un perjuicio"; GÓMEZ BENÍTEZ. "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles". En: *La Ley.* 1997, p. 2053 y ss.]. Vid. asimismo, matizadamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Delito*. p. 85 cuando indica que, si bien comparte de *lege lata* la interpretación de ambos autores, considera que "la penalidad continúa adoleciendo de una inexplicable benignidad".

(34) Vid. al respecto las elocuentes palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Delito*. p. 83: "La doctrina dominante ha coincidido en criticar la benignidad de la penalidad establecida en el art. 295".

3. En cualquier caso, en tiempos recientes, y después de diversas vacilaciones, además de una relativa jurisprudencia menor[35], el núcleo del artículo 295 del CP ha sido recientemente definido por el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 17 de julio de 2006 (Ponente: Sánchez Melgar), también conocida como el Caso BSCH que será comentado más adelante, de la siguiente manera:

> "Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador".
>
> "(…) Requiere(n) la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero [delito del art. 295 del CP], se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Solo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos

(35) Vid., entre otras, las siguientes SSAP: SAP de León de 3 de noviembre de 2004; SAP de Girona de 27 de septiembre de 2004; SAP de Asturias de 8 de julio de 2004; SAP de Madrid de 30 de junio de 2004; SAP de Vizcaya de 19 de mayo de 2004; SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2004; SAP de Madrid de 4 de junio de 2003; SAP de Zaragoza de 26 de mayo de 2003; SAP de Córdoba de 15 de mayo de 2003; SAP de Jaén de 2 de mayo de 2003; SAP de Zaragoza de 10 de abril de 2003; SAP de Cantabria de 19 de febrero de 2003; SAP de Madrid de 27 de enero de 2003; SAP de Zaragoza de 24 de enero de 2003; SAP de Barcelona de 20 de enero de 2003; SAP de Madrid de 9 de diciembre de 2002; SAP de Las Palmas de 7 de noviembre de 2002; SAP de Toledo de 29 de julio de 2002.

> de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código Penal. (…). En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse".

4. Pues bien, como se ha indicado anteriormente y se expondrá con mayor detalle a continuación, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo viene interpretando el artículo 252 CP (relativo a la apropiación indebida), en el sentido de contener también un delito de administración desleal; y cuando concurre el delito de administración desleal del artículo 295 CP y el delito de administración desleal del artículo del 252 CP ha resuelto la aplicación de este último(36), por lo que el primero se ha quedado prácticamente sin margen de aplicación(37), a no ser en supuestos extraordinariamente especiales(38).

(36) El criterio que ha utilizado el Tribunal Supremo para resolver esta cuestión ha sido, generalmente, acudir al concurso aparente de normas y, conforme al artículo 8.4 del Código Penal, sancionar por el delito más grave [vid. además de la ya referida STS de 26 de febrero de 1998, entre otras las SSTS de 31 de enero de 2002 (Ponente: Soriano Soriano); 9 de junio de 2003 (Ponente: Martín Pallín); 11 de mayo de 2005 (Ponente: Saavedra Ruiz). Ello en contra de un criterio doctrinal mayoritario [vid. las numerosas referencias de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte Especial*. p. 479 y ss.; MAYO CALDERÓN. *Administración fraudulenta*. p. 275 y ss.].

(37) Vid. por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Delito*. p. 97: "en última instancia comporta reconducir buena parte de las administraciones desleales de patrimonio ajeno (relativas a dinero) al delito del art. 252 y, consiguientemente, merced a una auténtica *interpretatio abrogans*, dejar sin contenido en este importante ámbito el delito del art. 295".

(38) En este sentido señala recientemente la STS de 21 de junio de 2007 (ponente: Colmenero Menéndez de Luarca): "El delito societario que aparece por primera vez en el artículo 295 del Código Penal vigente no puede entenderse de forma que venga a suponer un tipo privilegiado respecto de acciones ya penadas en el artículo 535 del Código Penal anterior y en el artículo 252 del vigente cuando se ejecuten en el ámbito societario por socios o administradores. Por el contrario, **debe entenderse que se trata de conductas no sancionables conforme al artículo 252, que si resultan merecedoras de pena a juicio del legislador es a causa del marco societario en el que se producen, lo que les asigna una mayor gravedad**. Aunque sea discutible doctrinalmente si la sanción debería extenderse a cualquier clase de administradores, la Ley solo se refiere a los socios o administradores, de hecho o de derecho, de cualquier sociedad constituida o en formación, lo que excluye a los demás. Consecuentemente, los actos de distracción de dinero o bienes fungibles, así como los de apropiación de cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, seguirán encontrando su acomodo en el artículo 252, se ejecuten en el ámbito societario o fuera de él. Cuestión diferente es la relativa a la distinción entre los actos de distracción, sancionados conforme al artículo 252, y los de administración fraudulenta o abusiva del artículo 295. Es claro que los actos de distracción de dinero, dándole un destino definitivo diferente del asignado por quien puede hacerlo en el marco del funcionamiento de la sociedad, exceden de las facultades del administrador, lo que las situaría dentro

2. El delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal

1. Ya hemos anticipado que el Tribunal Supremo español, y un cierto sector doctrinal minoritario(39), ha venido realizando una interpretación de la normativa penal española que considera no solo que el artículo 252 del CP contiene un delito de administración desleal, sino que, además, es de aplicación preferente sobre el delito de administración desleal societaria del artículo 295 del CP. Los pormenores de dicha evolución han sido expuestos en otro trabajo al que ahora nos remitimos(40), no obstante lo cual merece la pena indicar que dicha interpretación arranca de unas sentencias pronunciadas en el año 1994(41) y que adquiere carta de naturaleza a partir del conocido caso *Argentia Trust* en el año 1998.

2. Resumiendo el contenido de dicha sentencia, el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 1998 (Ponente: Jiménez Villarejo) sentó la siguiente doctrina:

---

del ámbito del artículo 252. Por el contrario, cuando los actos de disposición de los bienes sociales o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad se realiza dentro de las facultades del administrador, aunque se ejecutan fraudulentamente respecto de la sociedad o resultan abusivas y perjudiciales para esta, la conducta quedará subsumida en el artículo 295 del Código Penal" (sin resaltado en el original). Sobre la distinción entre ambos tipos delictivos vid., entre otros muchos, las diferentes perspectivas que ofrecen BAJO FERNÁNDEZ. "Administración desleal y apropiación indebida". En: *La Ley*. 2001, p. 1714 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ. *La Ley*. 1997, pp. 2053 y ss.; Id., "De nuevo: sobre la diferencia entre apropiación indebida y administración desleal". En: *La Ley*. 1998, p. 2174 y ss.; CASTRO MORENO. *Administración desleal*. p. 299 y ss., 380 y ss.; MAYO CALDERÓN. *Administración fraudulenta*. p. y 275 ss.; LUZÓN PEÑA / ROSO CAÑADILLAS. "Administración desleal". En: Boix Reig (Dir.) / Lloria García (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*. 2008, p. 42 y ss.

(39) Vid. SILVA CASTAÑO. *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*. 1997, pp. 71 y ss., 124 y ss.; PÉREZ DEL VALLE. "El tipo subjetivo en la administración desleal". En: Bacigalupo Zapater (Dir.). *La administración desleal*. 1999, p. 52.; BACIGALUPO ZAPATER. "La administración desleal en el nuevo Código penal". En: Bacigalupo Zapater (Dir.). *La administración desleal*. 1999, p. 200; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. "Administración desleal y apropiación indebida: Consecuencias de la distinción jurisprudencial". En: *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo II, 2004, p. 1208 y ss.

(40) Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ. "La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 en el Código Penal español?". En: Gómez-Jara Díez (ed.). *La administración desleal de los órganos societarios*. 2008.

(41) STS de 14 de marzo de 1994 (ponente: Bacigalupo Zapater); STS de 7 de marzo de 1994 (ponente: Bacigalupo Zapater). No deja de sorprender un tanto que la línea jurisprudencial que afirma la existencia en el actual artículo 252 del CP y en el antiguo artículo 535 del CP 1973 un tipo genérico de administración desleal fuera iniciada, desarrollada y sustentada por el Ilmo. Magistrado del Tribunal Supremo, Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quien solo dos años antes de dichas sentencias de 1994, afirmaba rotundamente que "El Código penal español –a diferencia de lo que ocurre con el alemán–, de un tipo penal que permita sancionar la producción dolosa del perjuicio de un patrimonio ajeno, cuya administración ha sido confiada al autor" [BACIGALUPO ZAPATER. *Problemática*. p. 385], lo cual parece contradecir la afirmación de que "el artículo 535 del CP no solo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal no lo hacen distrayendo el dinero de cualquier manera" [SSTS antes referidas del 7 y 14 de marzo de 1994].

> "Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían –como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente– dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su 'estatus'. (…) Se trata de uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina 'tipo de infidelidad'. La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo.

3. De nuevo ha sido en tiempos recientes cuando el núcleo de dicha tipología delictiva ha sido concretado por el Alto Tribunal en su sentencia del 14 de noviembre de 2006 (Ponente: Bacigalupo Zapater), sentando lo siguiente:

> "Es sabido que sobre la esencia del delito de administración desleal la doctrina ha dado tres respuestas diferentes. La primera considera que la esencia del delito es el abuso del poder de disposición sobre el patrimonio ajeno. La segunda estima que se trata de la infracción de deber de velar por el patrimonio ajeno. Y la tercera se basa en el quebrantamiento de una relación de confianza, aunque ello no tenga base en la infracción de deberes emergentes de una relación jurídica concreta. En el Derecho comparado europeo unas legislaciones (Austria/Suiza) admiten solo la primera respuesta, mientras que otras (Alemania desde 1933, BGBl I, 295 [297]) han configurado dos tipos penales que se apoyan en la primera y en la tercera respuesta. Si bien en todos los casos existe una defraudación de los intereses del administrado, en la práctica las respuestas conducen a configuraciones del tipo más cerradas o más abiertas. Es tarea del Tribunal Supremo, por lo tanto, dar un sentido preciso a la 'distracción de dinero' y fijar de esta manera el alcance del tipo penal. El derecho comparado y la opinión de la doctrina son, en este sentido, elementos sustanciales para la concreción del tipo.

> De las tres posible respuestas la primera es la que resulta más adecuada al derecho vigente. En efecto, la referencia al administrador (en ciertos casos el comisionista [arts. 244 y ss. Ccom] puede ser equivalente) tiene especial relevancia, pues, en la mayoría de los casos, este siempre asume su papel sobre la base de autorizaciones expresas, sobre todo cuando es un administrador de derecho. Se podría pensar que la mención del depósito podría dar lugar también a un tipo de quebrantamiento de una relación de confianza, pero, tal interpretación chocaría manifiestamente con los arts. 1761, 1767 y 1753 del Código Civil y con los principios que rigen en materia de entrega de cosas fungibles.
>
> Consecuentemente, la expresión 'distraer dinero' debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición. En este sentido la doctrina de principios del siglo XX ya definía el delito de administración desleal de la misma forma y en términos aplicables en el derecho vigente, diciendo que 'el tipo de la administración desleal puede ser definido, de la manera más amplia posible, como [el delito que comete] todo el que por disposición de la Ley o por un negocio jurídico está llamado a disponer sobre un patrimonio ajeno, será culpable de administración desleal, cuando esta disposición lesione dolosamente los derecho del titular'. De allí que la acción típica se concebía como 'perjudicar antijurídicamente el patrimonio ajeno (...) y ello precisamente por medio del abuso de poder que le ha sido acordado'".

4. Antes de pasar a referir brevemente los tres pilares sobre los que se construye esta creación jurisprudencial, debe notarse una circunstancia que, si bien pudiera parecer accidental, en realidad tiene mayor relevancia de la normalmente otorgada. Se trata de la expresa referencia en las dos sentencias anteriormente citadas a la doctrina extranjera –sc. la alemana– para caracterizar la construcción española. Pues bien, un examen de la discusión del precepto § 266 del *StGB*,[(42)] arroja como resultado que dicho precepto ha

(42) Sobre dicho precepto vid. en la literatura jurídico-penal española los análisis de MARTÍNEZ PÉREZ. "El delito societario de administración fraudulenta". En: *EPCr.* Núm. XVII (1994), p. 261 y ss: NIETO MARTÍN. *Delito*. p. 13 y ss.; SCHÜNEMANN, Mannesmann, Cap. I § II. En la doctrina alemana, vid. las exposiciones más recientes de SCHÜNEMANN. En: Jähnke/Laufhütte/Odersky (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*. Walter de Gruyter, 11ª ed., 1998, § 266; DIERLAMM, en: Joecks / Greifswald / Miebach (eds.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. CH Beck, 1ª ed., 2006, § 266, n.m. 31; KINDHÄUSER, en: Kindhäuser / Puppe / Neumann (eds.). *Nomos Kommentar zum Strafgeseztbuch*. Nomos, 2ª ed., 2005, § 266.

sido reiteradamente criticado por su excesiva amplitud, llegando a cuestionarse seriamente su constitucionalidad(43). Por lo tanto, no parece que resulte excesivamente adecuado crear jurisprudencialmente un tipo delictivo que resulta duramente criticado en su país de origen.

5. Sea como fuere, y a la vista de la situación actual del ordenamiento español, de la anterior jurisprudencia y de la doctrina alemana respecto del tipo delictivo en cuestión, se pueden extraer los siguientes tres pilares conformadores del delito de administración desleal: en primer lugar, una **infracción del deber de fidelidad** del administrador para con la sociedad; en segundo lugar, la existencia de un **perjuicio patrimonial** para la entidad como consecuencia de la infracción antes referida; en tercer lugar, la concurrencia de un **dolo genérico** de tener conocimiento de no favorecer los intereses de la sociedad. Por tanto, se observa claramente que la infracción del deber de lealtad/fidelidad es una pieza fundamental para determinar la existencia de un delito de administración desleal –ya en la modalidad del 252 CP ya en la del 295 CP–, motivo por el cual, a continuación, se hará referencia a determinados criterios que pueden servir de guía a la hora de establecer la concurrencia o no de dicha infracción.

IV. TRAZANDO LOS LÍMITES PENALES DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL EN CASOS CONTROVERTIDOS

1. Introducción

1. Con estos antecedentes parece haberse acreditado que, efectivamente, a la hora de determinar la remuneración de los administradores de una sociedad –sobre todo si es cotizada– se plantea un importante conflicto de interés que puede tener relevancia jurídico-penal. Ello, empero, no implica que todo conflicto pueda, o deba, ser objeto de tratamiento penal. El cuestionamiento reiterado de las decisiones empresariales puede llevar al anquilosamiento de la actividad de la empresa, de tal manera que los beneficios

(43) Vid. de manera contundente LESCH, "§ 266 StGB – Tatbestand ist schlechthin unbestimmt". En: *DRiZ*. 2004, p. 135 y ss. Vid. las referencias contenidas SCHÜNEMANN, *LK*, n.m. 29. En general los calificativos que la doctrina para este tipo, resultan sumamente esclarecedores de la amplitud interpretativa que genera: comenzando por las conocidas palabras de HELMUT MAYER en el sentido, de que "en tanto que no concurra uno de los antiguos casos clásicos de administración desleal, ningún Tribunal ni ninguna Acusación sabe si concurre o no el § 266" [MAYER. En: *Materialen zur Strafrechtsreform*. Bd. 1, 1954, p. 337]; "se confunde el Derecho con la moral" [MATT, "Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-) Recht und Moral". En: *NJW*. 2005, p. 389; también SALIGER, "Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes". En: *ZStW*. 112 (2000), p. 600], "debe calificarse, sin exageración, como la parte más oscura y enmarañada de la Parte Especial del Código penal alemán [SCHÜNEMANN. En: *LK*. n.m. 1] o, en fin, resumiendo, "siempre cabe el § 266 StGB" [RANSIEK, "Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue". En: *ZStW*. 116 (2004), p. 634]. Vid. asimismo RÖNNAU, "Untreue als Wirtschaftsdelikt". En: *ZStW*. 119 (2007), p. 887 y ss.

que pretendan derivarse de un escrutinio estricto de las decisiones empresariales en esta materia, puede ser más perjudicial que las diferencias remuneratorias que puedan poner en cuestión.

2. Es por ello que no resulta extraño que en un país con un dinamismo empresarial tan conocido como el estadounidense, se haya desarrollado una regla para permitir a la dirección de la empresa el necesario ámbito de discrecionalidad para decidir sobre cuestiones de este calibre. En pocas palabras, no puede someterse a una revisión o consulta continúa este tipo de decisiones ya que, entre otras cuestiones, el tiempo y recursos necesarios para que un tercero pueda estar en posición de entender por qué se ha escogido una determinada remuneración, no se dan en la práctica.

3. No obstante, bajo la excusa de la considerable imposibilidad de terceros de conocer en profundidad el porqué de determinadas decisiones empresariales, no puede servir para encubrir remuneraciones que no proporcionen a la empresa una contraprestación equivalente a las cantidades abonadas. De ahí que, tanto justificar las cuantías de determinadas remuneraciones como para alinear los intereses de los ejecutivos con los de la empresa, se haya propuesto el conocido criterio del *Pay for Performance*, de tal manera que la remuneración percibida se encuentra en directa (¿?) relación con la prestación efectuada por el directivo en cuestión. Como se indicará a continuación, no se trata de un proceder exento de críticas, pero ciertamente proporciona una referencia sustancial para poder evaluar la bondad de dichas remuneraciones.

4. En lo que sigue, por tanto, se expondrán sucintamente dichos criterios y, a continuación se llevará a cabo un breve examen del papel que han jugado estas consideraciones en dos de los casos más conocidos del panorama jurídico-penal europeo de los últimos tiempos: el caso *Mannesmann* en Alemania y el caso BSCH en España. Y ello, fundamentalmente, porque en ambos casos dichos criterios han servido como piedra de toque para determinar si concurría una infracción del deber de lealtad del administrador para con la sociedad, elemento decisivo tanto para la administración desleal del artículo 295 CP, como para la creación jurisprudencial del artículo 252 CP.

2. Criterio procesal (*Business Judgment Rule*) y Criterio material (*Pay For Performance*)

1. Como se puede adivinar de la exposición anterior, la principal pregunta que se plantea es hasta qué punto debe respetarse la **discrecionalidad empresarial** a la hora de remunerar a los directivos de una empresa. En líneas generales, parecen poder establecer dos criterios fundamentales para trazar los límites de estas características: en **primer lugar**, el respeto de un determinado proceso, que cumpla con una serie de garantías, a la hora de tomar

una decisión; en **segundo lugar**, que el contenido de dicha decisión no sea arbitrario, sino que, en cualquier caso, sea en el interés social. No se puede entrar aquí en la importante polémica respecto de una cuestión previa, sin duda de gran importancia, relativa a cuál es el órgano competente para fijar la remuneración de los administradores(44) –incluidos los propios miembros del consejo de administración– y de cómo interpretar la reserva estatutaria de las retribuciones(45). Sin embargo, en esta breve comunicación, de conformidad con su inherente limitación de espacio, solo se va a hacer referencia a los dos criterios que acaban de indicarse.

2. Por tanto, el primer límite viene conformado por la *Business Judgment Rule*(46). Es decir, se trata de conceder un margen de discrecionalidad a los miembros del Consejo de Administración para que puedan adoptar decisiones que afecten al normal funcionamiento de la empresa(47). Dicha regla se utiliza fundamentalmente en casos relativos a fusiones y adquisiciones (M&A), pago de dividendos, donaciones a caridad o, entrando de lleno en la cuestión que aquí interesa, la remuneración de ejecutivos. Así, se considera que deben respetarse las (1) decisiones empresariales (2) de buena fe, (3) adoptadas después de que el consejero se hubiera informado razonablemente y (4) en las que el consejero no tenía un interés financiero(48).

(44) Vid., entre otros PAZ ARES, "El Enigma de la Retribución de los Consejeros Ejecutivos", en: *InDret* 1/2008, p. 34 y ss.; JUSTE MENCÍA, Retribución, p. 513 y ss.; DOMÍNGEZ GARCÍA. *Retribución*. p. 1075 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, *RdS* 27 (2006), p. 143 y ss.

(45) Vid. a este respecto, Paz Ares, InDret 1/2008, pp. 7 ss.; FARRANDO, "La determinación estatutaria y la función de la junta general en la remuneración de los administradores de sociedades anónimas", en: en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) / BACIGALUPO SAGESSE / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Gobierno Corporativo y Derecho penal*. 2008, ambos con múltiples referencias.

(46) Vid. entre otros, el resumen esquemático de FERRARA, "Director's Fiduciary Duties and the Business Judgment Rule". En: *PLI/Corporate Law and Practice Course Handbook Series*. 2007, p. 407 y ss.; un análisis extenso del estado de la cuestión y de las implicaciones de la importante sentencia en el Caso *Disney* puede consultarse en GOLD, "A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty". En: *Maryland L.Rev.* 66 (2007), p. 398 y ss.; KERR, "Sustainability Meets Profitability: The Convenient Truth of How Business Judgment Protects a Board's Decision to Engage in Social Entrepeneurship". En: *Card. L.Rev.* 29 (2007), p. 623 y ss. (considerado que el fundamento de esta regla es permitir a las empresas llevar a cabo una función social); TELMAN, "The Business Judgment Rule, Disclosure and Executive Compensation". En: *Tulsa Law Review* 81 (2007), p. 839 y ss., (abogando finalmente por considerar que, hoy en día, a raíz de las modificaciones que han tenido lugar en las legislaciones de los diversos estados de EE.UU., esta máxima ya no persigue proteger a los consejeros, sino a la propias empresas, en el sentido de evitar el considerable perjuicio que estas sufrirían en caso de que tuvieran que dar a conocer sus planes de negocio futuros para justificar ciertas decisiones que haya adoptado el Consejo).

(47) De conformidad con lo aquí expuesto, no se sigue la consideración efectuada por Vid., de forma temprana, NIETO MARTÍN / FOFFANI, "Corporate Governance y administración desleal". En: *RP.* 17 (2006), p. 110 y ss, 128 y ss. de considerar que la *Business Judgment Rule* es fundamentalmente un criterio cuantitativo.

(48) Vid. por todos BAINBRIDGE, "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine". En: *Vand. L. Rev.* 57 (2004), p. 83 y ss. con múltiples referencias.

3. Por otro lado, el segundo límite lo proporciona el conocido aforismo *Pay For Performance*.[49] Este criterio admite, por un lado, una lectura relacionada con la vinculación de la remuneración del ejecutivo a la propia sociedad, de tal manera que participa en sus beneficios –a través fundamentalmente, en las sociedades cotizadas, del instrumento de las *stock options*–. Sin embargo, también se puede referir a la específica prestación que el ejecutivo ha efectuado para con la sociedad, mediante una comparación con ejercicios anteriores, (…) etc. Es este segundo criterio el que parece estarse imponiendo en los últimos tiempos, ya que, de esta manera, se evita que la remuneración sea aleatoria y, en última instancia, que se incentive la manipulación de los libros contables de la sociedad –sc. *cooking the books*– para obtener pingües beneficios a corto plazo.

3. El conocido problema de las compensaciones sigilosas (*Stealth Compensations*): pensiones remuneratorias, remuneraciones por reconocimiento *ex post* (a propósito del caso Mannesmann y del caso BSCH)

1. Sentados los precedentes anteriores, una de las cuestiones más problemáticas se presenta al examinar un determinado tipo de remuneraciones: aquellas que en la terminología estadounidense se denominan remuneraciones "sigilosas", "encubiertas" o "camufladas"[50]. Se trata de aquellas remuneraciones de jubilación (*retirement payments*) que, según sus analistas más críticos, permiten "oscurecer grandes sumas de compensaciones no relacionadas con las prestaciones ejecutivas efectuadas"[51]. El principal motivo para "camuflar" dichas percepciones, continúan argumentando estos, es evitar la indignación que el cobro de estas cantidades –ya sea en metálico, ya en especie– puede provocar entre los accionistas y grupos de interés vinculados a la empresa –por no hablar del público en general–[52].

2. Los principales instrumentos para implementar este tipo de remuneraciones son las pensiones de jubilación, las compensaciones diferidas, el disfrute de determinados bienes sociales y los contratos de consultoría[53].

(49) El topos es inabarcable; vid. en general BEBCHUK / FRIED. *Performance*. p. 23 y ss.; un resumen de los planteamientos ahí seguidos, así como de las cuestiones candentes puede verse en BEBCHUK / FRIED, "Payment without Performance". En: *J. Corp. L.* 30 (2005), p. 647 y ss.

(50) Vid. BEBCHUK / FRIED, "Stealth Compensation via retirement benefits", en: *Berkeley Business Law Journal*. 1 (2004), p. 293 y ss.; BEBCHUK / FRIED, "Executive Compensation at Fannie Mae: A Case Study of Perverse Incentives, Nonperformance Pay and Camouflage". En: *J.Corp.L.* 30 (2005), p. 807 y ss. Parecen orientarse en la misma dirección las consideraciones de Gómez-Benítez, Remuneración, passim al hablar de remuneraciones "simuladas".

(51) BEBCHUK / FRIED, *Berkeley Business Law Journal* 1 (2004), p. 296. Otro elemento característico que apuntan estos autores es que este tipo de acuerdo difiere sustancialmente de los acuerdos que las empresas alcanzan con el resto de sus empleados.

(52) BEBCHUK / FRIED, *Berkeley Business Law Journal*. 1 (2004), p. 298 y ss.

(53) Ibídem, p. 302 y ss.

Pues bien, en esta breve comunicación solo se va a hacer referencia a los dos primeros, ya que, con diferentes matices que, ciertamente, no puede obviarse, han sido objeto de dos pronunciamientos judiciales recientes de extraordinaria importancia en la Europa continental que, quizás, admiten el calificativo de contradictorios. Se trata del caso BSCH en España y del caso *Mannesmann* en Alemania.

3. Muy brevemente, se puede indicar que en el caso BSCH[54] se absolvió en primera y segunda instancia a los entonces Presidente, Vicepresidente y Consejero Delegado de dicha entidad Bancaria del delito de administración desleal del que venían siendo acusados por la concesión y percepción, entre otros conceptos[55], de 108.182.178,78 Euros por el Consejero Delegado y de 43.750.000 Euros (*bonus* de reconocimiento) más 7.000.000 Euros anuales (pensión de jubilación) por el Vicepresidente. Los principales motivos aducidos por la Justicia española para negar la ilicitud penal de dichos comportamientos son, fundamentalmente, primero, que en materia de retribución de administradores no existe ninguna clase de límite legal o convencionalmente acuñado; segundo, que no se vulnera normativa mercantil o social sobre remuneraciones habiendo sido ratificadas por el Consejo de Administración, aprobadas por la Junta General y con conocimiento del Banco de España[56].

4. En el caso Mannesmann, [57] por el contrario, el Tribunal Supremo alemán revocó el sobreseimiento de las instancias anteriores respecto del delito de administración desleal por el que venían siendo acusados el entonces Presi-

(54) Sobre el caso BSCH no existen hasta el momento excesivos comentarios; vid. GÓMEZ BENÍTEZ, Reumeración, passim; FARRANDO, *RdS.* 27 (2006), pp. 357 ss. Comentarios sobre la situación anterior a la resolución del Tribunal Supremo español pueden consultarse en NIETO MARTÍN / FOFFANI, *RP.* 17 (2006), p. 124 y ss.

(55) En el caso del Ex-Vicepresidente se preveía también diversas retribuciones en especie (p.ej. secretarias, despacho, servicios de vehículos y conductos, ..etc.).

(56) Vid. FARRANDO, *RdS.* 27 (2006), p. 386 y ss y pássim aduciendo otros argumentos que también fueron encaminados en dicha dirección.

(57) Sobre la resolución del Tribunal Supremo alemán en el caso Mannesmann vid., entre otros, DEITERS, "Organuntreue durch Spenden und prospektiv kompensationslose Anerkennung". En: *ZIS* 4/2006, p. 152 y ss.; RANSIEK, "Anerkennungsprämien und Untreue – Das "Mannesmann" Urteil des BGH". En: *NJW* 2006, p. 814 y ss.; PELTZER, "Das Mannesmann-Revisionsurteil aus der Sicht des Aktien- und allgemeinen Zivilrecht". En: *ZIP* 2006, p. 205 y ss.; SPINDLER, "Vorstandsvergütungen und Abfindungen auf dem aktien- und strafrechtlichen Prüfstand – Das Mannesmann-Urteil des BGH". En: *ZIP* 2006. p. 349 y ss.; SCHÜNEMANN, "Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes". En: *NStZ* 2006, p. 196 y ss. [= "El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal", en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, Cap. IV]; Hamm, "Kann der Versto*ß* gegen Treu und Glauben strafbar sein?". En: NJW 2005, p. 1993 y ss.; Binz, "Ackermann & Co: Gutsherren oder Gutsverwalter? – Eine Nachlese zum Mannesmann Urteil des BGH vom 21.12.2005". En: Betriebsberater 2006, p. 1 y ss.; VOGEL / HOCKE, "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.12.2005". En: *JZ* 2006, p. 568 ss.; RÖNNAU, "Anmerkung". En: *NStZ* 2006, p. 218 y ss.; Kudlich, JA 2006, p. 171 y ss.; MAIER, "A Close Look at the Mannesmann Trial". En: *German Law Journal* 7 (2006), p. 603 y ss.

dente del Consejo de Administración y otros Consejeros, así como al antiguo Presidente, por la concesión y percepción de aproximadamente 31.000.000 euros por el Presidente, 1.890.000 euros, 1.380.000 euros, 1.020.000 euros, 770.000 euros para los consejeros y 4.8 millones de euros al antiguo Presidente en bonus de reconocimiento y pensiones de jubilación. El principal motivo para revocar el sobreseimiento fue que dichas bonificaciones de reconocimiento no se produjeron en interés social (*Unternehmensinteresse*) entendido como el interés de los accionistas, de los grupos de interés y del público en general –no reportaban beneficios para la empresa–, siendo irrelevante el consentimiento accionarial a estos efectos.

5. A la vista de la diferente solución que han planteado estos dos conocidos casos se plantean, al menos, los siguientes interrogantes. Así, en **primer lugar**, y pecando de simplismo, llama la atención que la Sala Segunda del Tribunal Supremo considerara que remuneraciones superiores a 100 millones de euros fueran habituales en el mercado internacional, mientras que remuneraciones sustancialmente inferiores fueran consideradas por el máximo órgano judicial alemán como exorbitantes y necesitadas de una especial justificación(58) –y ello sin incluir el hecho de que las remuneraciones de los altos directivos de empresas multinacionales alemanas son sustancialmente superiores a las percibidas por altos directivos de empresas multinacionales españolas(59)–.

6. En **segundo lugar**, se plantea una diferencia sustancial entre la relevancia que otorga, *ab initio*, el Tribunal Supremo español a la aprobación por la Junta General –aunque fuera *ex post*– y la irrelevancia del consentimiento del socio absolutamente mayoritario en el caso Mannesmann para el Tribunal Supremo alemán –y ello a pesar de que el porcentaje de este último en la sociedad era mucho mayor el porcentaje total de socios que, en el

(58) En realidad, se trata de un problema, probablemente, más general: la necesidad de observar una cierta proporcionalidad en la remuneración de los ejecutivos. Dicha proporcionalidad se encuentra expresamente prevista en la legislación alemana –§ 87.1 *AktG*– y fue extensamente utilizada por el Tribunal Supremo alemán en el caso Mannesmannpero no parece haber tenido un reflejo jurídico-positivo en España más allá de la expresión contenida, *ad exemplum*, en el Informe Olivencia núm. II.7.2 en el sentido de que "la moderación es la regla que ha de presidir las decisiones que se adopten en este campo". En Estados Unidos el canon de proporcionalidad puede observarse en el hecho de que la negociación entre quienes perciben la remuneración y quienes la deciden debe hacerse "at arm's length". De ahí que, como se ha tenido ocasión de apuntar con anterioridad, se cuestione que este tipo de negociaciones entre Consejo y Ejecutivo puedan, en puridad, llevarse a cabo sobre la base de dicho principio propio de las operaciones vinculadas. Ciertos criterios de la práctica estadounidense –fundamentalmente el del *Deficit Reduction Act*– son utilizados por SCHÜNEMANN, Mannesmann, § III para considerar que existen una vulneración de la proporcionalidad y, por tanto, un error en la discrecionalidad del CdA.

(59) Vid. MORGENSON, "Explaining (Or Not) Why the Boss Is Paid So Much". En: *New York Times*, 25 de enero de 2004, § 3, 1.

caso español, ratificaron el abono de las cantidades referidas anteriormente. No obstante lo dicho, debe advertirse que los procesos de decisión accionarial en ambos casos fueron sustancialmente diversos, por lo que dicha diferencia puede, quizás, fundamentarse en dicho aspecto.

7. En **tercer lugar**, y continuando con este razonamiento, resulta notable el hincapié que efectúa el Tribunal Supremo español en la observancia de las reglas procedimentales por contraposición a la extraordinaria acentuación que efectúa el Tribunal Supremo alemán del elemento material de favorecimiento de los intereses sociales que deben tener las remuneraciones, sean de la clase y cuantía que sean, a los administradores –en concreto el efecto incentivador (*Anreizwirkung*) que debe tener sobre el perceptor de la remuneración. Sobre ello, como se verá a continuación, la legislación y la jurisprudencia estadounidense han avanzado mucho últimamente.

4. El problema candente en la realidad empresarial estadounidense: la "predatación" (*Backdating*) de las opciones sobre acciones (a propósito del caso Brocade Communications)

1. En tiempos relativamente recientes el panorama empresarial estadounidense se ha visto asolado por una ola de escándalos referidos a la remuneración de ejecutivos que ha captado de manera extraordinaria la atención de expertos y público en general –por no hablar de la S.E.C. y los fiscales federales de aquel país–[60]. Como consecuencia de ello, por el momento, el organismo regulador estadounidense ha investigado a más de 130 empresas en EE.UU. y se ha condenado, entre otros, al *C.E.O.* de la conocida empresa *Brocade Communications*. La imputación penal, entre otros[61], de su homólogo en la conocida empresa *Broadcom* en el año 2008 hace

(60) Vid. entre las numerosas publicaciones aparecidas recientemente vid. FRIED, "Option Backdating and Its Implications". En: *Wash. & Lee L.Rev.* 2008; KWALL / DUHL. *Backdating*. 2008, p. 1 y ss., tratando de diferenciar entre la opción legítima y la fraudulenta a la hora de predatar; sobre el efecto demoledor que han tenido ciertos casos sobre la cotización de las empresas implicadas (declines de entre un 20 % y un 50 %) vid. BERNILE / JARREL / MULCAHEY. "The Effect of the Options Backdating Scandal on the Stock-Price Performance of 110 Accused Companies". En: *Simon School Working Paper No. FR 06-10*, 2006. p. 1 y ss.; sobre las causas de su propagación por un número tan significativo de empresas vid. BIZJAK / LEMMON / WHITBY, "Options Backdating and Board Interlocks". En: *AFA 2008 New Orleans Meetings Paper*, pp. 1 ss.; CICERO. *Strategic Timing and Backdating of Executive Stock Option Exercises: Before and After the Sarbanes-Oxley Act*. 2007, analizando los efectos de la conocida legislación Sarbanes Oxley sobre este tipo de compensación; un análisis económico sumamente interesante lo ofrecen NARAYANAN / SCHIPANI / SEYHUN, "The Economic Impact of Backdating of Executive Stock Options". En: *Michigan L.Rev.* 105 (2007), p. 1597 y ss., comparando las pérdidas que supuso esta práctica para los accionistas y las ganancias que devengó para los ejecutivos; en un sentido similar BERNILLE / JARREL, The impact of the options backdating scandal on shareholders, 2007, p. 1 y ss. Vid. asimismo el trabajo de WALKER, "Unpacking Backdating: Economic Analysis and Observations on the Stock Option Scandal". En: *B.U. L.Rev.* 87 (2007), p. 561 y ss.

(61) La imputación de tres altos ejecutivos –C.E.O., C.F.O. y G.C.– de la empresa *Comverse Technology Inc*. ha provocado igualmente una importante agitación en el ámbito de los ejecutivos de aquel país.

planear de manera ostensible la amenaza penal sobre un buen número de procedimientos abiertos(62).

2. La mecánica consiste, en la mayor parte de los casos(63), en "predatar" la fecha en la cual se concede (*grant date*) al ejecutivo la opción sobre las acciones, de tal manera que se busca una fecha de cotización baja de la acción para que la diferencia entre el precio de concesión (*strike price*) y de venta sea mayor –y, por tanto, el ejecutivo perciba una remuneración sustancialmente más elevada–. El principal problema es que ello conlleva una sustitución "subrepticia" de dos conceptos fundamentales –sobre todo, aunque no exclusivamente, a efectos fiscales de posibilidad de deducirse dichos gastos(64)– como son compensaciones "at-the-money" (compensación por prestación) y compensaciones "in-the-money" (liberalidades).

3. En términos generales, como no puede ser de otra manera, se reconoce que el CdA tiene libertad para remunerar a los ejecutivos de la empresa. Sin embargo, la vulneración del *Stock Option Plan* –que es lo que ocurre al predatar las opciones– por parte del CdA comporta una vulneración de deber de lealtad puesto que "se trata de uno de esos casos poco frecuentes en los que la operación resulta tan egregia que la aprobación por parte del CdA no puede cumplir con los requisitos de la *Business Judgment Rule* y, en consecuencia, se incrementa sustancialmente la posibilidad de que los consejeros incurran en responsabilidad"(65).

4. Un problema –no menos importante– que lleva aparejado esta práctica es que, en la mayoría de las ocasiones, se produce una variación sustancial

(62) En este sentido, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento estadounidense se están iniciando de manera paralela investigaciones de carácter civil y penal sobre los mismos hechos. Sobre la constitucionalidad de la simultaneidad de las investigaciones vid. la reciente sentencia de 4 de abril de 2008 en el caso *Stringer* [*United States v. Stringer* 2008 WL 901563 (9th Cir. 2008)] que ha recabado mucha atención ya que revoca un sobreseimiento previo del Juez de Distrito que había sido dictado por la vulneración del derecho de defensa de los imputados al haberse llevado a cabo simultáneamente ambas investigaciones. Sobre esta cuestión, en general, vid. DUNST, "The Future of Parallel Criminal-Civil Investigations: Business As Usual or Increased Judicial Oversight?". En: *BNA White Collar Crim. Rep.* del 17 de Marzo de 2006. y el Informe Especial de la *Washington Legal Foundation* sobre *Federal Erosion of Business Civil Liberties*.

(63) Sobre los diversos tipos de *Backdating* vid. FRIED, *Wash. & Lee L.Rev.* 2008.

(64) En este sentido debe tenerse en cuenta que las compensaciones "in-the-money" no se consideran como "compensaciones relacionadas con la prestación" (*performance-based compensations*) de los ejecutivos y, por tanto, no son deducibles como gastos de la empresa [vid. extensamente FLEISCHER, "Options Backdating, Tax Shelters and Corporate Culture". En: *Va.Tax Rev.* 26 (2007), p. 1039 y ss.

(65) *Ryan v. Gifford,* C.A. No. 2213, 2007 WL 416162 (Del. Ch. Feb. 6, 2007). Otra decisión igualmente fundamental de la Corte de Delaware –auténtico referente en la práctica empresarial estadounidense– en una cuestión sumamente relacionada –el *Spring Loading*– es *In Re Tyson Foods, Inc. Consolidated Shareholder Litigation*, también del 6 de febrero de 2007, y en ambos considera si se demuestra que dichas prácticas fueron intencionales, se vulneraría el elemento de la "buena fe" incluido en el deber de lealtad de los administradores.

de los estados financieros de la sociedad y, en consecuencia, las demandas de los inversores –tanto en forma de *class actions* como de *derivative actions*– no se hace esperar, por lo que, en puridad, el perjuicio para la sociedad es doble. No solo se abona una mayor cantidad a los ejecutivos, sino que, además, la empresa –y el CdA– se ve expuesto a las acciones de los inversores que pretenden resarcirse del "extra" pagado a tal respecto y/o de la disminución en la cotización de las acciones como consecuencia del *Financial Restatement* al que se ve obligado la compañía.

5. Por ello, no es de extrañar que una cuestión fundamental en este ámbito sea la aprobación por parte de los accionistas de la "predatación". Y es que, no en vano, la Agencia Tributaria estadounidense (*I.R.S.*) exige, como condición para el tratamiento fiscal más benigno que reciben aquellos *Stock Option Plans* basados en incentivos –y ello recuerda a la argumentación del TS alemán sobre el efecto incentivador que deben tener las remuneraciones a los administradores– que estos sean aprobados por los accionistas. Ello coincide con uno de los cambios más notables de los últimos tiempos llevados a cabo por la S.E.C. como es requerir, para todas las compañías cotizadas, la aprobación de los *Equity Compensation Plans* –incluidos, claro está, los *Stock Options Plans*– por parte de los accionistas en un intento, como explicita la propia Comisión, de incrementar la transparencia.

6. En el caso *Brocade Communications* se condenó a su C.E.O., Gregory Reyes, a casi dos años de prisión (21 meses) por haber predatado las opciones sobre las acciones en los años 1999 a 2004. La diferencia existente entre la cuantía que se publicó en los estados financieros de la compañía referente a la fecha de concesión real de las *Stock Options* y la que finalmente se concedió era, solo para el año 2004, de más de 430 millones de dólares(66). Una de las cuestiones que más pesó en el análisis del caso fue, precisamente, que él era el único miembro de la comisión de retribuciones –lo cual resulta permisible de conformidad con la legislación del Estado de Delaware– y la información que proporcionó a los accionistas había sido debidamente "disimulada".

V. CONCLUSIONES

1. La remuneración de los administradores comportante, tanto en la esfera nacional como internacional, importantes dificultades para determinar dónde finaliza el ámbito de discrecionalidad propio de la empresa y donde comienza el *ius puniendi* estatal –sin olvidar, por supuesto,

(66) Complaint, *SEC v. Reyes*, Canova, and Jensen, No. C 06-4435(N.D. Cal. Jul. 20, 2006). Sobre este y otros casos conocidos vid. de manera extensa MCWILLIAMS. *Shock Options: The Stock Options Backdating Scandals of 2006 and the SEC's Response.* 2007, p. 16 y ss.

el escalón anterior proporcionado por el Derecho Mercantil–. La *Business Judgment Rule* y el *Pay For Performance* parecen proporcionar, al menos, ciertos criterios razonables para determinar en qué momento se traspasa la delgada línea que, en ciertas ocasiones, separa estos mundos y se infringe el deber de lealtad al que están obligados los administradores. Por ello, como se ha podido observar, las resoluciones de los Tribunales Superiores alemán y español incorporan, de manera más o menos explícita, dichos criterios en sus razonamientos.

2. No obstante, la acentuación en cada uno de los casos de los diferentes aspectos que comportan dichos criterios resulta un tanto divergente. A la vista de la importancia que tienen dichos criterios a la hora de determinar si se ha infringido el deber de fidelidad / lealtad propio de los administradores –tanto en los arts. 252/295 CP español, como en el § 266 *StGB*– , da la impresión de que la resolución del Tribunal Supremo español es más tributaria de la concepción que existía a finales del siglo XX y principios del siglo XXI respecto de este tipo de remuneraciones extraordinarias. El movimiento actual de Gobierno Corporativo, con las mayores exigencias que comporta en numerosos ámbitos, parece que hubiera llevado obligado al Tribunal Supremo español a otro tipo de razonamientos caso de haberse producido ese tipo de comportamientos hoy en día.

3. Ello parece verse reforzado por las actuales tendencias en el panorama judicial estadounidense hasta el punto de que uno de los Estados más proclives a la regla del "buen juicio empresarial" considera que los deberes reforzados de transparencia que imperan hoy en día obligan al CdA a requerir previamente la aprobación de los accionistas para cualquier tipo de remuneración basado en las prestación que los ejecutivos deben realizar a favor de la empresa. Por ello no sería de extrañar que la apuntada jurisprudencia del Tribunal Supremo español tenga una vigencia sumamente limitada en el marco de la actual discusión sobre Gobierno Corporativo y Derecho Penal que está teniendo lugar a nivel internacional.

Engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa, entre política criminal y dogmática (reflexiones de Derecho Comparado)[*]

Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO[**]
(Chile)

SUMARIO: I. La calificación del engaño como problema político. **II.** ¿Decisión política en razón de método dogmático? La normativización de la estafa en España. **1.** La doctrina de la imputación objetiva del resultado. **2.** Las doctrinas del engaño como lesión de un deber de veracidad. **III.** Consecuencias.

Este artículo se hace cargo del nivel de protección de la víctima que debe garantizarse a través del elemento engaño en la estafa. No tematiza, sin embargo, ninguna respuesta concreta a esa pregunta, sino la tensión existente entre argumentos político-criminales y dogmáticos en la discusión, específicamente desde un punto de vista iuscomparatístico.

De este modo se tocan simultáneamente dos aspectos centrales en la obra científica de Klaus Tiedemann: por una parte el Derecho Penal de la estafa, al que el homenajeado le ha dedicado numerosos artículos[1], comentarios (entre

(*) Versión en español, con variaciones mínimas, de la contribución del autor al libro-homenaje editado por los profesores alemanes discípulos del profesor Klaus Tiedemann en conmemoración de su septuagésimo cumpleaños (SIEBER et ál editores, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008). Tal como entonces, vayan estas modestas páginas como muestra de admiración y agradecimiento al maestro de Freiburg.

(**) Doctor en Derecho (Freiburg). Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

(1) Entre otros: Der Subventionsbetrug, ZStW 86 (1974), p. 897 y ss.; Der Vergleichsbetrug, en Kohlmann (editor), Festschrift für Ulrich Klug, 1983, p. 405 y ss.; Submissionskartell als Betrug? ZRP 1992, p. 149 y ss.; Der Subventionsbetrug – Ausgangspunkt eines supranationalen europäischen Strafrechts, AGON Nº 25 (1999), p. 19 y ss.; Das Betrugsstrafrecht in Rechtsprechung und Wissenschaft, en ROXIN et ál (editores), 50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, T. IV p. 551 y ss.; Streifzug durch das Betrugsstrafrecht, Jura 2000, p. 533 y ss. (conjuntamente con *Wassmer*).

ellos la impresionante última edición del *Leipziger Kommentar*)[2] y libros[3], referidos tanto al tipo base del § 263 del Código Penal alemán (StGB), como a los tipos complementarios del mismo (cuya aparición demuestra además la influencia del autor en la política legislativa); por la otra su permanente interés, en absoluto evidente para la ciencia penal alemana, por el Derecho Comparado como fuente relevante de conocimiento[4].

I. LA CALIFICACIÓN DEL ENGAÑO COMO PROBLEMA POLÍTICO

Cuál es el nivel de protección que debe garantizarse a la víctima a través del tipo de estafa es la cuestión que acompaña e incluso define la discusión sobre los límites de esta figura penal. La pregunta puede aparecer tanto a propósito del elemento engaño, como con ocasión del error o del perjuicio patrimonial. Aquí se abordará exclusivamente la discusión en torno a los límites del **engaño** típico, que, con diferencias importantes respecto del estado de la discusión en Alemania, es el que domina la discusión en España y en Iberoamérica.

En ese contexto la pregunta por el nivel de protección de la víctima implica una decisión en torno a si el engaño típico requiere algún grado de **calificación** o si, por el contrario, la **simple inveracidad** satisface las exigencias de dicho elemento típico. Como es sabido, en los distintos ordenamientos rigen soluciones totalmente diferentes:

En el caso **alemán** la opinión dominante se inclina por la segunda alternativa. Ni el tenor literal de la ley ni la historia del establecimiento del § 263 StGB ni, sobre todo, el ampliamente reconocido merecimiento de pena de las víctimas de engaños simples dan ocasión para la aceptación de una exigencia restrictiva de calificación[5]. Opiniones en contrario, sobre todo a partir de consideraciones **victimodogmáticas** han permanecido aisladas[6].

(2) Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch [LK], 10ª edición (§§ 264, 265 b), 1979/85; 11ª edición (§§ 264-265 b, 263 a, 263), 1997/98/2000.

(3) Subventionskriminalität in der Bundesrepublik, 1974; Wirtschaftsbetrug, 1999.

(4) Cuando en el prólogo a la cuarta edición del tratado de Roxin (2006) se destaca la incorporación por primera vez en el mismo de referencias a la literatura extranjera, se puede leer que "en una época en que la cooperación internacional en el ámbito del derecho penal y especialmente de sus 'doctrinas generales' se vuelve cada vez más estrecha (…) una presentación de los fundamentos político-criminales y dogmáticos del derecho penal no puede limitarse más a la literatura nacional" (p. VII). Con ese trasfondo se entiende mucho mejor el gran significado de la generosa consideración de literatura extranjera (también sudamericana) ya en el escrito de habilitación de nuestro homenajeado (cfr. Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, p. 404 y ss.).

(5) Por todos LK/TIEDEMANN, Previo a § 263 marg. 36 y ss.

(6) Entre otros ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, p. 271 y ss.; HASSEMER, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, pássim; HILGENDORF, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, 1998, p. 110 y ss.

Tanto en el Derecho **inglés** como en el Derecho **estadounidense** rige en general lo mismo[7]. En el Derecho **italiano** se renuncia también en principio a una restricción en ese sentido, desde que el Código de 1930 (art. 640) abandonara la exigencia expresa de idoneidad del engaño (artificio raggiri *atti a ingannare*) contenida en el Código Zanardelli de 1889[8], sin perjuicio de que un sector no despreciable de la doctrina italiana abogue ya *de lege lata* por una restricción del engaño relevante[9].

Por el contrario, la exigencia de un engaño calificado se encuentra bastante extendida, especialmente en los ordenamientos que se encuentran bajo la influencia de la tradición iniciada por el *Code pénal* de 1810. Desde luego en el Derecho **francés**, mediante la aplicación del concepto de *manoeuvres frauduleuses* (art. 313-1 CP) se exige la presencia de un engaño calificado, que conduce fundamentalmente a la exclusión del ámbito de la tipicidad de la simple mentira (*simple mensonge*)[10]. Algo similar rige para el derecho *suizo* con su elemento típico del *arglistiges Handeln* (§ 146 StGB)[11] y especialmente para el Derecho español, con su enorme influencia en el espacio iberoamericano, que desde la reforma de 1983 exige en sus códigos expresamente un "engaño bastante" (art. 248 CP de 1995)[12].

Estas distintas soluciones expresan la respuesta nacional a las cuestiones de **legitimación** más importantes del Derecho Penal de la estafa, como son las concernientes a la legítima división de tareas entre el Derecho Civil y el Derecho Penal respecto del engaño en el tráfico económico, a la importancia de la autorresponsabilidad de la víctima así como a las relaciones entre Derecho Penal y moral social económica[13]. Parecen responder simplemente a distintos desarrollos sociales, culturales e histórico-jurídicos, con lo que se confirma que la cuestión en torno al nivel de protección de la víctima en sede de engaño es en primera línea una cuestión de política criminal[14].

(7) Una documentada síntesis desde la perspectiva de la dogmática continental WAGEMANN. *Die Geschichte des Betrugsstrafrechts in England und den amerikanischen Bundesstaaten*. 2005, p. 423 y ss.

(8) Al respecto DE FRANCESCO / ZANCHETTI, en CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ (directores), *Commentario breve al Codice penale*. 2ª edición, 1999, art. 640 marg. 8; véase también MARINUCCI / DOLCINI. *Codice penale commentato*. 2ª edición, 2006, art. 640 marg. 7 y ss.

(9) Ya PEDRAZZI. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. 1955, p. 234 y ss.; FIANDACA / MUSCO. *Diritto penale. Parte speciale*. 2005, p. 170 y ss.

(10) Al respecto MAYAUD. *Code pénal*. 100ª edición, 2003, art. 313-1 Nº 38 y ss.; LARGUIER / CONTE. *Droit pénal des affaires*. 11ª edición, 2004, p. 106 y ss.; WALTER. *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*. 1999, p. 80 y ss.

(11) Al respecto LK/TIEDEMANN, Previo a § 263 marg. 52.

(12) Al respecto, por todos, BAJO FERNÁNDEZ. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. 2004, p. 32 y ss.

(13) VOGEL. "Legitimationsprobleme beim Betrug" en SCHÜNEMANN (editor). *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, p. 93 y ss.

(14) LK/TIEDEMANN, Previo a § 263 marg. 34, 94.

En la medida en que la ley no contiene una solución absolutamente inequívoca –como suele ser el caso– el grado de protección de la víctima a través del tipo de estafa resulta fundamentalmente de una decisión política, cuya corrección luego se intenta demostrar y afianzar a través de construcciones dogmáticas. Desde luego no puede ponerse en duda que los métodos de la dogmática (interpretación y sistematización) pueden desempeñar un rol importante y hasta decisivo en la implementación de la convicción política. Dentro del sentido literal posible de la ley, sin embargo, el impulso va desde la política a la dogmática y no al revés.

Si existe una opinión dominante relativamente afianzada, la discusión en cuanto a los límites entre el injusto penal y la habilidad negocial se mueve por regla general en un nivel no inmanente a la dogmática. En ese contexto los esfuerzos por justificar una calificación restrictiva del engaño *de lege lata* se construyen mayoritariamente a partir de consideraciones jurídico-constitucionales o de otro tipo de premisas supra o extralegales, y no simplemente a partir del método dogmático. Así, por ejemplo, en Alemania la opinión minoritaria o bien argumenta en el plano constitucional, como es el caso de la interpretación restrictiva del § 263 StGB propuesta por *Naucke* a partir del art. 103 II de la Constitución alemana (principio de reserva legal)(15) o bien con criterios de ética política, como ocurre con las distintas variantes de la ya mencionada aproximación victimodogmática. Quien, por el contrario, aboga en ese país por la opinión dominante no argumenta solo con el tenor literal de la ley o con la historia de su establecimiento, sino que suele recurrir a los principios del Estado social(16).

De ahí que del progresivo desarrollo y refinamiento de la dogmática jurídico-penal se puedan esperar más bien impulsos para una interpretación más precisa y coherente, en el sentido, entre otros, de explicar mejor y fortalecer el nivel de protección que se tiene por legítimo. Pero en lo que dice relación con la **determinación misma** de dicho nivel de protección pareciera que las pretensiones deben ser mucho más modestas, a lo más centradas en posibles correcciones marginales que no afecten el grueso de la decisión política.

En particular esto cabe predicarlo también de la creciente **normativización de la dogmática** en su aplicación a la interpretación del tipo de estafa. Todo indica que los resultados a que se arribe se moverán dentro de los límites del consenso político-criminal. A continuación se pretende ofrecer una demostración de ello, a partir del examen de los alcances y consecuencias de la normativización de la dogmática de la estafa en España, en especial respecto

(15) NAUCKE. *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*. 1964, p. 182 y ss.
(16) Así LK/TIEDEMANN, Previo a § 263 marg. 36, 94; § 263 marg. 8.

del elemento engaño, en comparación con el desarrollo, al parecer similar, habido en Alemania sobre la misma materia.

II. ¿DECISIÓN POLÍTICA EN RAZÓN DE MÉTODO DOGMÁTICO? LA NORMATIVIZACIÓN DE LA ESTAFA EN ESPAÑA

La especial importancia que en este contexto tiene la discusión española en torno a la estafa no radica solo en los excelentes e internacionalmente reconocidos rendimientos de la dogmática peninsular en las últimas décadas (con su enorme influencia en el ámbito iberoamericano), sino también porque exhibe una cierta tendencia a entender la decisión política en cuanto al nivel de calificación del engaño como una consecuencia de la correcta construcción dogmática.

Como ya se mencionó, en el debate jurídico de ese país predomina la opinión conforme a la cual engaño típico solo puede ser una mentira calificada. Esta opinión tradicional se habría visto confirmada por el legislador al exigirse desde 1983 expresamente un "engaño bastante". En todo caso, el texto legal opera más como confirmación que como razón de algo que la mayoría simplemente aprecia como de Perogrullo, tanto desde un punto de vista social como jurídico. Al respecto se suele argumentar con el principio de última ratio, con la división de tareas entre el Derecho Civil y el Derecho Penal o con el principio de autorresponsabilidad(17).

En ese contexto la recepción de los impulsos normativistas provenientes especialmente desde Alemania no solo ha contribuido a un análisis más preciso del tipo de estafa, sino que también ha servido como argumento adicional de justificación de la opinión dominante, especialmente en la medida en que se trata de límites normativos generales de la imputación jurídico-penal. También en materia de estafa se enfatiza la superación del pensamiento causal-naturalista(18), como si la tipicidad de la simple mentira solo fuera imaginable sobre la base de un pensamiento de ese tipo. No se plantea de ningún modo que dicha tipicidad pudiera fundarse, por ejemplo, en una prohibición general (de base totalmente normativa) de la mentira en el tráfico jurídico. Por cierto debe concederse que la determinación *ex post* de un nexo causal entre engaño y error o disposición patrimonial resulta especialmente funcional a una consideración indiferenciada de cualquier tipo de mentira. Sin embargo, el paso hacia visión normativista no dice todavía nada sobre

(17) Por todos SILVA SÁNCHEZ en SALVADOR CODERCH / SILVA SÁNCHEZ. *Simulación y deberes de veracidad*. 1999, p. 99 y ss.

(18) SILVA SÁNCHEZ habla de "giro normativista" en la dogmática de la estafa en el prólogo de la tesis doctoral de Pastor Muñoz, citada más abajo (p.12).

los criterios que deben ser decisivos para la consideración *ex ante* del engaño ni, con ello, sobre el nivel de protección de la víctima.

Lo realmente sorprendente es que los desarrollos pertinentes en la dogmática alemana en caso alguno conducen a las restricciones del tipo que con su ayuda se persiguen en la literatura española, aspecto con el cual esta última poco se ha confrontado.

Los desarrollos más importantes al respecto en la dogmática española se hacen cargo de variantes de la doctrina general de la imputación objetiva. Por una parte se trata del intento por aplicar los criterios ampliamente reconocidos de la llamada imputación objetiva del resultado a la imputación del error típico al engaño, por la otra de la lectura del engaño típico como lesión de un deber de veracidad. A continuación se exponen someramente (a través de autores representativos) ambos desarrollos:

1. La doctrina de la imputación objetiva del resultado

Ejemplo de lo primero lo ofrece la contribución de Mercedes Pérez Manzano al simposio en honor de nuestro homenajeado con motivo del otorgamiento a este del Doctorado *honoris causa* por la Universidad Autónoma de Madrid en 1992[19]. Con apoyo en Roxin la autora desarrolla los presupuestos de la imputación del error o de la disposición patrimonial perjudicial a la conducta del autor. En ese contexto afirma que la mentira groseramente inverosímil no crearía ningún riesgo prohibido en el sentido del tipo, porque desde una perspectiva *ex ante* se demostraría que nadie creería en una mentira de esas características[20]. "Nadie" significa, sin embargo, en rigor, ningún partícipe razonable en el tráfico comercial[21], donde por razonable se entiende no solo la consideración fiel de la experiencia común en el pronóstico de error, sino la calidad de ser desconfiado y escéptico. Así, a través de exigencias especiales a la víctima se restringe considerablemente la amplitud del pronóstico que sirve de base a la fundación del riesgo prohibido. A la situación de víctimas que no están a la altura de esas exigencias pero que

(19) PÉREZ MANZANO. "Acerca de la imputación objetiva en la estafa". En: AA. VV. *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*. 1995, p. 285 y ss. La aplicación de la doctrina de la imputación objetiva en la estafa no era una novedad para la literatura española, y se la encuentra ya, entre otros, en TORÍO LÓPEZ. "Acción y resultado típico en la estafa procesal". En: AA. VV. *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. 1982, p. 877 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ. *Función y contenido del error en el tipo de estafa*. ADPCP 1985, 333 (= El mismo, *Estudios penales*, 2001, p. 149 y ss.); VALLE MUÑIZ. *El delito de estafa*, 1987, p. 163 ss. Probablemente, sin embargo, el trabajo de PÉREZ MANZANO contenga la primera exposición completa de dicha aplicación. La influencia del modelo en Iberoamérica es grande: véase, entre otros, en Chile FERNÁNDEZ. "Engaño y víctima en la estafa". En: *Revista de Derecho* (PUCV) T. XXVI (2005-I), 181; en Argentina, NAMER. *Estafa e imputación objetiva*. 2002.

(20) PÉREZ MANZANO. *Jornadas*, p. 294 s.

(21) Ídem.

en razón de circunstancias extraordinarias (incapacidad, socialización exótica, etc.) todavía parecen dignas de protección solo se presta atención cuando tales circunstancias han sido conocidas por el autor en la forma de un "conocimiento especial"(22). A esto se suma un segundo criterio, que no necesariamente coincide con el primero, consistente en que la creación de un riesgo prohibido dependería de que la víctima hubiera sido lo suficientemente atenta y cuidadosa(23).

Ahora bien, incluso cuando se cumplen estos requisitos la imputación objetiva puede decaer, en la medida en que la mentira se encuentre dentro del ámbito del **riesgo permitido**, lo que abiertamente implicaría el reconocimiento de un ámbito de inveracidades socialmente útil y necesario(24). Por último, el resultado debería imputarse a otro ámbito de responsabilidad, concretamente al ámbito de responsabilidad de la víctima, cuando esta no cumpliera con sus **deberes de autoprotección**(25).

Estos resultados coinciden plenamente con la mirada restrictiva de la estafa que es propia y característica de la tradición jurídica española. En esa medida el recurso a la doctrina de la imputación objetiva del resultado representa más una nueva presentación de resultados ya consolidados que una nueva fundamentación de los mismos. Puesto que estos no resultan –o al menos no resultan necesariamente– del llamado diagnóstico objetivo con que se verifica la creación del riesgo(26), sino que de la restricción del punto de vista relevante para el enjuiciamiento *ex ante* del riesgo al punto de vista propio de un observador "razonable". Tanto esa restricción como la imposición de deberes de autoprotección no son inmanentes al método de la imputación objetiva, sino que responden más bien a una antigua decisión política, respecto de la cual la doctrina de la imputación objetiva se comporta de un modo neutral.

Más aún: sin esa restricción la aplicación de los criterios comunes de la imputación objetiva debería llevar por regla general a la afirmación de la creación de un riesgo prohibido también en los casos de engaños burdos, pues esa cualidad del engaño incide a lo más en la magnitud de su significado estadístico, pero no excluye en lo fundamental la posibilidad jurídicamente relevante de un error. Solo podría regir otra cosa si se hace depender la relevancia de esa posibilidad del merecimiento de protección de la víctima, lo que, sin embargo habría de ser determinado conforme a una argumentación que responde a otros principios. Del mismo modo debe fracasar el recurso

(22) PÉREZ MANZANO. *Jornadas*. p. 295.
(23) Ibídem, p. 297.
(24) Así, expresamente aunque sin mayores precisiones, PÉREZ MANZANO. *Jornadas*. p. 298 y ss.
(25) Ibídem, p. 305 y ss.
(26) ROXIN. *Strafrecht AT*. 4ª edición, 2006, § 11 marg. 40, 56 y ss.

a la idea de autopuesta en peligro o de imputación del error al ámbito de responsabilidad si no se le agregan elementos normativos adicionales, en la medida en que se trata de víctimas que por definición actúan **inconscientemente**, sin conocimiento de la inveracidad y, con esto, del riesgo de error(27). Por todo ello, el efecto restrictivo solo se puede alcanzar cuando se le imponen a la víctima deberes especiales de autoprotección, lo que, sin embargo, requeriría un fundamento adicional que no proporciona la doctrina general de la imputación objetiva(28) y que su recepción tampoco se ha dado el trabajo de explicitar.

2. Las doctrinas del engaño como lesión de un deber de veracidad

A primera vista la situación parece ser diferente tratándose de la concepción del engaño como lesión de un deber de veracidad, inscrita nítidamente en la corriente que hace depender la **imputación objetiva de la conducta** de la infracción de deberes propios del respectivo ámbito de competencia(29). La exigencia derivada de dicha concepción en cuanto a que en la estafa el autor debe ser **garante** respecto de la víctima no solo en los casos de engaño por omisión sino también en todas las hipótesis debería servir no solo para establecer desde un punto de vista dogmático una única base común para todas las formas de engaño, sino que también, al menos tendencialmente, para restringir los alcances del engaño relevante. De hecho la literatura alemana ha tematizado especialmente este punto. Así, por ejemplo, se ha discutido sobre la justificación de una ampliación al menos aparente de la exigencia de posición de garante(30), sin perjuicio de lo cual todo parece indicar que las posibles consecuencias de dicho desarrollo no deben sobrevalorarse(31).

En lo que concierne a la literatura española, la principal recepción de esta concepción se debe a Nuria Pastor Muñoz. Con apoyo en autores como Kindhäuser y Pawlik la autora asume como punto de partida que el engaño típico solo puede consistir en la lesión de un deber de veracidad del autor en favor de la víctima(32), deber que debería extraerse de la estructura

(27) Cfr. ROXIN § 11 marg. 106 y ss.
(28) No sorprende, por lo mismo, que la literatura alemana citada en este contexto por PÉREZ MANZANO. *Jornadas*. p. 305 no provenga del ámbito de la discusión general sobre la imputación objetiva, sino exclusivamente del campo de la victimodogmática.
(29) Cuyo principal desarrollo general se debe a *Jakobs*. Paradigmático JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal (trad. *Cancio Meliá*), 1996, p. 14 ss.
(30) Por una parte LK/TIEDEMANN, Previo a § 263 marg. 25; por la otra KINDHÄUSER, en Nomos Kommentar zum StGB [NK], § 263 marg. 69; HEFENDEHL, en Münchener Kommentar zum StGB [MüKo-StGB], § 263 marg. 52.
(31) MüKo-StGB/HEFENDEHL, § 263 marg. 52.
(32) PASTOR MUÑOZ. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 133 y ss., 217 y ss. La sigue de cerca en Chile PIÑA. *Fraude de seguros*, 2005, p. 47 y ss.

normativa del mercado[33]. A partir de este punto desarrolla un sistema de deberes de veracidad de la mano del criterio de la "accesibilidad normativa a la información"[34]. La víctima no tendría ningún derecho a información veraz cuando dicha información ha estado normativamente disponible para ella, a menos que en el caso concreto se haya producido una redefinición de los deberes generales originales en virtud de la asunción de más riesgos de error por parte del autor (esto es, de más deberes de veracidad) o en virtud de que este haya puesto una barrera que impida el acceso de la víctima a la información[35].

En concreto sería en principio tarea del destinatario de la información –a reserva de una posible redefinición de los deberes en juego– verificar su corrección en todo lo concerniente a sus propias circunstancias económicas y jurídicas, así como en lo referido a las condiciones generales del mercado, mientras que respecto de las circunstancias del potencial autor la distribución del riesgo (y de los deberes) dependería de si el acceso a la información y la verificación de la misma por parte del destinatario le es todavía **exigible**[36]. Si, por ejemplo, la información en cuestión se encuentra disponible en registros públicos, en principio sería competente para su verificación el receptor de la información, de modo que **no tendría derecho a creer** en ella[37]. Aquello que puede considerarse exigible o no dependería de las circunstancias de la categoría de víctima en cuestión (v. gr. un consumidor, un banco), de la importancia del negocio, entre otros criterios[38].

Con esto se produce una conexión manifiesta con la tradición doctrinaria española en materia de deberes de autoprotección de la víctima, puesto que los deberes de veracidad del autor aparecen precisamente ahí donde la autoprotección no es más exigible. Se trata, en consecuencia, de una fructífera explicación y presentación de las soluciones que tanto doctrina como jurisprudencia tiene desde antiguo por correctas, cuya corrección, sin embargo, resulta en rigor de la aceptación general de la decisión política fundamental en orden a restringir el tipo y precisamente no de consideraciones dogmáticas.

Esto se hace evidente cuando se comparan los resultados prácticos a que arriban en Alemania los partidarios de la idea del engaño como lesión de un deber de veracidad con aquellos propuestos por Pastor Muñoz.

(33) PASTOR MUÑOZ. *La determinación*. p. 212 y ss.
(34) Ibídem, p. 227 y ss.
(35) Ibídem, p. 231 y ss.
(36) Ibídem, p. 238 y ss.
(37) Ibídem, p. 239 y ss.
(38) Ibídem, p. 240.

Enormes diferencias al respecto se aprecian en primer lugar respecto de Kindhäuser, quien, como se sabe, fue el primero que en la moderna discusión en torno a la estafa consideró el engaño como lesión de un deber de veracidad(39). Para este autor, esto supondría en el lado de la víctima la concurrencia de una **legítima expectativa** de o de una **legítima pretensión** a información veraz(40), lo que parece sugerir una importante restricción del tipo. Si se pregunta ahora, sin embargo, de dónde habría de derivarse una tal pretensión y cuál sería su alcance se puede ver que la propuesta conduce a precisiones conceptuales más que a efectivas restricciones del tipo.

Según Kindhäuser, en la medida en que no existan deberes especiales de información o esclarecimiento, la obligación de expresar la verdad solo se desprende de la **pretensión para sí de una confianza especial**, consistente en que "aquel que pretende que otro que se involucre en una relación con riesgos para sus propios bienes no puede [no tiene derecho a] comportarse contradictoriamente sin una razón plausible"(41). En concreto esto significa que el autor potencial debe decir la verdad respecto de los hechos en cuestión. Cuando por el contrario declara algo falso queda obligado, como ocurre por lo demás en los casos de injerencia, a corregir la información defectuosa(42).

Para mostrarlo claramente con el ejemplo de batalla de la literatura española: quien le ofrece a otro en venta una cosa pretende para sí la confianza en cuanto a que está facultado para disponer de la misma. Pues solo bajo esa premisa tiene sentido aceptar la oferta y asumir la obligación en favor del vendedor de pagar el precio de compraventa(43). Como queda de manifiesto, no hay nada en el planteamiento de Kindhäuser que sugiera la existencia de deberes especiales de autoprotección por parte de la víctima. Por el contrario, de acuerdo con la opinión dominante en Alemania, el autor considera errónea la tesis victimodogmática –que coincide plenamente con la opinión dominante en España– de acuerdo con la cual las aseveraciones falsas debieran considerarse permitidas por el simple hecho de que el engañado haya creído negligentemente en ellas(44). **Restricciones al tipo** de acuerdo con este modelo surgen solo ahí donde el autor se ha expresado sin pretender para sí una confianza especial de parte de la víctima, como por ejemplo cuando

(39) KINDHÄUSER, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, ZStW 103 (1991), 398; *el mismo,* Betrug als vertypte mittelbare Täterschft, en SCHULZ et ál (editores), Festschrift für Günter Bemmann, 1997, p. 354 s.
(40) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 90, 93.
(41) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 95.
(42) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 95.
(43) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 95.
(44) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 51.

el engañado no es el destinatario de la información defectuosa, sino simplemente la ha oído causalmente(45).

En este contexto debe destacarse por último que el rechazo de Kindhäuser a una restricción de la responsabilidad del autor en los términos mencionados se encuentra **dogmáticamente fundada.** Si se asume con él que la estafa no es sino un caso de autoría mediata especialmente tipificada(46), entonces no existe ninguna razón para abandonar el principio conforme al cual la negligencia del hombre de adelante que da lugar a su desconocimiento de la situación no excluye la responsabilidad del hombre de atrás en el sentido de la autoría mediata(47). Esta constatación es de gran importancia desde un punto de vista comparatístico, ya que la construcción de una autoría mediata tipificada también se suele esgrimir como argumento para la restricción del tipo de estafa(48).

También en comparación con Pawlik los resultados prácticos son apenas conciliables, a pesar de que este autor aboga decididamente por una distribución del riesgo de error fuertemente orientada a roles y con ello por una cierta restricción del tipo de estafa. En virtud de la necesaria adaptación del derecho penal a las condiciones generales de cooperación económica en sociedades funcionalmente diferenciadas, para la valoración jurídico-penal también deberían ser decisivas la **anonimización** y **estandarización** de las relaciones económicas interpersonales que caracterizan a dichas sociedades. De esto debería desprenderse que para el derecho penal de la estafa en lo fundamental solo deberían ser relevantes relaciones informativas típicas conforme a roles y las **competencias** vinculadas a ellas(49).

Si se consideran ahora los casos que Pawlik denomina de **competencia preferente de la víctima**, se puede comprobar que estos se limitan al ámbito de las propias circunstancias (administración de caja y de contabilidad de propia responsabilidad, control sobre la realización de las propias necesidades y deseos(50)) y del pronóstico general de riesgos económicos(51), de modo que ni siquiera aproximativamente va tan lejos como en la literatura española.

En relación con los requisitos positivos de la **competencia del autor**, basta con la existencia de una **relación de promesa relevante para la estafa**, esto es, de una situación en la que la conducta del autor se pueda interpretar como

(45) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 97.
(46) En primer lugar KINDHÄUSER, FS-Bemmann, p. 339 y ss; NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 45 y ss.
(47) NK/KINDHÄUSER, § 263 marg. 52.
(48) Cfr. PASTOR MUÑOZ. *La determinación*. p. 125 y ss., si bien esta autora hace distinciones cuidadosas.
(49) PAWLIK, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, p. 148 y ss.
(50) PAWLIK, Das unerlaubte Verhalten, p. 157 y ss.
(51) Ibídem, p. 152 y ss.

una **autovinculación jurídica** (asunción de una garantía de verdad) en el sentido de que el autor aclara que está dispuesto a responder por la corrección de su información, de modo que su contraparte comunicativa puede conectar a ella medidas de administración patrimonial(52). Esta exigencia no tendría, sin embargo, nada de extraordinario, ya que como principio rige que el autor tiene que garantizar el **uso correcto de los signos semánticos** y con ello el contenido significativo de los mismos(53). De especial importancia en este contexto, también desde un punto de vista comparatístico, es el reconocimiento fundamental de la relevancia jurídico-penal a título de engaño típico de estafa de **anuncios publicitarios** falsos, por chillones y exagerados que sean, con tal que posean un núcleo objetivo(54).

Como se puede ver, la concepción del engaño como lesión de un deber de veracidad no conduce, o al menos no conduce necesariamente, a una restricción digna de mención de los alcances del tipo de estafa. No parece exagerado afirmar que Pérez Manzano y Pastor Muñoz llegan a las soluciones a las que llegan no porque abracen un método dogmático más o menos normativista, sino simplemente porque son excelentes exponentes del pensamiento penal español.

III. CONSECUENCIAS

Que las mismas construcciones dogmáticas en distintos ordenamientos jurídicos permitan fundar resultados totalmente diferentes respecto de la relevancia del engaño confirma la opinión de que los alcances del elemento típico y, con ello, del nivel de protección de la víctima que provee el tipo de estafa se encuentran política y no dogmáticamente condicionados.

Es por cierto posible que la normativización de la dogmática de la estafa pueda conducir efectivamente a una restricción del engaño relevante. Sin embargo, el sentido de esa restricción parece tener que ver menos con el merecimiento de protección de la víctima que con las bases jurídicamente garantizadas del intercambio patrimonial. En esa medida se corresponde con una necesidad extendida y creciente de distribución del riesgo de error en el tráfico comercial, que, sin embargo, debe regir para **cualquiera** –no para los más cuidadosos o razonables– en la medida en que cualquiera pueda tener derecho a ello. Pero este es un asunto a tratar con detalle en otro contexto.

(52) PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten*, p. 142 (162).
(53) PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten*, p. 164 (177 y ss.).
(54) PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten*, p. 158 y ss., con cita favorable del fallo del BGH en el caso de las píldoras para adelgazar (BGHSt. 34, 199).

Restricciones que vayan más allá en atención a supuestos déficit de merecimiento de protección de la víctima son solo cosa de la política. La discusión al respecto debería tenerlo presente, de modo de no atribuirle a los desarrollos del método dogmático más consecuencias que las que efectivamente pueden tener y de no escabullir la verdadera cuestión valorativa previa. La confrontación abierta con los resultados del Derecho Comparado puede ser un buen punto de partida para una discusión más consciente, tal como lo sugieren los recientes intentos de armonización a nivel europeo sobe la materia.

De la llamada estafa de crédito

Prof. Dr. Francisco MUÑOZ CONDE
(España)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La obtención fraudulenta de crédito como estafa. **1.** Dinámica de la obligación y delito de estafa. **2.** La estafa crédito como delito autónomo en el Prgf.265 b) del Código Penal alemán (StGB). **3.** Estafa de crédito a través del giro de letra de cambio de favor. **4.** Recapitulación y reflexión final: ¿Es necesaria realmente la creación de un delito autónomo de estafa de crédito?

I. INTRODUCCIÓN

Desde mi primer trabajo importante de investigación jurídica, mi tesis doctoral "El delito de alzamiento de bienes", leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en junio de 1970 y publicada como primer libro en la editorial Bosch de Barcelona en 1971 (2ª edición actualizada y puesta al día conforme al Código Penal de 1996, publicada en la misma editorial, Barcelona 1999), me he ocupado a lo largo de mi vida académica en diversas ocasiones de la protección penal del derecho de crédito. Algunas de estas ocasiones han sido trabajos relacionados con la praxis, bien como cursos dedicados a Jueces y Fiscales en la Escuela Judicial de España (cfr., por ej., MUÑOZ CONDE. "La estafa de crédito". En: *Falsedades y defraudaciones.* (dir. Muñoz Conde), Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1996), bien como Dictámenes que me habían solicitado abogados de personas implicadas en procesos penales en los que el objeto principal de la acusación eran supuestas estafas en las que se habían frustrados derechos de entidades financieras que entendían habían sido estafadas por esas personas que habían obtenido algún crédito que después no habían satisfecho. La sospecha de que estas acusaciones no fueran más que una forma encubierta de resucitar la antigua "prisión por deudas", abolida, con razón, junto con la esclavitud, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos surgidos tras la Revolución Francesa e inspirados en los principios de la misma "Libertad, igualdad y fraternidad",

y un medio ilegítimo e incluso, en muchos países, prohibido por la Constitución, de constreñir al deudor al pago, fue el leit motiv que inspiró algunos de estos trabajos en los que podía aplicar mis planteamientos teóricos a casos de la realidad y contribuir de este modo a una solución jurídica que me parecía más justa que la muchas veces mantenía la acusación.

La feliz coincidencia de que el Homenaje para el que se me solicita mi contribución está dedicado no solo a un gran jurista, sino a uno de los mejores especialistas en Derecho penal económico y monografista de la "estafa de crédito", el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann, me ha sugerido la idea de volver a ocuparme de este tema en una perspectiva comparada entre el actual Derecho Penal español y el Derecho Penal alemán.

II. LA OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITO COMO ESTAFA

El delito de estafa es un delito proteico, es decir, adopta diversas formas de aparición y tiene tantas posibilidades de comisión como formas de engaño pueda imaginar la mente humana. Esta plural fenomenología no impide, sin embargo, que se puedan reconducir a una definición común a todos los comportamientos engañosos que deban ser calificados como estafa. Esto es lo que hace el art. 248 del Código Penal español de 1995, que acoge la definición que ya se introdujo en el anterior Código Penal tras la reforma de 1983[(1)]. Durante mucho tiempo, la estafa estuvo tipificada en nuestro Código penal de forma casuística, mezclada con otras defraudaciones patrimoniales más o menos emparentadas con ella. Así, por ej., sucedió con la apropiación indebida, tipificada originariamente en la misma sección que la estafa[(2)], y con las llamadas estafas impropias, una serie de tipos delictivos tipificados en la misma sección que la estafa, pero que según un sector doctrinal no reflejaban exactamente las características conceptuales de esta[(3)].

(1) Dice el actual art. 248: "Cometen estafas los que, con ánimo de lucro, utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciendo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno". La definición con alguna variante en la redacción es la misma que ya se introdujo en el art. 528 de Código Penal anterior con la reforma de 1983. Una buena exposición del concepto general de estafa, a partir de esta reforma, ofrece VALLE MUÑIZ. *El delito de estafa*. Barcelona, 1987, pássim.

(2) La apropiación indebida se tipificaba en el Código Penal de 1870 en el art. 548, 5, como un supuesto más de la estafa, y no fue hasta el Código Penal de 1944, cuando se trasladó al lugar que todavía tiene como sección independiente dentro del capítulo de las defraudaciones (Sección segunda del Capítulo VI del Título XIII), constituyendo el art. 252.

(3) En la Codificación penal española, progresivamente, fue desapareciendo la tendencia que se observaba en el inicio de la Codificación penal decimonónica a reconducir la mayoría de los delitos patrimoniales a las figuras de apoderamiento del hurto-robo y a las de la estafa y **otros engaños**, siguiendo la tradicional definición ciceroniana *duobus modus fit iniuria aut vi aut fraude*. En realidad, en el proceso de depuración de la configuración típica de los hechos delictivos es donde se observa mejor el mandato de certeza y seguridad jurídica que impone el principio de legalidad. Desde luego, es mucho mas fácil reconducir cualquier negocio jurídico en el que intervenga algún tipo de engaño a un Código Penal en el que la estafa se considera un engaño más (así, por ej., todavía en el anterior Código Penal), que a un Código

La actual definición de la estafa recogida, tras una larga elaboración doctrinal[4] y jurisprudencial[5], en el art. 248 del Código Penal ha simplificado en gran manera los problemas existentes no solo a la hora de delimitar el delito de estafa de otras defraudaciones afines, sino también cuando se trata de marcar las fronteras con lo que solo son ilícitos civiles no merecedores de sanción penal. No obstante, a pesar del gran avance que en este sentido supuso ya la reforma de 1983 en el anterior Código Penal y la regulación de la misma en el Código Penal de 1995, aún quedan muchos supuestos en los que se discute su carácter de estafa o incluso su propia relevancia penal. Algunos de estos supuestos dudosos tienen que ver con determinados comportamientos que se dan con frecuencia a la hora de obtener un crédito de una entidad bancaria. La importancia del crédito, no solo como derecho patrimonial individual, sino por su propia incidencia en la economía en su conjunto, obliga a delimitar con la mayor precisión posible aquellas conductas que realmente son merecedoras de sanción penal de las que son irrelevantes desde el punto de vista del Derecho penal, aunque puedan constituir otro tipo de ilícito jurídico. Con ello no solo se cumple una función dogmática primordial, cual es la de delimitar, por razones de seguridad jurídica, los comportamientos penalmente relevantes de los que no lo son; sino también una importante tarea políticocriminal para hacer del Derecho Penal, respetando el principio de intervención mínima y su carácter fragmentario[6], un instrumento eficaz de protección del que sin duda es uno de los principales fundamentos

penal en el que la estafa aparezca delimitada de otros engaños, sean o no delictivos. Precisamente al amparo de la regulación anterior a 1983, se podía entender que la estafa no era más que un perjuicio patrimonial causado mediante engaño, sin exigencia de ningún requisito adicional (véase, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLES. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. 2ª ed., puesta al dia por García Valdés, Madrid 1977, vol. II, p. 604 y ss.). Esta concepción amplia de la estafa es la que permite todavía a algunos querer incluir en ella supuestos como los que vamos a analizar en este trabajo de "estafa de crédito".

(4) Debida fundamentalmente al Prof. José Antón Oneca, quien en un excelente trabajo sobre el tema (voz: Estafa, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo IX, 1958) consiguió reconducir toda la diversa casuística que tenía la regulación de la estafa en el Código Penal antes de la reforma de 1983 a un concepto general de estafa que ya venía acuñado por la dogmática penal alemana al amparo de una regulación menos casuística de este delito en el Código Penal alemán (parágrafo 263). La definición de la estafa que, tras la reforma de 1983, daba el art. 528 del anterior Código Penal y ahora el art. 248 del Código Penal de 1995, coincide con la propuesta en su día por el Prof. Antón Oncea. Sobre la situación doctrinal y jurisprudencial antes de la reforma de 1983, véase MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal, Parte Especial*. 2ª ed., Sevilla, 1976, p. 222. Sobre antecedentes históricos anteriores VALLE MUÑIZ. Ob. cit., (nota 1).

(5) Cfr., por ejemplo, STS 1 abril, 6 de diciembre de 1974, 31 de enero de 1975.

(6) Que son principios básicos del moderno Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, especialmente destacables allí donde, como sucede en el ámbito de las relaciones patrimoniales y económicas, existen otros mecanismos de protección jurídica generalmente mas eficaces y menos radicales que el instrumento jurídico penal (véase MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona 1975, pp. 59 y ss., 72 y ss. [2ª ed. Buenos Aires, 2000]. También MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General*. 6. ed., Valencia, 2004, pp. 66 y ss, 74 y ss.).

de las relaciones patrimoniales y económicas: el derecho de crédito en particular y el sistema crediticio en particular.

1. Dinámica de la obligación y delito de estafa

En la dinámica de la obligación[7] el delito de estafa suele incidir en el momento de su nacimiento, haciendo que la obligación surja ya viciada por la existencia de un engaño previo. El deudor hace creer al acreedor que va a cumplir la prestación a la que se está obligando, siendo así que desde el primer momento no piensa hacerlo. El que solicita un préstamo, aparentando una solvencia de la que carece, pensando desde el primer momento en no devolverlo, comete un delito de estafa, en la medida en que se dan en casos como este los elementos conceptuales básicos de este delito tal como lo define el art. 248 del vigente Código Penal: un engaño previo (la ficción de solvencia), que provoca un error en el prestamista que fiado de la apariencia hace una disposición patrimonial (concede el préstamo) que le perjudica (pues, aunque no lo sepa en ese momento, no va a recuperar el importe del préstamo); todo ello acompañado por el ánimo de lucro del solicitante del préstamo, que pretende enriquecerse ilícitamente a costa del perjuicio ajeno.

Sin embargo, en el mundo de los préstamos dinerarios no es tan fácil aplicar estos requisitos a muchas de las transacciones que se dan con frecuencia en la práctica. A esto respecto debemos distinguir dos grupos de casos.

a) Imagínese un caso en el que el sujeto no hace más exagerar su propia solvencia, dándole más valor a sus bienes que el que realmente tienen en el mercado, con la esperanza de que el director de la entidad bancaria lo crea y le conceda el préstamo solicitado.

Desde el primer momento, podemos decir aquí que es difícil se de el delito de estafa si el engaño no es "bastante", es decir, si no pasa de los usos y prácticas habituales en el tráfico económico bancario, en el que los directores

(7) Véase DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Vol 1, Madrid, 1972, p. 610. También para RUIZ MARCO. *La tutela penal del derecho de crédito*. Madrid, 1995, p. 286, la tutela penal dispensada por los delitos de estafa se circunscribe al momento de la instauración de las relaciones crediticias. Sin embargo, como ya puse de relieve en mi libro El delito de alzamiento de bienes, Barcelona 1971, p. 48 y ss., en las llamadas insolvencias punibles (alzamiento, quiebras y concursos punibles) el bien jurídico protegido, el derecho a la satisfacción que tiene el acreedor a satisfacerse en el patrimonio del deudor cuando este incumple sus obligaciones, supone precisamente la existencia de una obligación previa válidamente contraída, es decir, sin engaño previo. Si, por tanto, el nacimiento de la obligación está viciado desde su origen por la existencia del engaño, por ej. la ficción de solvencia, habrá que recurrir al delito de estafa y el alzamiento de bienes posterior carecerá de autonomía típica (véase también MUÑOZ CONDE. *La protección del derecho de crédito en las insolvencias punibles*, *en homenaje a Sainz Cantero*. Granada, 1989; y en *Nuevas formas de delincuencia*. Num. especial de Poder Judicial, IX, Madrid, 1988. Más resumidamente también en MUÑOZ CONDE. Parte Especial citada en nota 3, p. 322 y ss. Sobre las diferencias entre el alzamiento de bienes y otras figuras afines, véase también MUÑOZ CONDE. RJCat. 1977, o CPC, nº 2, 1977).

de los bancos suelen detectar y reducir a sus exactas dimensiones las naturales exageraciones del solicitante del préstamo. Sucede aquí igual que en cualquier otro negocio contractual, por ej. la compraventa, en el que el vendedor suele valorar mas alto de lo normal el objeto que pretende vender, dando por supuesto que el posible comprador va a ofrecer un precio inferior al que ese objeto tiene en el mercado. Justamente el precio definitivo saldrá de esa negociación, en la que uno bajará algo el precio que pedía originariamente y el otro elevará el que en principio ofrecía. En este tipo de negociaciones el llamado *dolus bonus* es perfectamente admisible y ni siquiera en la vía civil determina la anulabilidad del negocio(8).

Es importante retener este dato a la hora de valorar el descuento bancario de letras de cambio "vacías o de favor", cuando el Banco conoce este dato o podría conocerlo actuando con la diligencia normal en esta clase de operaciones. En esta materia es muy importante, para calificar la conducta del librador del instrumento cambiario, conocer los usos y prácticas bancarias, evitando que el descuento de una letra de favor pueda suponer indirectamente la introducción subrepticia de la "prisión por deudas". Es decir, el Banco descuenta la letra a sabiendas de que es una letra vacía o de favor, para luego proceder penalmente contra el librador si, por las razones que sean, la letra no es pagada a su vencimiento. De este modo, el Banco afianza penalmente el pago del crédito concedido, convirtiendo automáticamente en delito lo que, en principio, no es más que un incumplimiento obligacional que debe tener su tratamiento en el marco de la responsabilidad civil surgida del incumplimiento de las obligaciones(9). Algo parecido ocurre cuando se hace firmar al prestatario un cheque posdatado por el importe total del préstamo y luego, cuando llega el vencimiento y no se paga, se presenta la querella por el delito de estafa, o por un delito de cheque en descubierto que se tipificaba expresamente en art. 563 bis b) del anterior Código Penal y que fue suprimido en el nuevo Código Penal, por tratarse de una especie de "prisión por deudas", de dudosa constitucionalidad(10). Justamente por ello fue criticada

(8) Véase DÍEZ-PICAZO. Ob. cit., en nota 7, p. 706 y ss.

(9) Práctica criticada con razón desde un primer momento por BAJO FERNÁNDEZ en varios trabajos específicamente dedicados al tema, en los que analiza y crítica la jurisprudencia penal habida en los años 70 (para una exposición de conjunto, véase BAJO FERNÁNDEZ, Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid, 1978, p. 363 y ss.). Mas recientemente, MONER MUÑOZ, en Nuevas Formas de delincuencia, num. especial de Poder Judicial citado en nota 7, p. 195 y ss.

(10) En este sentido se pronunció ya la doctrina durante la vigencia del anterior Código penal, véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Parte Especial citada en nota 3, p. 316 y 319; VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia, 1993, p. 1032, quien cita el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, 16 diciembre 1966, ratificado por España el 27 abril 1977, que dispone que "nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual". En todo caso, al precisar el TS que la responsabilidad civil derivada de este delito abarca solo los gastos por protesto y demás costas

la regulación que hacia el Proyecto de Código Penal de 1980 como delitos contra el orden socioeconómico de la letra de cambio vacía (art. 353) y del cheque en descubierto (art. 354) en la medida en que o hay estafa, y entonces su tipificación expresa como delitos contra el orden socioeconómico es innecesaria o incluso perturbadora, o no la hay, y entonces solo hay o puede haber un incumplimiento obligacional a resolver por las vías civiles o mercantiles, pero no por el Derecho Penal que en esta materia funcionaría como auténtica "prisión por deudas"(11). Ciertamente, el actual Código Penal de 1995 prevé como modalidad agravada de la estafa, que esta se realice "mediante cheque, letra de cambio o negocio cambiario ficticio" (art. 250, 3), pero la aplicación de este tipo cualificado supone obviamente que exista previamente el tipo básico, es decir, un delito de estafa.

Con ello no hace más que confirmarse la tesis que vengo manteniendo desde hace ya muchos años(12), seguida ya por un importante sector doctrinal(13), y que actualmente es dominante en la más reciente doctrina y jurisprudencia sobre el delito de estafa por aplicación de la teoría de la imputación objetiva traspasada de su ámbito originario de los delitos contra la vida y la integridad corporal, donde surgió a partir de los trabajos pioneros de Claus Roxin en Alemania, al de los delitos económicos y concretamente fraudulentos de contenido patrimonial(14).

---

judiciales, pero no la cantidad misma que figure en el cheque, que constituye una obligación que debe ser exigida por la vía civil (STS 2 noviembre 1977, 25 abril 1978), la persecución penal por este delito ha bajado sensiblemente, lo que confirma el carácter que tenía en la práctica de ser un medio coercitivo para compeler al pago. Todavía más se confirma este carácter con la excusa absolutoria que se introdujo en la reforma de 1971 en el art. 563 bis b) del anterior Código Penal, que eximía de pena al librador del cheque que hacía efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de de la fecha de su presentación al cobro.

(11) En este sentido, MUÑOZ CONDE. "La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal". En: *Cuadernos de Política criminal*. Num. 16, 1982, p. 121.También MUÑOZ CONDE. "La reforma de los delitos contra el patrimonio". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Monográfico número 6, p. 530 y s., donde explico las razones por las que en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en la que intervine como redactor, se renunció a la tipificación expresa de los abusos de crédito. "La Comisión ha sido consciente de la gran trascendencia práctica que puede tener la decisión a favor de una tipificación expresa de unos comportamientos difícilmente subsumibles en el concepto tradicional de estafa y, por tanto, dudosamente merecedores de pena. La relación causal que subyace a estos instrumentos de crédito, la responsabilidad que también incumbe al propio Banco que los concede y la propia incertidumbre del bien jurídico protegido han pesado en su no tipificación expresa, dejando la situación en manos de la doctrina y la praxis nada unánimes todavía al respecto". Veinticinco años más tarde, la evolución operada en esta materia no ha hecho más que confirmar lo dicho en estos trabajos anteriores, véase infra D).

(12) Cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE. Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios. En: *Falsedad y Defraudaciones*. Separata del número monográfico dirigido por el autor, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo del Poder Judicial de España, Madrid, 1996, p. 135 y ss.)

(13) Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO. *La estafa de crédito*. Valencia, 1998, p. 43 y ss; PÉREZ VALERO. *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*. Valencia, 2001.

(14) Véase, por ej. GÓMEZ BENITEZ, PÉREZ MANZANO, y PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Barcelona, 2004, y la sentencia del Tribunal Supremo español del 9 de julio del 2003, ponente Enrique Bacigalupo.

Conforme a estos modernos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, en el mundo de los préstamos y especialmente en las concesiones de créditos bancarios, el nivel de riesgo que tiene que soportar la entidad bancaria que se dedica profesionalmente a ellos es mucho mayor que el que se da en otro tipo de operaciones comerciales, y, por tanto, no puede decirse que cualquier tipo de engaño, incluso la más elemental exageración sobre la solvencia o las garantías que ofrece el prestatario, sea, ya automáticamente constitutiva de un delito de estafa.

No obstante, y a pesar de esta reserva elemental que se deriva de la propia idiosincrasia de las operaciones crediticias, muchas veces, cuando por las razones que sean el prestatario no paga los créditos concedidos, los Bancos, en lugar de asumir las consecuencias del riesgo que voluntaria y conscientemente ha aceptado, suelen recurrir a la vía penal y concretamente a denunciar al deudor por el delito de estafa, no porque realmente haya sido víctima de este delito, sino como una forma de forzar a los deudores al pago, que no se ha conseguido por la vía civil, pretendiendo convertir en delito el mero incumplimiento obligacional y reintroduciendo así, por la puerta falsa, la vieja prisión por deudas, prohibida constitucionalmente. Naturalmente que al Banco y a cualquier acreedor le gustaría disponer de ese arma para, en última instancia, constreñir al deudor al pago del crédito concedido, pero ello aparte de infringir el principio de responsabilidad patrimonial, lesionaría el principio de la libre autonomía de la voluntad que hace depender el cumplimiento de la obligación de la voluntad del deudor y perforaría toda la moderna estructura del moderno Derecho de obligaciones basado en ese principio. En esta materia, constituye, pues, una tarea fundamental de los Tribunales de Justicia y de la doctrina elaborar una configuración del delito de estafa que ponga a cada uno en su sitio, o simplemente de a cada uno lo suyo, el *ius sum cuique tribuere*, que es el imperativo máximo de Justicia al que debe aspirar cualquier Ordenamiento jurídico.

A este respecto conviene recordar los principios fundamentales que rigen el moderno mundo del Derecho de obligaciones y, por tanto, las relaciones contractuales de las que emanan esas obligaciones. El crédito, como dice Larenz (*Derecho de obligaciones*. Madrid, 1958, Tomo I), no es un derecho de servicio sobre una persona determinada, ni sobre su actividad. Ciertamente, el acreedor puede influir en la voluntad del deudor, recordándole su obligación y advirtiéndole de las consecuencias de su incumplimiento. Pero hasta ahí llegan sus facultades. Si de algún modo fuerza al deudor con la amenaza de que si no cumple, lo convierte en un preso, o, como sucede en este caso, le dice que lo puede llevar a la cárcel por un delito de estafa, aunque no se den los elementos de este delito, no solo se están lesionando los principios básicos del Derecho de obligaciones, sino el carácter de última ratio

del Derecho Penal y el principio de intervención mínima, desnaturalizando el concepto del delito de estafa y utilizando torticeramente el poder punitivo del Estado al servicio de intereses puramente particulares.

Esto no quiero decir que en el mundo de las operaciones crediticias bancarias no pueda darse respecto al Banco prestamista un delito de estafa por parte del prestatario, pero para ello será necesario que la conducta de este cumple los requisitos conceptuales de una estafa; y, desde luego, por la propia naturaleza de las operaciones crediticias bancarias, en las que el Banco más que víctima es muchas veces despiadado verdugo del deudor moroso, hay que ser especialmente cuidadoso en la comprobación y prueba de estos elementos, reservando la intervención del Derecho Penal de acuerdo con el principio de "intervención mínima" a los casos graves de obtención fraudulenta de un crédito y siempre que la misma sea verdaderamente constitutiva de un delito de estafa.

La definición que da el art. 248 del Código Penal coincide con la que da el Parágrafo 263 del Código Penal alemán, por lo que parece conveniente ver la interpretación que de estos dos elementos hacen la doctrina y jurisprudencia de este país. Y sin tener que hacer ningún acopio de citas, hoy en día se puede ver en cualquier Manual o Tratado sobre la materia que tanto la expresión "simulación de hechos falsos" como la de "ocultamiento de hechos verdaderos" se engloban en el concepto genérico de "engaño", pero, al mismo tiempo, se exige que este engaño vaya más allá de una simple mentira o exageración y que sea suficiente y adecuado para inducir a error a otra persona de acuerdo con las circunstancias y relaciones personales existentes entre el autor del engaño y la persona engañada(15).

Ello quiere decir que para hablar de estafa no basta con constatar cualquier engaño y que este haya provocado causalmente un error en otra persona, sino que hay que comprobar también si, de acuerdo con las circunstancias y en relación con un determinado contexto personal y económico, el "engaño" fue más allá de lo que suele ser habitual y admisible en el mundo de los negocios y de las operaciones crediticias con los Bancos, o para decirlo con el lenguaje de la moderna teoría de la imputación objetiva, si la conducta del autor del engaño fue más allá del riesgo permitido, adecuado y admisible en este tipo de operaciones en el mundo de los negocios, y si el error del Banco no se debió a que este no actuó dentro de su ámbito de autoresponsabilidad con la diligencia y el deber de cuidado exigible. En ese sentido, se habla también de una "Victimodogmática" que, para excluir la tipicidad penal

(15) Véase, por ejemplo, el comentario de CRAMER al parágrafo 263 en SCHÖNKE/SCHRÖDER. *StGB Komentar*. 25ª ed., Munich, 1997.

de este y otros delitos, tiene en cuenta la conducta negligente de la presunta víctima que, mediante el juego de la autonomía de la voluntad y de la libertad de las partes contratantes, se expone y acepta libremente el peligro de que le pueda producir algún tipo de lesión a sus intereses (en este caso patrimoniales). Este giro normativista supone abandonar la perspectiva meramente psicológica de la causalidad entre engaño y error y obliga a comprobar si incluso dándose ambos elementos, en el contexto en el que se dan se puede hablar de un engaño de entidad suficiente como para constituir la conducta típica de un delito de estafa.

Tomemos como ejemplo de este giro normativista en la dogmática del delito de estafa la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de junio del 2003 (ponente el magistrado Enrique Bacigalupo). En esta sentencia se trataba precisamente de un caso de otorgamiento de un contrato de préstamo, en la que el prestatario se había atribuido una solvencia de la que carecía, sin que el prestamista efectuara comprobación alguna al respecto. Pues bien, pese a la constatación de un engaño y de la consiguiente provocación de un error y del perjuicio patrimonial al Banco, la sentencia absuelve al prestatario por entender que el supuesto error "podrá existir psicológicamente, pero carece de relevancia normativa", pues dice literalmente, "el delito de estafa no requiere solo que el engaño haya producido un error en el sujeto pasivo, sino que además este haya obrado diligentemente, según los hábitos generales de autoprotección patrimonial en el comercio, pues un contrato de préstamo no convierte al prestatario en garante, en el ámbito del Derecho Penal, del éxito de la operación del prestamista".

Pues bien, si seguimos esta doctrina, cada más consolidada, y la aplicamos a los casos de "obtención fraudulenta del crédito", tenemos que comprobar, en primer lugar, si el Banco a través de sus expertos, técnicos y directivos ha actuado con la diligencia normal que debe emplear en este tipo de operaciones de crédito, y si se comprueba que su Comisión de Crédito valora positivamente las garantías presentadas por el solicitante y da por buena la valoración que este hace de la mercadería que entrega en garantía, difícilmente podemos negar su autoresponsabilidad si después el crédito no es pagado a su vencimiento.

Imaginemos incluso que el solicitante hubiera exagerado el valor de los bienes ofrecidos en garantía. Desde el primer momento, podemos decir que es bastante frecuente que cualquier solicitud de crédito los prestatarios atribuyan a los bienes que ofrecen en garantía un valor superior al que realmente tengan. Pero lo normal es que luego el Banco, a través de sus comisiones de créditos integradas por peritos y personas conocedoras de los precios en el mercado, reduzca a sus exactas dimensiones, cuando no incluso las determine a la baja, las naturales exageraciones del solicitante del préstamo. Y si

las da por buenas, sin ulteriores comprobaciones, ese es, por así decir, "su problema" y, en definitiva, el riesgo que, como en cualquier otro negocio jurídico económico, asume como "riesgo del oficio". No nos encontramos aquí ante una víctima inexperta, de escasos conocimientos en el mundo de los negocios, a la que fácilmente se puede engañar, sino ante una entidad dedicada profesionalmente a este tipo de actividades, que tiene todos los medios técnicos y personal experto cualificado para poder saber con el mayor grado de certeza posible cuál es el valor económico exacto de los bienes que se le ofrecen en garantía. Sucede aquí igual que con cualquier otro negocio contractual, por ejemplo, la compraventa, en la que el vendedor suele valorar más alto de lo normal el objeto que pretende vender, dando por supuesto que el posible comprador va a ofrecer un precio inferior al que este objeto tiene en el mercado. Justamente el precio definitivo saldrá de esta negociación, en la que uno bajará algo el precio que pedía originariamente y el otro elevará el que en principio ofrecía. En este tipo de negociaciones, el llamado dolus bonus es perfectamente admisible y ni siquiera en la vía civil determina la anulabilidad del negocio. ¿Quién en la solicitud de un préstamo bancario no exagera el valor de la casa o cualquier otro objeto que ofrezca en garantía, y quien en la venta de ese mismo objeto no exagera su valor económico, sus cualidades, procurando ocultar sus defectos?

En estos ámbitos los límites entre lo que son "afirmaciones de hecho" y "juicios de valor" y entre los que es una manifestación de la habilidad o perspicacia negociadora absolutamente admisible y el engaño constitutivo de un delito de estafa, son difíciles de marcar a priori y hay que estar a las circunstancias del caso y de las personas que intervienen en él, así como al nivel de los conocimientos que tienen de la actividad que realizan. Como señala la más reciente monografista sobre el tema, Pastor Muñoz, "la conclusión definitiva sobre si lo que expresa el autor es una afirmación de hecho o un juicio de valor depende más bien del contexto de interpretación, el cual no solamente incluye la clase de relación económica, sino, sobre todo, la posición que ocupa en esa relación quien emite el mensaje"(16). Y en este caso es difícil afirmar que una sobre valoración de los bienes constituya una "simulación de hechos falsos" de entidad suficiente como para inducir a error a la entidad bancaria prestamista, sino todo lo más un "juicio de valor". Corresponde, por tanto, al ámbito de la "autoresponsabilidad" de la entidad bancaria cerciorarse del valor real de estos en el momento en que concede el crédito y acepta la garantía que ofrece el solicitante, y es en ese momento cuando debe ponderar si esta tiene un valor menor al que le atribuye el solicitante del préstamo, o si caso de que en el futuro tuviera que ejecutarlos por impago del crédito las

(16) PASTOR MUÑOZ. Ob. cit., p. 197.

garantías ofrecidas hubieran podido perder buena parte de su valor, bien por haberse devaluado en su cotización de mercado, bien por no haber tenido en cuenta determinados costos, o por cualquier otro factor no tenido suficientemente en cuenta por la entidad bancaria prestamista en el momento en que, exigiendo además otras garantías, como la suscripción de letras de cambio o pago por adelantado de un depósito, concedió, como tantas otras veces, los créditos solicitados. Pero es que además, hay un amplio sector doctrinal que considera, por ejemplo en la dogmática alemana, que a la vista de la expresión utilizada en el parágrafo 263 del Código Penal alemán, "los juicios de valor" nunca pueden ser objeto del engaño(17).

En lo que se refiere al otro elemento objetivo la "ocultación de la verdadera solvencia", una vez más podemos traer a colación las modernas doctrinas sobre la necesidad de una interpretación normativa del concepto de engaño y la suficiencia del mismo, para, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, inducir a error al Banco prestamista, así como la praxis habitual en este tipo de negocios.

A este respecto solo cabe decir que no hay ninguna norma o precepto que imponga una obligación jurídica de hacerlo. No vamos a entrar ahora aquí en la controvertida discusión doctrinal sobre si cabe la "estafa por omisión", discusión que a mi juicio carece de relevancia práctica, pues lo que importa tanto en la estafa, como en cualquier otro delito en el que se plantea la posibilidad de su comisión en omisión, es que el sujeto que omite tenga una "posición de garante", es decir, esté obligado jurídicamente a actuar o a informar a la otra parte y a evitar el resultado lesivo(18). Y ahí es donde se hace difícil considerar que la obtención de un crédito exagerando la solvencia u ocultando la insolvencia, pueda ser respecto al Banco "engaño bastante"; pues si el solicitante del crédito no tiene ninguna obligación de informar al Banco de este extremo, mal puede utilizarse esta no información como un dato relevante para extraer de él nada más y nada menos que una intención fraudulenta.

La jurisprudencia y la doctrina de muchos países se ha enfrentado ya con el problema de cuando existe un "deber de información" de una parte contratante respecto a la otra en relación con la "estafa de seguro" o con la de "hospedaje", y también en relación con la llamada "estafa de crédito". Es evidente que en algunos casos, cuando el sujeto omite declarar que el inmueble

(17) En este sentido, por ejemplo, HILGENDORF. *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*. Berlín, 1998, p. 13.

(18) Doctrina absolutamente dominante, véase, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General*. 6ª ed., Valencia, 2004, p. 244 y ss.; y en relación con la "estafa por omisión", MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal, Parte Especial*. 15ª ed., Valencia, 2004, p. 427 y ss.

que vende no es de su propiedad o está gravado con una hipoteca, puede darse una estafa por omisión, en la medida en que está obligado a informar de este extremo o cuando se le pregunta al respecto da una información inveraz. Pero también en algunos casos, la jurisprudencia ha absuelto al que ha obrado de esta manera, en la medida en que existe un Registro de la Propiedad público y fácilmente accesible para el comprador que puede informarse de la situación jurídica de lo que se adquiere (véase por ej. sentencia del Tribunal Supremo español de 8 junio del 2001, ponente: Martín Pallín). Esta es la línea jurisprudencial dominante también en relación con el descuento de letras "vacías o de favor" como forma de afianzar la concesión de un crédito. Generalmente, en estos casos el Banco sabe que la letra que descuenta es de "favor", es decir, que no obedece a una operación real y que, por tanto, no hay provisión de fondos entre librador y librado, y, sin embargo, la admite y la descuenta, sabiendo que, en el fondo, no es más que una garantía más, y que en caso de impago de la deuda siempre puede accionar por la vía ejecutiva con mayor facilidad. Lo que no puede pretender después, es, si por las razones que sean la letra no se paga y el juicio ejecutivo fracasa, recurrir a la vía penal y decir que fue víctima de una estafa, intentando forzar al pago o vengar del incumplimiento mediante el recurso a la "prisión por deudas". La jurisprudencia y la doctrina ya han advertido de este peligro y han rechazado ya varias veces la condena por estafa en los casos en los que los Bancos exigen para afianzar los créditos que concede la suscripción de letras de cambio que saben que son "de favor" o, en todo caso, no se preocupan de constatar si lo son o no[19].

Ello plantea, sin embargo, un problema adicional del que no puede prescindirse en el delito de estafa, que es el tipo subjetivo, es decir, el dolo típico de la estafa y su prueba procesal. De ellos nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

3º) El elemento subjetivo del delito de estafa: ¿Es suficiente el dolo eventual?

De todo lo dicho anteriormente, se desprende que cuando quien solicita un préstamo a un Banco exagera simplemente su solvencia o utiliza procedimientos habituales el tráfico comercial, como el descuento de "letras vacías" o "de favor", cuyo carácter el Banco conoce, no realiza ninguno de los dos elementos que configuran el tipo objetivo del delito de estafa, ni en la doble versión de "simulación de hechos falsos" y "ocultación de hechos verdaderos" que acoge el art. 216 del Código Penal alemán, ni en la más moderna

(19) Véase al respecto MUÑOZ CONDE. *Falsedad y estafa mediante abuso de crédito*. Ob. cit., p. 145, y la mas reciente jurisprudencia española sobre la materia, en la sentencia del TS español de 27 de noviembre de 2000, ponente: Granados Pérez.

comprensiva de ambas modalidades de "engaño bastante" que acoge el art. 248 del Código Penal español.

Por tanto, no habría ni siquiera que plantearse la inexistencia del elemento subjetivo, entendido como ánimo de "obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero", ya que este solo puede basarse en la constatación de que el hecho desde el punto de vista objetivo constituya un engaño bastante para inducir a error en otra persona.

Los elementos subjetivos por su propia naturaleza no pueden ser probados igual que los objetivos, sino solo deducidos de los datos objetivos que sí pueden ser probados. Así, por ejemplo, del disparo de una pistola en la agresión a un individuo puede deducirse el ánimo de matar, pero si esa agresión consiste en una simple bofetada difícil es deducir que el que la dio haya tenido intención de matar al adversario. Del tocamiento sorpresivo de los genitales se puede deducir un ánimo de abuso sexual, pero si ese tocamiento se realiza por un médico en el contexto de una exploración urológica o ginecológica, parece más difícil presumir la existencia de un tal abuso. Y por las mismas razones, de unas relaciones económicas u operaciones crediticias absolutamente lícitas y realizadas dentro del ámbito de riesgo económico habitual en el mundo de los negocios, como sucede en este caso, no se puede deducir ningún ánimo de obtención de un beneficio patrimonial antijurídico.

En todo caso, como se ha advertido ya reiteradas veces por la doctrina el problema de la criminalización de la llamada "estafa de crédito" es precisamente que, incluso en los casos en los que el crédito se obtiene fraudulentamente, mediante ficción de solvencia o con cualquier otro subterfugio, normalmente no hay ánimo de enriquecimiento injusto. El prestatario, agobiado por su mala situación económica (que a veces oculta al Banco), solicita un préstamo que piensa devolver, bien porque está seguro del éxito del negocio que piensa emprender con el dinero obtenido del préstamo, bien porque con ese dinero piensa salir del bache económico en el que se encuentra. Las diferencias entre el verdadero delito de estafa y esta modalidad de obtención, incluso fraudulenta, de un crédito, están, pues, fundamentalmente en que, en el tipo objetivo, puede que no llegue a producirse perjuicio alguno para el prestamista, entidad bancaria o financiera, si el préstamo finalmente es pagado; y, en el tipo subjetivo, en que no se da el ánimo de enriquecimiento antijurídico a costa del perjuicio ajeno.

Estas dificultades para castigar como estafa la forma de obtención de crédito en la que el empresario prestatario oculta a la entidad financiera unas condiciones económicas difíciles, en la confianza de que podrá devolver el préstamo y salir del bache económico en que se encuentra, ha hecho que en algunos países, preocupados más por la estabilidad y seguridad del

sistema crediticio en su conjunto que por la protección del derecho de crédito en particular, hayan introducido nuevos tipos delictivos en el ámbito de los delitos económicos como la "Kreditbetrug" del parágrafo 265 b) del Código Penal alemán, o el delito societario de falseamiento de las cuentas sociales del art. 290 del Código Penal español, pero precisamente ello demuestra la dificultad de poder incluir este tipo de conductas en el delito de estafa(20).

Pero cualquiera que sea la opinión que merezcan estos preceptos característicos de un Derecho Penal económico de nuevo cuño, lo cierto y verdad es que han surgido precisamente por la imposibilidad de concebir como estafa lo que no es estafa, ni siquiera en los casos en los que se haya obtenido el crédito de forma fraudulenta, pero con ánimo de devolverlo.

En este caso surge un problema adicional que es lo que ha dado lugar a la necesidad, según algunos(21), de la tipificación expresa de la llamada estafa de crédito, siguiendo el modelo adoptado en otros países, como es el caso de Alemania, cuyo StGB tipifica desde 1976 un delito de peligro de solicitud de crédito presentando datos falsos o incompletos (parágrafo 265 bis b)(22).

El problema en este caso es el siguiente: Ciertamente puede haber engaño bastante en la conducta realizada para obtener el crédito, pero el prestatario tiene la firme voluntad de devolverlo, bien porque está seguro del éxito del negocio que piensa emprender con el dinero obtenido del préstamo, bien porque con ese dinero piensa salir de la crisis económica en la que temporalmente se encuentra. Las diferencias entre el verdadero delito de estafa y esta modalidad de obtención fraudulenta de crédito están, pues, fundamentalmente en que puede no llegar a producirse perjuicio alguno para el prestamista, entidad bancaria o financiera, y en que, por tanto, en el tipo subjetivo no se da el ánimo de lucro, entendido como ánimo de enriquecerse a costa del perjuicio ajeno, característico de la estafa. Sin embargo, en España algún autor, como por ej. Bajo Fernández(23), consideraba, bajo la vigencia del anterior Código Penal, que la tipificación expresa de la estafa de crédito no era necesaria porque "quien es capaz de obtener crédito ajeno por medio de la comisión de hechos delictivos de falsedad documental, está asumiendo los riesgos de la operación, lo que implica la aceptación de un posible fracaso que le impida en su día la devolución del crédito, fracaso que normalmente

(20) Véase en este sentido MUÑOZ CONDE. Falsedad. Ob. cit., p. 143 y ss.; y especialmente sobre el ámbito de aplicación del art. 290 del Código Penal español y sus diferencias con la estafa, NÚÑEZ CASTAÑO. Ob. cit.; PÉREZ VALERO. Ob. cit.

(21) Véase, por ej. SILVA SÁNCHEZ. "El Derecho Penal bancario en España". En: *Actualidad Penal*. 1994, p. 905 y s.

(22) Véase infra B).

(23) En Nuevas formas de delincuencia, Poder Judicial, num. especial IX (citado nota 7), p. 181.

se representa como probable. Pues bien, la institución del dolo eventual es suficiente, a mi juicio, para calificar el supuesto de delito de estafa conforme a la definición del artículo 528 (actual art. 248)".

Sin duda, Bajo Fernández está pensando en casos en los que dándose originariamente el engaño previo y siendo este incluso constitutivo de un delito de falsedad documental, se llega a producir un perjuicio para el prestamista cuando no se le devuelve el préstamo, no se atiende la letra anteriormente descontada, etc. Pero el problema de la relevancia penal de la obtención fraudulenta de un crédito comienza justamente cuando no es tan fácilmente reconducible al delito de estafa, ni siquiera en su forma imperfecta de ejecución, y, a pesar de ello, se quiere penalizar la obtención fraudulenta misma del préstamo, aun sin perjuicio para el prestamista o sin ánimo de producirlo por parte del prestatario. ¿Se puede incluir este hecho también en el concepto tradicional de estafa, o es necesaria su tipificación expresa como una especie de "estafa impropia", configurándolo como un delito contra un orden socioeconómico superior al puramente patrimonial, contra el sistema crediticio y no ya contra el derecho de crédito individualmente considerado? La respuesta a estas interrogantes procuraremos darla en los siguiente epígrafes.

2. La estafa crédito como delito autónomo en el Prgf. 265 b) del Código Penal alemán (StGB)

Las dificultades que para su tipificación ofrecía la obtención fraudulenta de un crédito y la necesidad de políticocriminal de afrontar un problema que se daba cada vez con mayor frecuencia en el ámbito comercial, amenazando con minar las bases del sistema financiero e incidiendo negativamente en el aumento de la inflación, hicieron que el legislador alemán procediera en el 1976 a la creación de un tipo delictivo autónomo destinado a castigar lo que se llamó "Kreditbetrug" en el parágrafo 265 b) StGB. Dice así este parágrafo 265 b StGB:

> (1) "Será castigado con prisión de hasta tres años o con multa, quién en una solicitud para la concesión, prórroga o modificación de las condiciones de un crédito para una explotación o empresa, real o simulada,
>
> 1) sobre sus circunstancias económicas
>
> a) presentare ante otra explotación o empresa documentos incompletos o falsos, tales como balances, cuentas de ganancias y pérdidas, extractos patrimoniales o informes; o
>
> b) hiciere ante otra explotación o empresa por escrito declaraciones incompletas o incorrectas, favorables para el solicitante del crédito y relevantes para su concesión.

(2) Quedará exento de la pena prevista en el apartado anterior quien voluntariamente impidiere que en base a ese hecho el otorgante del crédito realizare la prestación solicitada. Si la prestación no llegare a realizarse con independencia de la actuación del solicitante, este también quedará exento de pena, si se hubiere esforzado, seria y voluntariamente, en impedir su concesión.

(3) A los efectos del apartado primero se consideran

1) explotaciones o empresas, las que, con independencia de su objeto, requieran por su clase y extensión una gestión del negocio en forma mercantil; y

2) créditos, los préstamos dinerarios de todas clases, las letras aceptadas, las adquisiciones onerosas y los aplazamientos de las reclamaciones monetarias, el descuento de letras y cheques y la aceptación de fianzas, garantías y cualquier otra clase de afianzamientos".

Desde el primer momento, este precepto fue recibido con división de opiniones por la doctrina alemana, considerando algunos que a pesar de haberse ampliado su esfera de aplicación el precepto seguía siendo un delito de estafa en grado de tentativa para el derecho de crédito individual[24], mientras que, por el contrario, consideraban otros que se trataba de un claro delito económico de peligro para el sistema crediticio o financiero de carácter institucional[25].

Frente a la estafa se diferencia este nuevo delito por adelantar la consumación al momento de la realización de la acción engañosa, lo que no excluye se le de eficacia eximente al desistimiento después de haberla realizado (pfo. 2), y en que ni siquiera exige la puesta en peligro del derecho de crédito. El nuevo precepto se justificaría, pues, más por el peligro que representan estas acciones engañosas para el sistema crediticio en general más que para el derecho de crédito individual. La excesiva concesión de crédito sin base económica que lo justifique constituye un peligro para la economía en su conjunto. Las empresas se construyen en el vacío, con el peligro que ello supone de que después entren en crisis, no puedan cumplir sus com promisos, provocando la crisis de otras empresas, poniendo en peligro también los

(24) Así, por ej. SAMSÓN, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, Systematicher Kommentar zum Strafgesetzbuch, comentario al parágrafo 265 b), num.marg. 2b., quien habla de un delito de peligro abstracto contra el patrimonio, considerando, por tanto, que no cabe el concurso ni con la estafa consumada, ni con la estafa en grado de tentativa.

(25) En este sentido, por todos, TIEDEMANN, en Leipziger Kommentar, 10ª ed., comentario al parágrafo 265 b), num. marg.12, quien considera como bien jurídico protegido en este precepto "el funcionamiento de la economía crediticia como tal", admitiendo, en consecuencia, el concurso ideal con la estafa, si además se además se dan también los presupuestos de este delito (= TIEDEMANN, Wirtschaftsbetrug, 1999, 181).

puestos de trabajo y con ello los derechos de los trabajadores. Con el delito de estafa no pueden, sin embargo, ser combatidos eficazmente estos problemas ya que este delito supone, según ya hemos indicado anteriormente, por lo menos la puesta en peligro objetiva de un derecho de carácter patrimonial (en este caso el derecho de crédito), y el correspondiente dolo del autor de la acción engañosa dirigido a causar el perjuicio o por lo menos a desplazar el riesgo del perjuicio económico a otras personas (en este caso al que concede el crédito). Tampoco es fácil de demostrar cual era en el momento de la concesión del crédito la verdadera situación económica del solicitante(26).

Ante esta situación hay quien, como Tiedemann, concibe este delito como un delito contra el crédito y la economía, o contra el funcionamiento de la economía crediticia como tal, es decir, contra un bien jurídico supraindividual, lo que lo desvincularía del delito de estafa para convertirlo en un delito económico, que podría entrar en concurso incluso con un delito patrimonial de estafa en el caso concreto(27).

No obstante ser esta probablemente la voluntad del legislador cuando creó este precepto, la tesis que ha prevalecido en Alemania a la hora de interpretarlo es la de que se trata de un delito de carácter patrimonial, o mejor dicho, de un delito de peligro abstracto para el patrimonio individual y concretamente para el derecho de crédito particular a cuya concesión debe ir referida la acción engañosa del solicitante(28). Ello naturalmente incide en una interpretación restrictiva de este tipo, que hasta la fecha ha desempeñado un papel relativamente poco importante en la práctica(29).

3. Estafa de crédito a través del giro de letra de cambio de favor

Desde hace algún tiempo, la jurisprudencia española viene considerando como estafa el descuento bancario de letras de favor cuando se oculta a la entidad bancaria dicho carácter de la letra(30). Parece, sin embargo, obvio

(26) Para mas detalles, aparte de la bibliografía citada en notas 15 y 16, véase LAMPE. *Kreditbetrug*. Berlin 1980; y los comentarios de LANCKNER. En: SCHÓNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch*. 20 ed., 1980, comentario al parágrafo 265 b.

(27) TIEDEMANN. lug. cit. (nota 16).

(28) Por todos, SAMSON. Ob. cit. (nota 15).

(29) Véase, por ej., la recopilación de la jurisprudencia en relación con los delitos económicos habida en Alemania en 1989/1990, que ofrece ACHENBACH, en Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1991, p. 409 y ss., en la que menciona una sentencia del Tribunal Superior de Baviera de 15/02/1990, en la que se absuelve de este delito porque el sujeto que solicitó el crédito presentando garantías falsas no tenia la cualidad de empresario exigida en el tipo.

(30) Véase, por ej., STS 17 de marzo de 1964, 24 de noviembre de 1975. Normalmente la condena se basa en que el sujeto que oculta al banco el carácter no comercial de la letra al Banco finge una solvencia de la que carece, véase, por ej. STS 16 de mayo de 1977 y comentario de BAJO FERNÁNDEZ, en RDP 1978, p. 467. Un resumen de la tesis jurisprudencial en esta materia ofrecen BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho Penal económico.* cit. nota 9, p. 363 y ss., y MONER MUÑOZ. Ob. cit. (nota 9).

decir que la letra de cambio de favor, es decir, la letra de cambio emitida sin una previa provisión de fondos entre librador y librado, no es de por si constitutiva de delito alguno. Es un procedimiento al que a veces se acude para obtener un crédito de un Banco. El Banco sabe que la letra no obedece a ninguna operación real, pero. al descontarla y quedar como tomador de la misma, sabe también que afianza el crédito concedido con la firma de otras personas, librado o aceptante, que además quedan comprometidas al pago de la letra, y con ello del crédito concedido. a su vencimiento. En definitiva, la letra de favor no es en la práctica más que una manera de afianzar mas enérgicamente, con el rigor cambiario y los privilegios ejecutivos, el pago del crédito concedido. De hecho, en la práctica toda letra de cambio, sea real o de favor, cumple esta función de afianzamiento del pago de un crédito, Conviene, sin embargo, distinguir varias formas de utilización de la letra de cambio como forma de obtener crédito, cada una de estas formas puede tener distinta relevancia penal o no tener ninguna, dependiendo de determinadas circunstancias que seguidamente vamos a ver.

a) En primer lugar, nos vamos a ocupar del caso en el que la letra no es atendida a su vencimiento, porque por ej. el aceptante de favor es insolvente o simplemente alega falta de provisión de fondos por parte del librador. El Banco que la ha descontado tiene en este caso las acciones cambiarias correspondientes para incoar el procedimiento ejecutivo correspondiente y con ello quizás cobrar el importe total del crédito, bien directamente del librado o aceptante, bien en acción cambiaria de regreso del librador mismo. No hay, pues, ninguna razón especial para considerar que son aplicables en estos casos los preceptos relativos a la estafa o falsedad documental. El Banco con el descuento de la letra asume sus riesgos, riesgos que en todo caso son menores de los derivados de otro tipo de operaciones en las que el cumplimiento de la obligación no se afianza de un modo tan enérgico como cuando se hace exigiendo la presentación de una letra, aunque le conste que sea de favor. De algún modo, lo que quiere el Banco es disponer de un instrumento adicional de garantía y obligar adicionalmente al pago del crédito a otras personas distintas del prestatario. Si a pesar de ello, la operación sale mal, será porque no prestó demasiada atención en comprobar la solvencia de los distintos firmantes de la letra, o porque estos, por las razones que sean, no han podido después cumplir la obligación que había contraído al firmar la letra en calidad de librador, librado, aceptante, avalista, etc. Sería realmente una resurrección de la "prisión por deudas" que a la vista del impago de la letra, previamente descontada a sabiendas de su carácter de favor, el Banco pudiera acusar de estafa a quien la presentó al descuento, al librado, aceptante, etc. Naturalmente que al Banco le gustaría disponer de ese arma para, en última instancia, constreñir al deudor al pago del crédito concedido, pero ello aparte del principio de responsabilidad patrimonial consagrado en el art.

1911 del Código Civil, infringiría el principio de la libre autonomía de la voluntad que hace depender el cumplimiento de la obligación de la voluntad del deudor. El crédito, como dice Larenz(31), no es un derecho de servicio sobre una persona determinada, ni sobre su actividad. Ciertamente, el acreedor puede influir en la voluntad del deudor, recordándole su obligación y advirtiéndole de las consecuencias de su incumplimiento. Pero hasta ahí llegan sus facultades. Si de algún otro modo fuerza al deudor al cumplimiento con la amenaza de que si no cumple, lo convierte en un preso, es decir, lo puede llevar a la cárcel por delito de estafa, no solo subvierte las bases del Derecho de obligaciones, sino el carácter de ultima ratio del Derecho Penal y el principio de intervención mínima, desnaturalizando, al mismo tiempo, la esencia del delito de estafa(32).

Esta tesis es tan evidente que no debería siquiera plantearse en estos casos un problema jurídico penal por el impago, y mucho menos por el delito de estafa, salvo que por la vía de la insolvencia dolosamente provocada para evadirse de las consecuencias de su incumplimiento una vez contraída validamente la obligación, podamos considerar el hecho como constitutivo de una de las insolvencias punibles y concretamente como un delito de alzamiento de bienes previsto en los arts. 257 y 258 del Código Penal(33). La diferencia entre este delito y la estafa es, por lo demás evidente: en la estafa hay engaño previo y, por tanto, la obligación está ya desde su inicio viciada; en las insolvencias punibles, las obligaciones, cuyo cumplimiento y responsabilidad se evade a través de la creación de una situación de insolvencia, son inicialmente válidas. En las insolvencias punibles lo que se castiga no es el incumplimiento de las obligaciones, sino el que el deudor, para evadirse del deber de responsabilidad patrimonial impuesto por el art. 1911 del Código Civil para afianzar el cumplimiento de sus obligaciones, sustrae sus bienes, ocultándolos o haciéndolos desaparecer de algún modo, a la acción de los acreedores(34).

b) Imaginemos, sin embargo, ahora un segundo grupo de casos en los que el Banco desconocía el carácter de favor de la letra, bien porque no se cercioró de ello, bien porque el librador de la misma no lo dijo o mintió en el momento del descuento. La situación no cambia mucho respecto a lo que hemos dicho anteriormente. De hecho, la letra, como título-valor abstracto que es, desconectada de la obligación principal que le dio origen, sigue siendo tan válida con provisión de fondos, como sin ella, y salvo que sea en la

(31) Derecho de obligaciones, Madrid, 1958, tomo I; DÍEZ-PICAZO, ob. cit. (nota 3), p. 351 y ss.
(32) Sobre las diferencias entre ilícito civil e ilícito penal en esta materia, véase VALLE MUÑIZ. Ob. cit. (nota 1).
(33) Sobre las diferencias entre la estafa y las insolvencias punibles, concretamente el alzamiento de bienes, véase MUÑOZ CONDE, RJCat. 1977, y demás bibliografía citada en nota 7.
(34) Así ya en MUÑOZ CONDE. *El delito de alzamiento de bienes*; el mismo, *Parte especial*.

relación entre librador y librado, ninguna excepción se puede oponer a su pago por esta causa, inexistencia de la provisión de fondos, al tenedor de la misma. Esto es precisamente lo que la convierte en un instrumento ideal para afianzar la concesión de un crédito y para que pueda utilizarse en el tráfico jurídico-económico, a través del endoso, en sucesivas operaciones de crédito, redescuentos, etc. La letra de cambio, una vez que tiene las dos firmas de responsabilidad requeridas por el art. 178 del Código de Comercio, es tan susceptible de descuento como cualquier otra, e incluso si el Banco llega a descontarla con solo una firma, la del librador, ello solo representaría para el propio Banco un riesgo adicional, pero en absoluto un engaño(35).

Es muy importante tener en cuenta este dato, porque castigar también en estos casos por estafa al que de este modo consigue el descuento de la letra, significa tanto como proteger las "alegrías" y escasas precauciones de los Bancos a la hora de conceder un crédito. Pero es que además ello supone ignorar que el Banco a través de la exigencia de la presentación de una letra para su descuento, puede estar encubriendo un contrato usurario o cualquier otro hecho inmoral o delictivo, o simplemente eludiendo los límites impuestos por la autoridad estatal a la concesión de créditos, para evitar una excesiva cartera de morosos o por cualquier otra razón de política financiera general. Sería desde luego paradójico que las consecuencia negativas, no solo económicas, sino también penales, de una política crediticia demasiado audaz de un Banco, para captar mas clientes, dar una buena imagen del mismo en el mercado, hacer competencia desleal a otros Bancos o incluso para encubrir o realizar operaciones delictivas de administración fraudulenta por parte de sus dirigentes, recayera sobre las personas a las que se concedieron créditos "blandos", casi "regalados", apenas presentaron cualquier papel o documento que acreditara un mínimo de solvencia o simplemente el compromiso de pagar ese crédito en el futuro. Precisamente, este tipo de operaciones es el que provocó la crisis y luego la intervención de uno de los Bancos mas importantes del país, además de otras operaciones de administración fraudulenta, ocultación de datos o fingimientos de activos en la oferta de acciones para la ampliación de capital con la que se pensaba salir de la crisis, etc., etc. Desde luego, no parece que la mejor manera de evitar una política crediticia de este tipo sea convertir a los beneficiarios de los créditos en delincuentes, cuando llegado el momento estos no devuelven los mismos y para su obtención presentaron unos papeles que el Banco les exigió como una formalidad más, sin preocuparse lo más mínimo de cerciorarse de la existencia de las operaciones que se suponen subyacían a los documentos presentados, fueran letras de cambio, cheques o cualquier otro.

(35) En este sentido BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho Penal económico*. Citado en nota 9, p. 378.

c) Hay todavía un tercer grupo de casos, en los que la letra va girada a nombre de personas inexistentes o simplemente se falsifican los nombres del librado o aceptante, determinando que el Banco descuente la letra, desconociendo dichos extremos.

En principio, lo primero que hay decir respecto a este grupo de casos es que, conozca o no el Banco este extremo, hay una falsificación del propio documento utilizado para la consecución del crédito y desde ese momento una falsedad en documento mercantil, cuya tipicidad específica está contenida en el art. 303 del Código Penal vigente, que además para evitar cualquier duda al respecto menciona expresamente como documento mercantil por excelencia la letra de cambio. Esta falsedad puede ser a su vez un medio para cometer un delito de estafa, con el que estará en el correspondiente concurso medial de delitos a tratar conforme a lo dispuesto en el art. 71 del Código Penal(36). Pero su punición como tal no depende desde luego de que a su vez haya o no estafa, ya que la propia importancia del documento mercantil, y concretamente de la letra de cambio, en el tráfico jurídico económico ha determinado que el legislador le dé a su falsificación un tratamiento penal autónomo más parecido al de las falsificaciones de documentos públicos u oficiales que a la de los documentos privados, con los que obviamente guarda el documento mercantil mas parentesco. El art. 303 del Código Penal no exige para el castigo de la falsificación del documento mercantil mas que la realización en el documento de alguna de las conductas previstas en el art. 302, cualquiera que sea la finalidad del que la realice, ponga en peligro, lesione o no a otro bien jurídico distinto al del tráfico jurídico-mercantil al que sirven dichos documentos. La falsificación del documento privado, por el contrario, solo es punible según el art. 306 si se realiza en perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, con lo que ya lleva incluido en el tipo legal un elemento adicional, el perjuicio o el ánimo de causarlo, característico de la estafa, con la que está en una relación de concurso de leyes y no de delitos(37).

(36) Tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia es criterio absolutamente dominante que la relación entre falsedad en documento público, oficial o de comercio, realizada por funcionario o particular (arts. 302 y 303 del Código Penal), y el delito de estafa genérica es de concurso ideal (medial) de delitos (así, por ej., MUÑOZ CONDE. *Parte Especial* cit., 9ª ed., pp. 284, 551); no obstante, algunos autores niegan la posibilidad concursal en el caso de la estafa por otorgamiento de contrato simulado (art. 532, 2º) (así, por ej. GONZÁLEZ RUS, en VARIOS. *Manual de Derecho penal (Parte Especial), II. Delitos contra la propiedad*. Madrid, 1992, p. 192; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en COBOS/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS. *Manual de Derecho penal, Parte Especial*. II, Madrid 1991, p. 269); y VIVES ANTÓN. Parte Especial citada en nota 10, p. 927, cuestiona que se pueda hablar de concurso de delitos "aún en los casos en que la lesión de la seguridad del tráfico (o sea, el peligro) producida por la falsedad, se agote y consuma en la lesión patrimonial". De todos modos, la admisión del concurso ideal entre ambos delitos sigue siendo doctrina generalmente admitida.

(37) Doctrina y jurisprudencia también dominantes; además de la bibliografía citada en nota anterior, véase SOTO NIETO, en BENYTEZ MERINO y otros. *Las falsedades documentales, Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*. Madrid, 1994, p. 189 y ss.

Si se aplican pues estas elementales nociones basadas en la tipificación de la falsificación del documento mercantil a los supuestos antes contemplados de obtención de crédito a través de la utilización de instrumentos cambiarios falsificados, no hay ya ninguna necesidad de recurrir a forzar el concepto de estafa, para incluir estos comportamientos en la misma, ni a la creación de un tipo específico de estafa de crédito al modo que se hizo en el Código Penal alemán con el parágrafo 265 b)[38]. Si el delito de estafa, bien en grado de tentativa o de consumación, se da además, habrá que aplicar las reglas del concurso medial de delitos anteriormente citadas; de no ser así, el bien jurídico institucional protegido en la falsificación del documento mercantil, el tráfico jurídico mercantil y la propia idoneidad del documento para cumplir las funciones que tiene asignada en dicho tráfico[39], queda suficientemente protegido con el castigo de este hecho delictivo.

Naturalmente, que ello no excluye la dificultad existente en algunos casos para castigar también la falsificación del documento mercantil. Piénsese en conductas tan frecuentes como la falsificación de la propia firma por parte del aceptante para alegar en su día la "no conformidad" de la misma[40], o en las letras de favor descontadas en base la presentación al Banco de unos documentos privados previamente falsificados, cuando el perjuicio a este o el ánimo de causárselo que exige el art. 306 del Código Penal no llegue a verificarse o simplemente no sea demostrable. Pero en el primer caso, la falsificación de la propia firma por parte del aceptante, el problema se presentará en el momento del vencimiento de la letra y entonces ya hay estafa consumada, con perjuicio y ánimo de causarlo, cualquiera que sea después lo que suceda en el correspondiente juicio ejecutivo, con lo que, aunque se considere que no hay falsedad[41], siempre cabe castigar por la estafa consumada;

(38) Véase supra B).

(39) Que las falsedades documentales, sobre todo las que recaen sobre documentos públicos, oficiales o de comercio, no son delitos meramente instrumentales, lo demuestra precisamente la propia autonomía del bien jurídico protegido en ellas, que no es ya solo una genérica fe pública o seguridad en el tráfico jurídico fiduciario, sino la propia funcionalidad del documento en las relaciones jurídicas como garantía de quién es su autor, y como medio de perpetuación y constatación de su contenido; en este sentido GARCÍA CANTIZANO. *Las falsedades documentales*. Valencia, 1994, p. 118 y ss, quien propugna, con convincentes argumentos, que es la propia **funcionalidad del documento** el específico bien jurídico protegido en la falsedad documental.

(40) La "falsificación" de la propia firma, en realidad, no afecta a la autenticidad, ni a la veracidad del documento y por lo tanto no puede constituir un delito de falsedad documental, pero nada impide que sea un engaño idóneo para cometer un delito de estafa (en este sentido MUÑOZ CONDE. Parte Especial citada en nota 3, p. 552).

(41) A favor de la conceptuación de este supuesto como de un delito de falsedad documental, véase STS 26 enero 1968, 12 de febrero de 1986 y QUINTANO RIPOLLÉS. Tratado citado en nota 3, vol. IV, coordinado por Gimbernat, Madrid, 1967, p. 632 y 654. En contra, por las razones ya dichas en nota anterior, MUÑOZ CONDE. lug. cit.; GARCÍA CANTIZANO. Ob. cit. en nota 30, p. 203, quien propugna, sin embargo, la posibilidad de la falsedad para los supuestos de firmas registradas o reconocidas ante determinados organismos o instituciones (notarios, administradores de sociedades ante instituciones bancarias, etc) (p. 204).

o, como sucede en el segundo caso, ni siquiera se considera engaño bastante y suficiente para provocar un error en el Banco el que el descuento se consiga con una falsificación de documentos privados que en si mismos carecen de cualquier relevancia probatoria: si el Banco descuenta en virtud por ej. de un contrato privado falso de compraventa en el que el supuesto comprador se compromete a aceptar las letras que el Banco va a descontar, el problema es para el Banco tener directores o administradores que descuenten letras de cambio giradas con ese tipo de fundamento. Sucede aquí algo parecido a lo que ocurre con las letras giradas a nombre de personas imaginarias (tirage a l´air), que el Banco con un mínimo de diligencia puede comprobar no existen o incluso conoce tal extremo, o cuando el propio Banco descuenta letras sin acepto presentadas con la sola firma del librador(42). En todo momento, hay que tener, pues, en cuenta, tanto a la hora de castigar por el delito de falsedad en documento mercantil, como por el de estafa, consumada o intentada, o por los dos a la vez base al correspondiente concurso, la idoneidad tanto de la falsificación, como del propio documento para cumplir la tarea de servir de base o de instrumento para la concesión de un crédito.

Es curioso que por esta vía, la del castigo por la falsedad del documento mercantil, se consiga el mismo efecto que en el Código Penal alemán se quiere conseguir con la tipificación expresa de la estafa de crédito en las condiciones anteriormente vistas, sin que ello suponga la desnaturalización del delito de estafa y mucho menos el descubrimiento de un nuevo bien jurídico protegido de carácter económico, el sistema crediticio en su conjunto o el funcionamiento del mismo, cuyo merecimiento de protección penal(43) no deja de ser uno de los desideratums característico del moderno Derecho penal, la protección de bienes jurídicos institucionales a través de la creación de delitos de peligro abstracto(44). Pero no parece esta una vía adecuada, cuando además ello no supone ni siquiera lo único que puede justificar la introducción de un nuevo tipo delictivo en esta o en cualquier materia: la cobertura

(42) Sobre estos supuestos, negando la posibilidad de la estafa, BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho Penal económico*. Citado en nota 9, p. 378.

(43) La protección de un bien jurídico a través del Derecho Penal supone un doble juicio de valor que, por un lado, recae sobre el propio bien jurídico, como un interés realmente fundamental para el individuo y la sociedad; pero que, por otro lado, supone que la conducta que lo pueda lesionar sea también una conducta merecedora de pena. Esta doble valoración, la del bien jurídico como merecedor de protección penal y la de la conducta como merecedora de sanción penal, es una tarea políticocriminal que debe llevarse a cabo siempre antes de decidir si se incrimina o no penalmente un determinado comportamiento, basándose para ello en criterios de Justicia y de utilidad y no solo en razones coyunturales o puramente pragmáticas (para mas detalles véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1992, p. 67 y ss.)

(44) Sobre las tendencias del moderno Derecho penal a proteger bienes jurídicos institucionales de difícil delimitación a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia 1995, pp. 22 ss. y 54 y ss.

de escandalosas lagunas de punibilidad que se dan cuando la conducta, a todas luces merecedora de sanción penal, no está tipificada en las leyes penales actualmente vigentes o no lo está de un modo satisfactorio. En este sentido, hace ya tiempo que advertí de lo que puede considerar como una actitud ideológica a la hora de tipificar nuevos delitos contra el orden económico que no son mas que repeticiones, a veces absurdamente privilegiadas, de tipos delictivos ya existentes o pretextos para justificar deficits de funcionamiento de otras ramas del ordenamiento jurídico mas idóneas para solucionar el problema que con la nueva regulación se quiere solucionar(45). No deja de ser revelador de lo que acabo de decir que la tipicidad específica del Código Penal creada en 1976 (parágrafo 265 b, estafa de crédito) apenas haya sido aplicada en la práctica y que incluso el Consejo Bancario Alemán haya considerado innecesaria su tipificación(46).

Por todo ello, tampoco se puede ser muy benevolente con preceptos como el art. 290 del Código penal de 1995, que castiga con una pena prácticamente idéntica a la de la falsificación de documentos mercantiles (art. 369) y menor que la de la estafa (arts. 289 y 290), "a los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, al alguno de sus socios, o a un tercero", ya que el precepto no añade nada nuevo a lo que ya de por si constituiría una falsedad en documento mercantil (¿qué cuentas anuales de una sociedad u otros documentos que deban reflejar su situación jurídica o económica no tienen este carácter?) y, por otra parte, puede dar la impresión de que esto actualmente no es delito, o que solo lo es en el ámbito de las sociedades o cuando se produzca algún tipo de perjuicio, lo que desde luego no es el caso en el Derecho vigente. Por supuesto, que una falsificación de balances o de cuentas de ganancias y pérdidas puede ser un medio idóneo para cometer un delito de estafa (de crédito), en la medida que se realice para aparentar solvencia y conseguir por ej. un préstamo bancario, pero eso hoy por hoy es un delito tipificado en el art. 303 del vigente Código Penal, por cierto con una pena más grave, sin necesidad de demostrar ningún perjuicio adicional, que caso de darse (¿que "maquillamiento" de balances se hace solo por razones estéticas?), daría lugar al correspondiente delito de estafa a castigar a su vez conforme a las reglas del concurso medial(47).

(45) Véase MUÑOZ CONDE. *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico*. Citado en nota 11.

(46) La Unión Federal de Bancos en 1977 manifestó un criterio opuesto a la criminalización del abuso cambiario propuesto en el Proyecto Alternativo y por algún autor alemán, como OTTO, véase, al respecto, TORIO LÓPEZ. "Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal". En: *Estudio penales y criminológicos*. Tomo V, Santiago de Compostela, 1982, p. 104 y ss.

(47) En la regulación que propone el artículo 292 del Proyecto de 1994 la cuestión del concurso con la estafa ya no estaría tan clara, pues en la tipicidad se exige expresamente que el falseamiento de las cuentas

4. Recapitulación y reflexión final: ¿Es necesaria realmente la creación de un delito autónomo de estafa de crédito?

Si bien para la protección del derecho de crédito individualmente considerado parecen suficientes los preceptos existentes en el Código Penal vigente, sobre todo aquellos que castigan las falsedades documentales y la estafa, surge una cierta insatisfacción al comprobar que, en algunos casos, la realidad económica requiere instrumentos mas específicos para abordar satisfactoriamente una serie de problemas característicos de la sociedad moderna que no acaban de solucionarse con las previsiones típicas ya existentes en los Códigos Penales tradicionales. La complejidad de las actuales relaciones económicas ha hecho surgir la demanda por una más enérgica intervención del Derecho Penal en ámbitos tradicionalmente alejados de su ámbito de aplicación. No deja de ser de todos modos chocante que, aun en los casos en los que esa aplicación del Derecho Penal clásico no ofrecía ningún problema, se haya obviado recurrir al mismo por razones extrajurídicas o por lo menos no estrictamente derivadas de los principios de legalidad y oficialidad que, salvo contadas excepciones de delitos solo perseguibles a instancia de parte, son los que deben presidir en el Estado de Derecho la intervención del Derecho Penal. Han sido sucesos lamentables ocurridos en los últimos años en el mundo económico, sobre todo bursátil, financiero y bancario, los que han puesto de relieve la necesidad de una más enérgica intervención del Estado en el disciplinamiento de sectores económicos de gran trascendencia en la vida del país.

Sin embargo, los hechos que han dado lugar a esta preocupación se han dado más por negligencia de la Administración en el control de esas actividades que por insuficiencias de los preceptos actualmente existentes en el Código Penal, por más que haya que reconocer que estos preceptos están pensados para una realidad económica muy distinta a la presente. El que el Derecho Penal vigente no haya tenido ningún efecto disuasorio o intimidante en la prevención de esos hechos, se debe más al clima de impunidad en el que tales actividades se han dado que a lagunas de punibilidad realmente

---

de la sociedad se lleve acabo para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, lo que, en todo caso, parece indicar que sin ese ánimo especial la falsedad en sí misma es impune. Con esta regulación se pueden provocar además lagunas de punibilidad en relación con las falsedades de la información social en el proceso de constitución de las sociedades, confección de balances, etc. Aunque no parece desaconsejable la configuración de un Derecho Penal específico para sociedades mercantiles, en el que se tengan en cuenta todos estos aspectos, la verdad es que ni siquiera los preceptos actualmente existentes sobre falsedades documentales , estafas, apropiación indebida, etc, se aplican en casos en los que podrían aplicarse sin ninguna lesión del principio de legalidad y con un escrupuloso respeto a la legalidad vigente. Las razones de esta impunidad son, pues, mas de tipo social o ideológico que jurídico (en este sentido, véase MUÑOZ CONDE. *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico*. Citado en nota 11, p. 116 y ss.).

existentes. Si, por ej., un Banco, de los más importantes del país, hace una ampliación de capital a gran escala, contando con la aprobación de la Comisión Nacional de Valores y del propio Banco de España, en un momento en el que se encuentra en una grave crisis, sin que esta sea comunicada a los posibles suscriptores de la ampliación, a los que, en cambio, se les ofrece unas perspectivas halagüeñas, la cobertura de dicha ampliación por uno de los Bancos internacionales mas prestigiosos, etc., y todo ello unos meses antes de ser intervenido por la propia Administración, con la consiguiente depreciación de las acciones hasta tres veces menos su valor, venta en subasta a otro Banco de la competencia, etc., hay algo que permite sospechar la presencia de un delito de estafa a gran escala, por más que, como en todo delito de estafa, los promotores de la "brillante" solo idea pretendieran salir de la crisis, aunque eso sí de forma bastante arriesgada para el propio Banco y sus accionistas, que estuvieron a punto de perder todos sus ahorros o que, en todo caso, perdieron buena parte de ellos. Si además resulta que en el curso de la investigación subsiguiente a la intervención se demuestran anomalías contables, falsificaciones documentales, ventas simuladas, concesiones de "créditos blandos" a sociedades interpuestas prácticamente inexistentes o para actividades ruinosas, mala administración del capital social en perjuicio de los accionistas o del propio Banco y en beneficio personal de sus Administradores, etc., la evidencia de delitos de falsedades documentales, apropiación indebida, estafas varias, aparte de los ilícitos fiscales, a que todo ello ha dado lugar, parece también fuera de toda duda. Para mayor INRI existe toda una legislación administrativa (Ley 29/1988, del 19 de julio), que prevé una serie de sanciones de este carácter, compatibles por cierto con las penales propiamente dichas (art.2), responsabilidad de las personas jurídicas (art.9) conjunta con la de sus administradores (arts.12 y 15), amén de una actividad preventiva por parte de la propia Administración, adopción de medidas cautelares, etc.[48], cuya aplicación, salvo en lo que se refiere a la intervención del propio Banco por el Banco de España, ha brillado por su ausencia.

Parece, sin embargo, que todas las previsiones contenidas en la Ley 29/1988 deberían de por si ser suficientes para el disciplinamiento de un sector básico para la economía en su conjunto, como es el sistema bancario. Y también pueden considerarse una respuesta adecuada del ordenamiento jurídico las sanciones penales previstas para los casos en los que con ocasión del ejercicio de la actividad bancaria, y no solo del incumplimiento o frustración de los créditos concedidos, se cometan delitos de falsedades documentales, apropiación indebida, estafas, insolvencias punibles, maquinaciones

(48) Sobre esta legislación y sobre el Derecho Penal bancario en España, véase el trabajo de SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit.

para alterar el precio de las cosas, etc. Incluso podría quizás arbitrarse una serie de agravaciones de los delitos tradicionales para los supuestos en los que dichos delitos se realicen en relación con un ejercicio abusivo de la actividad bancaria.

No obstante, la repercusión de estos hechos en sectores económicos mas trascendentes que los puramente patrimoniales individuales, sobre todo cuando se dan en el ámbito de las Sociedades mercantiles, ha hecho surgir en muchos países un Derecho Penal específico para sociedades mercantiles, en el que se castigan los abusos más característicos que se dan en el seno de estas por parte de sus administradores o directivos, y que o bien no son perfectamente reconducibles a los tipos delictivos tradicionales, o bien requieren una intervención del Derecho Penal en la fase anterior a la producción de un perjuicio o incluso independientemente de la producción o no del perjuicio para la sociedad o a para terceros. Surgen así los llamados "delitos societarios o financieros", de los que los Proyectos de Código Penal habidos en España desde 1980 hasta el Código Penal de 1995 ofrecen diversos modelos regulativos no del todo coherentes(49). Uno de estos delitos societarios y concretamente el de falsificación de cuentas anuales, balances, etc., puede servir para, entre otras cosas, sancionar la obtención fraudulenta de crédito cuando se lleve a cabo por los Administradores de una sociedad(50). En realidad, no se ve cuales son las ventajas y las novedades que este sistema puede representar frente a la actual punición, de forma genérica de la falsedad de documentos mercantiles prevista en el art. 303 del vigente Código Penal, salvo que mas bien reduce su ámbito de punición al ámbito de las sociedades, lo que tampoco parece una restricción muy aconsejable desde el punto de vista políticocriminal.

Sin embargo, en el ámbito bancario sí puede ser recomendable, siguiendo con ello precedentes ya existentes en el Derecho Comparado(51), la creación de un Derecho Penal específico de la actividad bancaria, en el que se tipifiquen expresamente no solo las conductas en las que el Banco es víctima

(49) Sobre estos "delitos societarios" y su regulación en los Proyectos de Código Penal, véase RODRÍGUEZ MOURULLO: "Algunas consideraciones generales sobre delitos societarios". En: *ADP.* 1984; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO. "Los delitos societarios en la reforma penal proyectada". En: *Partida Doble*. num. 32, 1993; TERRADILLOS BASOCO. *Delitos societarios*. Madrid, 1987, quien realiza una serie de interesantes consideraciones sobre el significado de las Directrices de la Comunidad Económica Europea en la configuración de un Derecho Penal específico para sociedades mercantiles.

(50) En este sentido se pronunció ya respecto a un precepto análogo en el Proyecto de Código de 1992, SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit, p. 907.

(51) Sobre los modelos francés, italiano y alemán informan ampliamente DOLCINI/PALIERO. "Il diritto penale bancario, itinerari di diritto comparato". En: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1989, p. 940 ss. (un resumen de este trabajo en francés se ha publicado en la Revue de science criminelle et droit penal comparé, 1988, p. 653 y ss.); también SILVA SÁNCHEZ. Ob.cit.

de delitos relacionados específicamente con su actividad, sino otras en las que el Banco o sus administradores son a su vez sujetos activos de otros delitos. Desde luego parecería un contrasentido que con la previsión específica de tipos como la estafa de crédito del Código Penal alemán, se protegiera al Banco en su específico rol de "dador de crédito" y se dejaran impunes actividades abusivas del propio Banco en la concesión de ese crédito, bien ofreciéndolo en condiciones leoninas, bien en condiciones que perjudiquen al propio Banco, a sus accionistas o a terceros. Pero, en todo caso, la creación de estos nuevos tipos de delitos debería evitar duplicaciones de los tipos ya existentes y, sobre todo, atenuaciones sospechosas de los marcos penales de los delitos ya existentes(52), o condiciones de perseguibilidad (previa querella de los perjudicados) que dificulten aún más su persecución penal(53).

Si se ordenara el sistema crediticio y sobre todo el bancario-financiero de manera coherente con las funciones sociales que los bancos y demás entidades financieras deben cumplir, quizás habría una cierta necesidad de crear tipos que penalizaran expresamente la obtención fraudulenta de crédito, juntamente con otros en los que el propio banco o sus administradores fueran sujetos activos, y ello no tanto para proteger el derecho de crédito individual, para lo que ya son suficientes los tipos delictivos ya existentes, sino el sistema crediticio socialmente considerado como una de los aspectos mas importantes del orden económico colectivo, al servicio de los intereses económicos y sociales generales y no solo en beneficio de intereses especulativos y del enriquecimiento de unos pocos a costa del dinero de los demás. Hoy por hoy, habrá de reconocerse, sin embargo, que el crédito que se concede por los Bancos es un crédito que favorece más los intereses particulares de los grandes empresarios y banqueros, que la ayuda a la pequeña y mediana empresa o al financiamiento de obras sociales, construcción de escuelas, centros de deshabituación para drogadictos, etc.; o, como decía el profesor Torio López en un clarividente trabajo pionero sobre este tema(54), que el cré-

(52) Como ya puse de relieve respecto a la regulación de estos delitos en el Proyecto de 1980 en mi trabajo La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico, citado en nota 11, p. 116 y ss. También advierte de este peligro TERRADILLOS BASOCO, trabajo citado en nota 54, p. 71.

(53) No deja de ser chocante por ej., que en el Proyecto de 1994 la persecución de estos delitos societarios, cuya repercusión socioecónomica parece evidente y es el fundamento de su tipificación expresa, quede supeditada a la presentación de querella por parte de los perjudicados o sus representares legales, dejándose solo al Ministerio Fiscal la posibilidad intervenir en el caso de incapaces, menores o ausentes, **o cuando se aprecie peligro para los intereses generales** (art. 297). Por lo visto, al Proyecto le parece que estos delitos son, en principio, un asunto que debe resolverse "entre caballeros", evitando dentro de lo posible la intervención del Derecho Penal.

(54) En Estudios penales y criminológicos, citado en nota 37, p. 115. Precisamente, el carácter social de un instrumento de fomento de actividades de importancia para los intereses económicos y sociales generales, como es la **subvención pública** es lo que justifica un delito estructuralmente muy parecido al de la estafa de crédito como es la **estafa de subvenciones**, que tipifica el Código Penal español en el art. 350 y que en el Código Penal alemán se introdujo, juntamente con la estafa de crédito, en la reforma de

dito que se pretende proteger con los medios del Derecho Penal, como una parte del orden socioeconómico, es un crédito amorfo, arbitrario, que muchas veces sirve más para financiar actividades que nada tienen que ver con el orden socioeconómico, como un Eros-Center o una casa de Bingo, que para apoyar actividades de lucha contra la marginación social o el paro, que desde luego en términos estrictamente lucrativos son mucho menos rentables que las otras. Que a este sistema crediticio se le quiera dar una protección especifica más allá de las previsiones penales actualmente existentes, a través de la creación de delitos de peligro abstracto o robusteciendo la eficacia de instrumentos crediticios que lo mismo pueden servir para financiar una actividad delictiva que para encubrir un negocio usurario, no parece desde luego la mejor tarjeta de presentación de lo que debe ser el Derecho Penal económico de un Estado social y democrático de Derecho y desde luego podría darles la razón a quienes consideran que todavía más peligroso que atracar un Banco es fundar uno.

1976 (parágrafo 264), configurándose junto con el delito fiscal como uno de los claros exponentes del Derecho Penal económico en sentido estricto, como instrumento protector de la mayor importancia de la intervención del Estado en la economía, bien a través de la actividad recaudatoria (impuestos), bien a través del gasto público (subvenciones) (para más detalles, véase ARROYO ZAPATERO, Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones, Madrid, 1987. Sobre las diferencias entre el Derecho Penal económico en sentido estricto y el Derecho Penal económico en sentido amplio en relación con esta materia, además de mi artículo citado en nota 11, puede verse mi contribución al homenaje a Klaus Tiedemann, Bausteine des europäischen Witschaftsstrafrechts, 1994, p. 62 y ss.).

El papel del engaño en el delito de estafa

Adán NIETO MARTÍN
(España)

SUMARIO: I. Presupuestos y justificación de un eurodelito de estafa. **1.** Estafa y fraude como tipologías delictivas diferentes. **2.** Estafa y estafas en el ámbito previo: también dos tipologías diferentes. **3.** ¿Es necesario construir un modelo común de estafa en la UE? **II.** Objetivo y subjetivo en la estafa: cuatro modelos diferentes y su reflejo en el derecho comparado. **III.** El engaño. **1.** Los intereses político criminales en la formación del engaño. **2.** ¿Cómo describir el engaño? **IV.** Conclusiones.

Uno de los trabajos del Prof. Tiedemann de cuya lectura más he disfrutado y aprendido es sin duda su comentario al § 263 StGB en el Leipziger Kommentar. En sus compases preliminares se muestra la maestría de Klaus Tiedemann en la presentación del derecho comparado al exponer las diferentes concepciones que en los países de la UE existen entorno a esta figura clave. Su lectura fue decisiva en la redacción de este trabajo, que responde por otro lado a una tarea muy **tiedemanniana**, la confección de **eurodelitos**, es decir, de tipos penales, que en su día puedan servir de inspiración al legislador europeo con el fin de armonizar el Derecho Penal estatal o incluso crear un auténtico Derecho Penal federal. Si existe la voluntad política necesaria, tras la esperable aprobación del Tratado de Lisboa, resultará posible un Derecho Penal común para la protección de los intereses financieros de la UE e incluso en una segunda fase un Derecho Penal común destinado a combatir la criminalidad transnacional de carácter grave. A comienzos de siglo Klaus Tiedemann nos reunió a un grupo de penalistas europeos con el fin de formular tipos penales comunes que abarcaran la totalidad del Derecho Penal económico, lo que dio sus frutos en *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäische Union*(1). Poco tiempo después, continuamos esta tarea formulando

(1) TIEDEMAN (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäsiche Union. Köln. 2002. Hay una versión reducida en castellano, El Derecho Penal económico en la Unión Europea, 2ª ed, Cuenca, 2006; esta

eurodelitos de fraude y corrupción[2]. El trabajo que ahora presento constituye, con escasas modificaciones, mi contribución a ese trabajo que, como puede apreciarse, muestra el magisterio que Klaus Tiedemann siempre ha tenido en mi orientación como penalista.

I. PRESUPUESTOS Y JUSTIFICACIÓN DE UN EURODELITO DE ESTAFA

1. Estafa y fraude como tipologías delictivas diferentes

Como bien es sabido uno de los conceptos más difusos del Derecho Penal es el de fraude. De ello da muestra la incipiente legislación penal europea, que en ocasiones considera el fraude como un sinónimo de la estafa[3] y en otras, como ocurre con las normas relativas a la cooperación penal entre los países miembros de la UE, distingue ambos conceptos[4]. No obstante e incluso en estos textos, la dualidad fraude-estafa desaparece en algunas versiones lingüísticas de las normas europeas, como por ejemplo en la alemana donde el término *Betrug* designa tanto la palabra fraude como la estafa.

Solo en algunos ordenamientos latinos, donde el concepto de engaño se ha formulado restrictivamente, cobra algún sentido la mencionada diferenciación. Mientras que el engaño, la estafa, designaría en sentido estricto formas de comportamiento activas, acompañadas de una cierta *mise en scene*, el concepto de fraude o defraudación se aproxima a la idea de deslealtad o a la defraudación de expectativas de comportamiento. Este extremo ha sido y es particularmente notorio en el Derecho español. Antes de la reforma del tipo de estafa operada en 1983, este precepto incluía tanto supuestos de engaño, como otros próximos a la administración desleal[5]. Mientras que ahora, el delito de administración desleal (art. 295 del CP) tiene como elemento típico el carácter fraudulento del comportamiento[6]. Pero ha sido sobre todo la discusión en torno al término defraudar, en el delito fiscal (art. 305),

versión también se ha editado en Méjico por el Inacipe, El Derecho Penal económico en la Unión Europea, Méjico, 2006.

(2) ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo, Cuenca, 2006, con introducción de TIEDEMAN, p. 29 y ss.

(3) A sí por ejemplo, el art. 29 del TUE, el Anexo 2 al Convenio Europol (DOCE C 316/30, de 27-11-1995) o el art. 4 de la Decisión marco de 28 de febrero del 2002 por la que se crea Eurojust, (DOCE L 68/1, de 06/02/2002.

(4) Vid. art. 2 de la Decisión marco por la que se establece la orden de detención y entrega europea (DO L 190/1, de 17/07/200) y a partir de aquí el conjunto de decisiones marco que desarrollan el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de cooperación judicial.

(5) BACIGALUPO ZAPATER, La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español, en AA.VV. Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann. UAM, Madrid, 1995, p. 387 y ss.

(6) Vid. NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona, 1996, p. 278.

acaecida en los primeros años noventa la que probablemente haya arrojado más luz sobre esta cuestión. Mientras que para un sector doctrinal fraude equivalía inexorablemente a engaño, con lo cual se negaba la posibilidad de realizar el delito fiscal a través de una conducta omisiva, basada en una expectativa de comportamiento, como es la no presentación de la declaración tributaria, otros, en cambio, señalaban que defraudar tiene tanto el significado de engaño, como el de frustración de expectativas, por lo que el legislador en el delito fiscal no habría querido restringir los medios de comisión del delito fiscal a los puramente engañosos(7).

Esta discusión, por mucho que haya tenido lugar únicamente entre nosotros, tiene un importante contenido político criminal, pues pone de manifiesto la existencia de dos modelos delictivos diferentes, el del fraude y el de la estafa, entre los que existe una relación de inclusión, por ser el primero más amplio(8). El concepto de fraude se concreta en la mayoría de los países en la protección de la Hacienda pública, a través de los delitos de fraude fiscal y fraude de subvenciones. En todos los ordenamientos la protección penal de la Hacienda pública se ha ido desvinculando del delito de estafa, apareciendo figuras delictivas cuyo medio comisivo ya no es solo el engaño, sino la infracción de deberes ante la administración, ya sea como obligado tributario o como beneficiario de una subvención. El "no engañar" supone en este esquema la infracción de un deber de veracidad muy básico y rudimentario, que constituye la parte más evidente de un conjunto de deberes de comunicación más amplio. Como muestra especialmente el derecho alemán, en la tipificación del delito fiscal y del fraude de subvenciones, la sanción de "estafas imprudentes" resulta acorde y coherente, al menos técnicamente, dentro de este modelo, pues cerciorarse de la veracidad objetiva de los datos forma parte del deber la comunicación veraz. Igualmente resulta posible y coherente la sanción del fraude de ley, al menos del fraude de ley encubierto, pues no se trata solo de una información veraz, sino también completa que se extiende a todos los datos relevantes que la administración necesita(9).

El modelo de fraude, más amplio y punitivo que el de la estafa, se legitima a partir de dos ideas: la mayor importancia social del patrimonio público frente al privado, unida a la importancia de tributos y subvenciones como

(7) Por todos MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, El delito de defraudación tributaria, Revista Penal, 1, 1997, p. 57.

(8) Lo ha destacado recientemente con toda claridad SÁNCHEZ ORTIZ GUTIÉRREZ, El elemento fraude en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Marcial Pons, Madrid, 2003, en conclusión p. 123 y ss).

(9) Sobre el fraude de ley NIETO MARTÍN, Fraudes comunitarios. Derecho Penal económico europeo. Barcelona, 1996, p. 44 ss. Por la razón expresada, no comporto la crítica de Silva en SALVADOR CORDECH/SILVA SÁNCHEZ, Simulación y deberes de veracidad, Madrid, 1999, p. 142 y ss; si que los deberes de veracidad pueden y deben extenderse hasta este extremo en el modelo del fraude a diferencia del de la estafa.

instituciones económicas y, segundo, el mayor grado de desprotección de la administración, debido principalmente a la masificación administrativa, esto es, al ingente número de relaciones patrimoniales en que interviene, cuyo control es prácticamente imposible o posible pero a costa de aumentar irracionalmente los costes del control que en definitiva hemos de pagar entre todos.

El segundo modelo delictivo y político criminal que se deriva de la idea de fraude es propiamente el de la estafa y es el que regiría entre las relaciones patrimoniales entre privados, incluyendo las existentes entre Estado y ciudadano, cuando aquel no actúa como Hacienda pública. Se trata de un modelo más restringido y menos punitivo. Más restringido porque en él la conducta típica se reduce al engaño, al cual además se le suelen exigir determinadas condiciones de idoneidad, expresadas de forma muy diversa en el Derecho comparada ("bastante", "maniobras fraudulentas", engaño exclusivamente sobre "hechos"). Incluso se discute vivamente la posibilidad de engaño por omisión y, por supuesto, ni la imprudencia, ni el fraude de ley tienen en él cabida. Menos punitivo, porque normalmente las penas suelen ser menores.

Orillando por ahora el desarrollo de ambos modelos, lo que interesa poner de relieve es que probablemente la distinción conceptual entre fraude y estafa que recientemente comienza a percibirse en el derecho penal europeo resulta acertada. Por fraude han de entenderse los delitos contra la Hacienda pública nacional y comunitaria, mientras que en el término estafa han de encuadrarse los engaños que operan en las relaciones patrimoniales de carácter privado. El art. 1 del Convenio para la protección de los intereses financieros de la UE formula por ello un genuino delito de fraude[10]. En efecto, cuando se examina esta infracción, se observa con claridad la desvinculación de este

(10) DOCEC 316 de 27/11/1995. El tenor literal es el siguiente: "A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que efecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas:
a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa a:
o a la utilización o la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;
o al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;
o al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio;
b) En materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:
o a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;
o el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;
o al desvío de un derecho obtenido legalmente que tenga el mismo efecto. (...).

precepto del modelo de la estafa-engaño, a favor del de fraude-infracción de obligaciones. Prueba de ello es que aparte de la conducta consistente en la presentación de declaraciones o documentos falsos, se incluye la de presentarlos incompletos o inexactos, "el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar" o "el desvio" de fondos o derechos de los fines que tuvieran atribuidos originariamente. Al menos las dos conductas señaladas en último lugar nada tienen que ver con el engaño, son infracciones de un deber. A la primera conducta, le basta además con cualquier declaración oral "falsa"(11), lo que se aparta de la tendencia existente en todos los ordenamientos de introducir requisitos de idoneidad al engaño. Mucho más claramente aún aparece la plasmación del modelo fraude-infracción de obligaciones en el art. 1 del Corpus Iuris, como significativamente pone de manifiesto la incriminación del fraude de subvenciones y tributario imprudente(12).

La diferenciación entre fraude y estafa debería ser también, desde el punto de vista político criminal, el punto de partida de una futura regulación europea. En lugar de ampliar la conducta típica, es decir el engaño, con el fin de incluir la infracción de deberes de veracidad cada vez más amplios y extensos, debería apostarse por un tipo de estafa inter privados confeccionado de forma estricta, rodeado de tipos de fraudes, más amplios pero justificados y confeccionados de forma autónoma, allí donde se considere preciso. (Con) fundir estafa y fraude conduce a una expansión indebida del delito de estafa(13).

(11) TIEDEMANN, LK, Vor § 263, marg. 95.

(12) Art. 1: "El fraude al presupuesto comunitario, tanto en materia de ingresos como de gastos, constituirá delito cuando se realiza alguna de las siguientes conductas mediando dolo o imprudencia grave:

a) Presentación a la autoridad competente de declaraciones incompletas, falsas o basadas en documentos igualmente falsos, relativos a hechos relevantes para la concesión de una ayuda o de una subvención, o para la liquidación de una deuda tributaria, susceptibles de ocasionar un perjuicio al presupuesto comunitario;

b) Omisión de información sobre dichos datos a la autoridad competente infringiendo un deber de información;

c) Distracción de fondos comunitarios sujetos a una subvención o a una ayuda debidamente obtenida.

El texto del Corpus Iuris en su primera versión puede verse en Revista Penal, nº 3, 1999. Una traducción al castellano de la 2ª versión del corpus iuris (versión de Florencia) puede encontrarse en *Un Derecho Penal para Europa*. DELMAS MARTY (M.)/VERVAELE (J.), Madrid, 2004, edición a cargo de Enrique BACIGALUPO y Silvia CASTAÑO.

(13) Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la propuesta de VOGEL (en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTIN, Fraude y corrupción en la Unión Europea, Cuenca, 2006). Cuyo propuesta de eurodelito de estafa, es la siguiente:

(1) Será sancionado por estafa quien dolosa o imprudentemente (apartado 4) engañe de forma antijurídica (apartado 2) y ocasione de este modo un perjuicio patrimonial antijurídico (apartado 3).

(2) Engaña antijurídicamente quien sin una causa de justificación

a. En relación a una persona

(1) emite una explicación (aclaración) sobre circunstancias relevante ocasionando con ello un error relevante

(2) no aclara un error relevante de forma contraria a una obligación legal

2. Estafa y estafas en el ámbito previo: también dos tipologías diferentes

Cuanto acaba de indicase, concierne únicamente a la conformación del comportamiento típico: el engaño. Ahora bien, de todos es conocido como además de la extensión de este elemento, en las últimas décadas, también hemos asistido a una clara reformulación del otro elemento del delito de estafa: el perjuicio patrimonial. En buena parte de los ordenamientos ha aparecido un conjunto de infracciones delictivas que partiendo del modelo de la estafa se caracterizan por configurarse como infracciones de peligro. Esta tendencia legislativa, resulta en ocasiones complementaria a la "fusión" de los modelos de estafa y fraude; es decir, a la conversión del engaño en infracción de deberes de comunicación, suele sumársele la transformación o supresión del perjuicio patrimonial. Los tipos más conocidos de estas nuevas generaciones del delito de estafa son la estafa de crédito, de inversiones y el delito publicitario.

A diferencia de lo que ocurre con el modelo del "fraude" con relación a protección de la Hacienda pública, este grupo de infracciones es más heterogéneo y presenta notables divergencias de país a país donde no siempre existen todas la figuras delictivas. Por otro lado, tampoco este modelo, ha alcanzado el grado de legitimación del "fraude a la Hacienda pública" y ello pese a que los argumentos resultan bastante similares. En este sentido se indica, en primer término, que existe al lado del patrimonio un interés colectivo, consistente en la importancia de la veracidad de la información en determinadas instituciones de la economía como el mercado bursátil o el crédito, añadiéndose a ello el derecho a la información veraz por parte de los consumidores, como portadores de un interés colectivo. En un tráfico económico anónimo y masificado como es el actual, los mercados solo funcionan cuando se estandarizan determinados deberes de veracidad informativa, a la que

b. influye en el resultado de un sistema de procesamiento de datos a través de un comportamiento que cumple con los requisitos fijados en a) con relación a un hombre.

Resultan relevantes aquellas circunstancias cuyo conocimiento resulta adecuado para influir en la disposición patrimonial de un operador económico razonable. Un error es relevante cuando se refiere a circunstancias relevantes e imputable al comportamiento engañoso.

(3) Existe perjuicio patrimonial si la persona engañada o el sistema de procesamiento de datos

a. Disponen de un valor patrimonial sin recibir a cambio una compensación totalmente equivalente o

b. obtienen un derecho sobre un valor patrimonial a la que no tenían derecho o no lo tenían de esa manera en todo o en parte.

El perjuicio patrimonial es lícito si

b. la disposición sobre un valor patrimonial afecta a un derecho exigible y no sometido a restricción alguna o

c. el derecho obtenido de una forma ilícita aún no ha vencido o está afectado por alguna restricción

Solo se toman en consideración valores patrimoniales y derechos sobre valores patrimoniales que son reconocidos jurídicamente y corresponden a la persona engañada o a otra persona que actúa a cuenta de la persona engañada o a la persona a la que sirve el sistema de procesamiento de datos. (…)".

estos colectivos, y en general la sociedad, tienen derecho. El segundo argumento utilizado para la legitimación de este derecho penal de la estafa del ámbito previo es puramente pragmático: resulta impensable un proceso penal en el que haya de constarse y probarse con relación a un sin fin de posibles perjudicados la secuencia del "enagaño-error-acto de disposición-perjuicio patrimonial", sobre la que se asienta el modelo tradicional de la estafa(14).

Al igual que ocurría con el modelo fraude, creo también que en este caso resulta conveniente mantener que se trata de tipologías delictivas diferentes y ello porque responden a necesidades prácticas distintas y se legitiman de distinto modo. Un tipo común de estafa debería ceñirse, por ello, a la protección de patrimonios individuales y desvincularse de toda pretensión de tutela de intereses colectivos. Esta dirección se corresponde además con la formulación de los Eurodelitos, donde se optó por la confección de tipos especiales, que atienden a las características anteriores (art. 30, fraudes y publicidad alimentaria engañosa; art. 31, publicidad engañosa de alimentos con propiedades medicinales; art. 35, publicidad engañosa –referente también a inversiones de capital–; art. 49, estafa de crédito; art. 51, maquinaciones bursátiles)(15). Un tipo penal general de estafa liberado de la obligación de ser eficaz en estos ámbitos especiales puede ser construido de forma más coherente. Así por ejemplo, mientras que en todos estos delitos el engaño debe necesariamente construirse de forma objetiva, atendiendo a un operador económico medio, nada impide prima facie en la estafa confeccionar un engaño más personalizado; igualmente, mientras que en algunos de estos supuestos sería razonable la incriminación imprudente, esta decisión resulta difícilmente justificable en el delito estafa.

3. ¿Es necesario construir un modelo común de estafa en la UE?

Salvo peculiaridades, más o menos importantes que después se analizarán, la estructura del delito de estafa es común a la mayoría de ordenamientos analizados. Es patrimonio del derecho penal europeo, y aquí incluyo al derecho inglés, la existencia de un modelo delictivo que denominamos estafa y que atiende a la secuencia de engaño-error-acto de disposición-perjuicio patrimonial. Pese a ello la elaboración de un tipo común de estafa y la armonización en este sector se enfrenta a dificultades hasta ahora desconocidas. En buena medida, la disparidad entre ordenamientos no proviene del aspecto externo del delito, sino de su estructura profunda: la ética de los negocios vigente en cada sociedad es determinante a la hora de establecer el contenido y la extensión de los distintos elementos típicos y muy especialmente

(14) Cfr. TIEDEMANN, LK, Vor § 263, marg. 45 y ss.
(15) Tiedemann (dir.) *Eurodelitos. Derecho Penal económico europeo*. Cuenca, 2006.

del engaño. Pese a la homogeneidad aparente de los tipos penales, el ciudadano europeo debe ser consciente, por ejemplo, de que la amplitud de la estafa en Alemania es mucho mayor que la del CP español o francés. Comportamientos que en estos países nadie normalmente ubicaría en la estafa, en aquel país son supuestos típicos que aparecen en cualquier manual(16). Por ello la formulación de un tipo de estafa común resulta aconsejable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues, por ejemplo, mediante la mayor extensión de la estafa del Código Penal alemán se puede solicitar una orden de detención europea por comportamientos penalmente irrelevantes en otros Estados miembros.

Aparte del argumento anterior, a nadie se le oculta además que la estafa contiene las normas de comportamiento comercial más importantes y elementales(17), por esta razón la armonización en el ámbito de la estafa resulta decisiva para la instauración un verdadero mercado único. En efecto, la conformación del delito de estafa depende principalmente de si el legislador o el juez desean privilegiar a una de las partes que conforman la relación de intercambio patrimonial. Si pretenden, por las razones de política jurídica que sean, privilegiar a los "propietarios" o las "adquirientes", disminuirán sus deberes de autoprotección y correlativamente aumentaran el deber de "lealtad y buena fe" (*Treu und Glauben*) de la contraparte, y viceversa si los intereses a proteger son los de los comerciantes o los de la "agilidad del tráfico" aumentarán los deberes de autoprotección y se fomentará el riesgo permitido en las ofertas de publicidad etc. En este sentido, pueden albergarse dudas más que razonables en relación a que las partes privilegiadas o "cargadas" con deberes sean las mismas en todos los ordenamientos. El ejemplo más evidente me parece la estafa de crédito, mientras que en el ordenamiento alemán existe una tendencia a privilegiar a la banca, esto es a exigirle pocos deberes de autoprotección, como prueba la construcción del delito de estafa de crédito, en la jurisprudencia española precisamente la teoría de la imputación objetiva elaborada a partir de los deberes de autoprotección de la víctima se ha centrado significativamente en relación a la concesión de crédito. La diferencia es tan evidente que probablemente haya que acudir a las diferentes valoraciones que el ejercicio de la banca en general y el préstamo de dinero, en particular, merecen en la ética católica y en la protestante. Por ello de *lege ferenda* la unificación de la estafa podría hacerse a partir de lo dispuesto en el art. 83.2 del

(16) Pienso por ejemplo en los supuestos de la *Anstelunglbetrug*, vid. al respecto MITSCHT, Strafrecht Besonder Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich)/Teilband 1, Berlin, Heidelberg, 1998, p. 468 y ss.

(17) Vid. NURIA PASTOR. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid, Barcelona, 2004, p. 17 y ss.

Tratado de Lisboa[18], pues no se trata de otra cosa que de establecer las normas más elementales de funcionamiento del mercado interior.

II. OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LA ESTAFA: CUATRO MODELOS DIFERENTES Y SU REFLEJO EN EL DERECHO COMPARADO

La estafa responde a una estructura secuencial (engaño-error-acto de disposición-perjuicio) que es muy similar en todos los ordenamientos. Las diferencias, más que en la estructura, se sitúan en el contenido de cada uno de estos elementos. Probablemente, como acaba de indicarse su distinta conformación se deba a diferencias en la ética de los negocios y en la forma de distribuir en cada lugar los deberes de protección patrimonial y de veracidad. Más todo ello encuentra lógicamente plasmación en la definición positiva de los distintos elementos de la estafa.

En efecto, en el tipo de estafa, en cualquier ordenamiento, es fácil observar una tensión constante entre una tendencia **objetivizadora**, que tiende a estandarizar o a normativizar los distintos elementos, con independencia de los sujetos de "carne y hueso" que intervienen en la relación, y otra tendencia o directriz **subjetivizadora**, que apuesta justamente por lo contrario. Estas dos fuerzas motrices pueden observarse sin dificultad en la construcción del engaño[19], pero también es fácil constatarlas en la conformación del concepto de patrimonio y del perjuicio patrimonial, del error y del elemento subjetivo. La combinación de estas dos tendencias nos conducen básicamente a tres posibles modelos legislativos de incriminación de la estafa.

El primer modelo sería el **modelo absolutamente normativizado u objetivizado**. Se caracterizaría porque tanto el "engaño", como el componente "patrimonio-perjuicio" se confeccionan a partir de las necesidades del mercado o del tráfico económico y del valor monetario de los objetos en el mercado, lo que implica la adopción de un estándar de racionalidad económica del que conocemos como *homo oeconomicus*. En atención a estos catalizadores normativos, el engaño relevante no se fija en atención a si ha causado o es capaz de causar un error en la víctima. El criterio determinante para concretar el comportamiento típico son los deberes de veracidad y de autoprotección que respectivamente cada una de las partes de la relación tiene como partícipe en el mercado. Es decir, se trataría de establecer los deberes

(18) "Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate" (…).

(19) Fundamental NURIA PASTOR. *La determinación del engaño*. Ob. cit., p. 91 y ss.

que una parte tiene como consumidor, como donante de una ONG, como propietario de un establecimiento mercantil que adquiere bienes, como proveedor de bienes al por mayor, etc.. El juez, dentro del sector del tráfico correspondiente para establecer el contenido del engaño, habría necesariamente de realizar una comprobación de carácter empírico y determinar cuáles son los deberes de veracidad y de autoprotección existentes.

Una característica importante del arquetipo objetivo es que dentro de la pareja engaño-error, este último elemento pasa a tener un papel de segundo orden. Lo decisivo desde la óptica del mercado, es el engaño. Este elemento acapara toda la atención, pues en él se plasma la síntesis de la tensión dialéctica que existe en el mercado entre los deberes de veracidad y de autoprotección de las partes. El error es un elemento genuinamente subjetivo, y por tanto fáctico, con menores posibilidades de objetivización o normativización. Se trata simplemente de un resultado intermedio entre la conducta típica y el resultado definitivo, el perjuicio patrimonial. Los únicos supuestos en que revisten cierta importancia desde esta perspectiva, son los supuestos en que la víctima duda acerca de la veracidad de la información, pues aquí si que es susceptible un debate puramente normativo acerca de cuál debe ser el tratamiento más adecuado de la duda, pero que enlaza a su vez con el diseño de los deberes de autoprotección(20).

Un modelo plenamente objetivo de estafa debe partir del concepto económico de patrimonio en el momento de determinar el posible valor de los bienes. Como es conocido, de acuerdo con esta teoría el valor del bien no es el que personalmente le confiera su titular, sino el que objetivamente le asigne el mercado. La víctima de la estafa se encuentra nuevamente desplazada en este punto, sus valoraciones, gustos o preferencias personales no se tienen en cuenta en absoluto a la hora de fijar el daño.

El arquetipo legislativo de estafa radicalmente distinto al que acaba de exponerse es el **modelo personalizado o subjetivo de estafa.** En un modelo subjetivo de estafa lo decisivo es que el engaño cause un error a la víctima, y además a la víctima tal como es, de "carne y hueso", despreocupada, inexperta, con bajo o alto nivel cultural etc. En este modelo, como podrá comprobarse el catalizador normativo son los intereses de la víctima o, dicho más exactamente, la protección a ultranza de su libertad de disposición patrimonial. En puridad, bajo estos presupuestos no cabe admitir ningún tipo de restricción en el engaño o el error que atienda a estándares de mercado. Lógicamente este modelo, en la determinación del daño, se corresponde con la teoría personal de patrimonio en una versión radical o mejor aún con la

(20) Con referencias, NURIA PASTOR. *La determinación del engaño*. Ob. cit, p. 106 y ss.

libertad de disposición, en donde a la víctima no se le impone como referencia el valor monetario que el bien tenga en el mercado como criterio para determinar si ha sido o no perjudicado personalmente.

Ideológicamente este modelo de estafa debe ser catalogado de ultraliberal, en el sentido de que cuentan únicamente las personas y no el mercado como institución. Se trata, además, de un modelo extraordinariamente punitivo, ya que protege al propietario del patrimonio de cualquier perturbación por mínima que esta sea. De acuerdo con las valoraciones que subyacen en este arquetipo todo son "reverencias" ante el derecho de propiedad. Su *partenaire* debe cuidarse mucho de no incurrir en algún tipo de exageración, de inexactitud por irrelevante que sea o de mentira inocente ("sus vecinos acaban de comprar también una *thermomix*"), y además su contraprestación debe cumplir exactamente con los gustos y antojos del titular.

Por estas razones, el arquetipo plenamente subjetivo no tiene razón de ser como modelo de *lege ferenda* y no existe legislación alguna que en realidad lo adopte con fidelidad. Su espacio de juego debería ser, si así se estimara conveniente, el derecho civil ("dolo civil"). Por esta razón, la teoría personal de patrimonio siempre se ha preocupado de establecer criterios objetivos que limitase la amplitud del daño patrimonial. Igualmente dentro de la conformación subjetiva o causal del engaño y error también se han elaborado desde un principio criterios restrictivos. En buena medida, la historia dogmática y legislativa del delito de estafa gira en torno a cómo establecer estas delimitaciones.

Al lado de estos dos modelos puros de estafa caben dos **modelos mixtos** que responden a sendas combinaciones de los elementos engaño-error/perjuicio patrimonial. Así es posible subjetivizar la relación engaño-error y, por otro lado, objetivizar el daño patrimonial de acuerdo a los postulados de la teoría económica del patrimonio. Y viceversa también es perfectamente posible una opción que normativice el par engaño-error y personalice el perjuicio patrimonial.

Ambos tipos mixtos son razonables. En efecto, la primera combinación (subjetivo/engaño-objetiva/patrimonio), apuesta por una protección de las víctimas de carne y hueso, sin ponerles deberes de autoprotección excesivos, que se limita reduciendo el daño a los supuestos más claros. El baremo objetivo/patrimonio sirve para incrementar de modo razonable tanto el principio de ultima ratio como la seguridad jurídica. Para comprender el potencial limitador de un concepto de patrimonio construido objetivamente es preciso reparar en la mecánica interna del delito de estafa. La estructura secuencial del delito de estafa, actúa tanto hacía adelante, como hacía atrás, de ahí que la objetivización del perjuicio patrimonial conforme a la teoría económica,

reduce correlativamente el número de los engaños y errores relevantes. Solo resultan típicos aquellos engaños que afecten a una circunstancia del producto o servicio que influya en el valor de mercado del bien(21). La segunda combinación (objetivo/engaño-subjetiva/patrimonio) es también razonable. De un lado, la teoría personal (subjetiva) de patrimonio conecta con el presupuesto valorativo fundamental de la teoría personalista del bien jurídico, el libre desarrollo de la personalidad. De otro, la estandarización del engaño puede justificarse atendiendo a que se acopla mejor con las relaciones comerciales actuales. En un mercado despersonalizado en el que "nadie conoce a nadie", son poco frecuentes los casos en que el autor de la estafa se plantea las especiales características de la víctima –vgr. la bisoñez del empleado bancario ante el que va a pedir el préstamo–. Por ello, el engaño puede conformarse teniendo en cuanta los deberes de autoprotección y la capacidad "media" del partícipe en cada sector del mercado.

Esta tensión entre lo personal o subjetivo y lo objetivo, está presente en todos los ordenamientos, y ha sido resuelta en cada uno de ellos de un modo particular. En todos ellos se aprecia, sin embargo, una tendencia general a reducir el ámbito del delito de estafa, utilizando diversas estrategias. Así, por ejemplo, el ordenamiento **francés** es enteramente subjetivo en la fijación del daño patrimonial y también enteramente subjetivo en la determinación del engaño (modelo causal). Como esta opción implicaría una expansión más que considerable, la restricción del delito de estafa se confía a una concepción muy estricta del engaño ("engaño cualificado"), que representa el único límite a un delito de estafa que protege de forma extraordinariamente amplia el patrimonio. El ordenamiento **alemán** plantea, sin embargo, una protección del patrimonio donde la moderación se alcanza a través del concepto económico de patrimonio. La conducta típica, el engaño, en el modelo alemán es más amplia, y por lo tanto, más subjetiva que en el francés. La única restricción introducida por el tipo alemán es la exclusión de los engaños que constituyen juicios de valor ("las expectativas de crecimiento de la empresa son inmejorables"), si bien la evolución doctrinal y jurisprudencial relativa a los juicios de valor ha hecho que esta restricción sea prácticamente inoperante. En este marco, lo que "salva" al ordenamiento alemán del desbordamiento punitivo es la concepción económica –objetiva– de patrimonio. En **Italia** el equilibrio resulta bastante similar al alemán. La conducta típica es

(21) Con un ejemplo: si A quiere vender un caballo a B, de acuerdo con la teoría económica de patrimonio únicamente serían objeto de engaño típico aquellas circunstancias que afectan al valor económico del caballo. Por el contrario, de acuerdo con la teoría personal también entraría dentro de los engaños típicos circunstancias que bien pueden no influir en el valor de mercado del caballo, pero que para el que va a adquirir el bien resultan muy importantes: por ejemplo si es dócil y puede ser montado por niños, si es apto para la caza a caballo etc.

ciertamente más estricta que en el derecho alemán, pero en cambio el concepto de patrimonio pese a que es preponderantemente económico, admite supuestos en los que se tutela la libertad de disposición o la posesión de objetos carentes de valor(22).

España posee probablemente el modelo más restrictivo o contenido de los examinados. Primero porque el engaño, a través del calificativo "bastante" se ha objetivizado y "despersonalizado", y segundo porque la teoría económica que se mantiene probablemente es más estricta que la alemana, en el sentido de que son prácticamente desconocidas por la jurisprudencia los supuestos de equiparación entre riesgo y perjuicio patrimonial o la consideración como patrimonio de las expectativas. Por otro lado, según creo, el giro de jurisprudencia que se anunció a principios de los noventa (STS de 23 abril 1992, "caso de la colza") y la adopción de una teoría personal del patrimonio no se ha consumado.

Inglaterra es probablemente en la definición de la conducta el país más "subjetivo" o personalizado de todos, la única cualidad que debe tener el engaño es que sea causal, si bien luego a través del Derecho Procesal se introducen restricciones importantes. En el ordenamiento inglés la estrategia elegida para la contención de la estafa es la renuncia a un tipo general, considerando únicamente punibles determinados supuestos de "desplazamiento patrimonial mediante engaño". No obstante, la protección penal del patrimonio en Derecho inglés se desboca cuando se repara en la figura delictiva procedente del *Common Law* de la "conspiración para defraudar".

III. EL ENGAÑO

1. Los intereses político criminales en la formación del engaño

En el desarrollo del delito de estafa pueden apreciarse tres fases, con diversos matices y fechas en cada país(23). La primera de las etapas es la fase prelegislativa que comprende aproximadamente hasta la primera mitad del XIX, algo más en algunos países, y que concluye con la formulación de los tipos penales. El segundo periodo es el de la aplicación judicial. Formulada la tipicidad legal, la jurisprudencia va generando la tipicidad hermeneútica a partir de los diversos problemas prácticos que ofrece el tráfico económico. A diferencia de la primera de las fases, claramente preocupada por poner límites, es un tramo expansivo, como se aprecia con claridad en Italia y Alemania, y ensancha todos los elementos de la estafa. Dentro del engaño, además

(22) ANTOLISEI. *Manuale di Diritto penale*. Ob. cit, p. 344 .
(23) Cfr. VOGEL. "Legitimationsprobleme beim Betrug: Eine entstehungszeitliche Analyse". En: SCHÜNEMANN. *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim, 2002, p. 89 y ss.

de abandonarse la teoría de la *mise en scene*, se abren las puertas en casi todos los sistemas a los engaños "omisivos". En lo que concierne a otros elementos se amplía el concepto de error, a través de la admisión de supuestos de *ignorantia facti*, y se expande el criterio de perjuicio patrimonial. Existe una tercera fase mucho más reciente –años 60– y que, en lo que alcanzo, solo se ha producido doctrinalmente en Alemania, España e Italia y que se caracteriza por un replanteamiento global de la dogmática del delito de estafa. En cierto modo, podría hablarse de una vuelta a los orígenes, al espíritu del XIX, en cuanto que estas nuevas aportaciones pretenden en su mayoría limitar. Dentro de estas tres fases, aunque interesan sobre todo la primera y la tercera, el engaño ha sido sin lugar a dudas el elemento más importante. Los intentos de limitar el delito de estafa o de reformularlo se han centrado en él. No es extraño por otra parte si se piensa que está es la conducta típica. Error y acto de disposición no son sino resultados intermedios que no afectan al desvalor de la acción.

La formulación del engaño en la estafa obedeció en el momento de la codificación a tres objetivos de política criminal: (a) fijación de un ámbito de responsabilidad propio de la víctima (*vigilantibus jura succurrunt*); (b) diferenciación con el Derecho Civil (última ratio*)*, pero también de otras figuras delictivas (la estafa como tipo subsidiario), (c) no perturbar el tráfico comercial, a través de una excesiva intromisión del Derecho Penal. Antes de analizar las distintas fórmulas legislativas existentes y, sobre todo, antes de plantearnos la construcción del engaño en un futuro **eurodelito** de estafa, es necesario analizar en qué medida esta triada político criminal sigue teniendo vigencia.

(a) En la doctrina penal posterior a la Ilustración y para la mayoría de los codificadores resultaba claro que no cualquier engaño servia para construir el tipo de estafa. Existían determinadas víctimas que por su comportamiento no merecían la protección del derecho penal. Este planteamiento se encuentra también en el Reino Unido. En 1704 un conocido juez, Holt CJ, se preguntaba si un hombre podía ser procesado por el hecho de poner en ridículo a otro (*Shall we indict one man for making a fool of another?*).

En la actualidad este planteamiento, aunque recibe adhesiones importantes, es también objeto de severas críticas, que proceden tanto en Italia como en Alemania de la que constituye probablemente la doctrina mayoritaria. En el primer país es especialmente severa la crítica de Pedrazzi[24] y en Alemania, la de Tiedemann[25]. Los argumentos empleados en contra de este principio son tanto dogmáticos como político criminales.

(24) PEDRAZZI. *Inganno ed errore nei delilli contro il patmonio*. Milano, Giuffré, 1955, p. 228 y ss.
(25) TIEDEMANN LK vor. 263 marg. 36.

Los argumentos dogmáticos pueden compendiarse de este modo: primero, el comportamiento imprudente de la víctima no disminuye la gravedad de la conducta del autor, la compensación de culpas, originaria del Derecho Civil, no puede trasladarse al penal; segundo, este hecho es especialmente evidente en los delitos dolosos donde la diligencia de la víctima no tiene papel alguno; tercero, introducir masivamente argumentos de este tipo en la interpretación de la estafa supondría poco menos que desmontar el tipo penal, en cuanto que una "participación imprudente" de la víctima se encuentra en casi todos los supuestos de estafa

Por su parte, las críticas de política criminal derivan, en primer lugar, de los valores y principios constitucionales. La fijación de un ámbito de responsabilidad propio de la víctima contradice la misión que el Estado social le asigna al derecho penal de proteger bienes jurídicos. La justificación de este criterio limitador a partir del principio de última ratio o subsidiariedad desconoce además que esta relación solo afecta a las relaciones del derecho penal con otros mecanismos de tutela estatales, pero no a las medidas de defensa o precauciones que pueda adoptar la propia víctima(26). Pedrazzi, en un plano más prosaico, pero no por ello menos sugerente, tilda incluso a esta idea de "inhumana" en cuanto que no permite que "el buen padre de familia pueda relajar de vez en cuanto su diligencia proverbial"(27). A juicio de este autor, resulta además contradictorio admitir la estafa en los casos de negocios ilícitos y dejar sin protección a la víctima descuidada.

(b) La relación entre estafa y dolo civil, el segundo argumento político criminal de la codificación, traducida en términos actuales no es otra cosa que la idea de última ratio. La necesidad de distinguir entre ambos sectores se plantea porque históricamente, desde la conformación de la *actio dolo* en el Derecho Romano, la acción penal y la civil obedecían a idénticos presupuestos; era el juez el que decidía si asignaba alguna consecuencia punitiva a los casos de fraude civil. Probablemente fue Merkel el que mejor expuso esta pretensión, que ocupó también las reflexiones de Kant y Hegel(28): la intervención del Derecho Penal debe resultar subsidiaria del Derecho Civil cuando el daño patrimonial se ha producido a través de un medio lícito, como es un contrato y, segundo, cuando además este daño no resulta duradero al poder ser corregido en tiempo razonable por los medios del Derecho Civil. Aunque para Merkel la plasmación técnica de estas reflexiones no se reflejaban solo en la construcción del engaño, sino que afectaba a otros elementos

(26) Vid. además de los dos autores citados, ANTOLISEI. *Manuale di Diritto penale*. Ob. cit., p. 338.
(27) PEDRAZZI. *Inganno ed errore*. Ob. cit., p. 229.
(28) VOGEL. *Legitimationsprobleme*. Ob. cit., p. 97 y ss.

de la estafa, lo cierto es que la necesidad de un engaño cualificado, como forma de diferenciar estafa penal y civil, es fruto de estas reflexiones.

La doctrina en a actualidad rechaza mayoritariamente este planteamiento. En la interpretación del tipo no desempeña ningún papel el intento de deslindar los fraudes penales y los civiles. La critica de Pedrazzi[29] a la idea de subsidiariedad a partir de consideraciones de política criminal es contundente: "es la solución de un individualismo fundamentado en la propia capacidad de defensa y autocontrol" que teme además verse ante un control extraño, punitivo y muy fiscalizador.

(c) El tercer argumento barajado por la doctrina liberal del XIX en la restricción del tipo de estafa era que un delito amplio podría obstaculizar las relaciones económicas y ello. El argumento, es en parte coincidente con el anterior, no se deseaba una penalización de las relaciones comerciales, pero en parte se refiere a un problema autónomo: La admisión de cualquier tipo de engaño supondría criminalizar prácticas "publicitarias", al parecer ya admitidas en la moral de los negocios de comienzos del XIX (*naturis licentia dicipiendi*). Con argumentos procedentes de la escuela histórica del derecho, los autores de la primera mitad del XIX alemán señalaban que sancionar cualquier tipo de engaño desconocería el *Volkgeist* del que debía fluir el derecho[30]. A este fundamento se le ha criticado que confunde la "libertad en el tráfico económico con la libertad para abusar de otro"[31]. Otros utilizan para criticarlo la despersonalización, el carácter anónimo, de las relaciones comerciales actuales, lo que exigiría un mayor grado de confianza y por tanto el incremento de los deberes de veracidad. Un argumento ulterior parte del valor de la información en el mercado[32]: aunque es cierto que el mercado debe incentivar a los operadores a que incrementen su grado de conocimientos y para ello nada mejor que proteger la ventaja competitiva que de aquí se deriva, la tutela de los desequilibrios informativos lícitos debe encontrar su expresión en la limitación de la obligación de comunicar, esto es en la estafa omisiva, pero de ningún modo autoriza al comportamiento activo de "engañar"

Vistos los argumentos "liberales" que se manejaron en la conformación del tipo de estafa y, concretamente, en el engaño y analizados los contraargumentos, que desde las últimas centurias del XIX fueron oponiéndosele propiciando la ampliación jurisprudencial del delito de estafa, es hora de tomar posición. A mi juicio, el principio liberal inspirador más claramente

(29) PEDRAZZI, Inganno ed errore, ob. cit., p. 227 y ss.
(30) VOGEL, Legitimationsprobleme, ob. cit, p. 108 y ss.
(31) ANTOLISEI, Manuale di Diritto penale, ob. cit., p. 338.
(32) TIEDEMANN, LK vor 263, 35.

desechable es el de la subsidiaridad con el Derecho Civil. No considero conveniente que el delito de estafa establezca su zona típica a partir del grado de eficacia del Derecho Privado, este hecho podía suponer tanto retrocesos como expansiones en el ámbito de lo punible. Cualquier manual o repertorio jurisprudencial muestra además que este debate está superado. El argumento de que determinados casos son "materia civil" ya no se maneja y cuando se utilizó no tenía pretensiones muy diversas a las que criticaba Pedrazzi. Dicho de otro modo, la idea de subsidiaridad implicaba un derecho penal de clases, pues no era sino el argumento utilizado para evitar criminalizar las relaciones contractuales, cuyos actores principales no eran otros a principios del XIX que la propia burguesía. Planteamientos muy similares se encontraban también durante la confección legislativa del otro gran delito que afectaba a la conducta económica del burgués: la quiebra, donde la condición objetiva de punibilidad perseguía también en parte dar prioridad a los tribunales civiles, en ocasiones integrados por comerciantes. El debate ejemplifica, con gran claridad, la conocida observación de Foucault relativa a los dos tipos de ilegalidades, las civiles o administrativas para los propietarios, y las penales, para los desposeidos(33).

El argumento victimológico, pese a las críticas de Tiedemann y Pedrazzi, no creo, sin embargo, que pueda dejarse de lado y debe constituir uno de los puntos de reflexión claves en la construcción del delito. La crítica a este principio confunde a veces dos problemas político criminales distintos "el de las víctimas débiles" y "el de las víctimas imprudentes". Ambos son diversos. Está fuera de toda duda la necesidad de protección de las víctimas débiles, aquí la cuestión únicamente es de técnica legislativa: si incluirlas en la estafa o derivar su protección al hurto o, en lo que me parece probablemente la solución más acertada, establecer una incriminación penal específica, al lado de la estafa común, tal como se hace en Italia a través del delito de "*circonvenzione di persona incapaci*" (art. 643 del CP). Esta preferencia descansa en razones pragmáticas: la interpretación del tipo de estafa es más complicada si se proyecta sobre dos modelos de víctimas tan diferentes. El argumento de que la entrada de las esferas de responsabilidad de la víctima en el delito de estafa contradice la misión del Derecho Penal en el Estado social solo tiene sentido en relación a las víctimas débiles, pero no a las imprudentes. Es falso, además, que el argumento de la "concurrencia de culpas" sea desconocido en la criminalidad dolosa y conretamente en la patrimonial. La distinción entre el hurto y el robo –sobre todo del robo con fuerza en las cosas– descansa en un argumento muy parecido cuando no similar al de la "autoprotección de la vícitima": lo que hace al robo más grave es que el autor desmonta las barreras de

(33) Vid. Vigilar y Castigar, Siglo XXI, 1988, p. 277 y ss.

protección que el propietario del patrimonio ha colocado. El que en los delitos contra la vida o lesiones en cambio este principio no pueda utilizarse se debe sin duda a la mayor importancia del bien jurídico protegido.

Mejor argumento para oponerse a un ámbito de "riesgo permitido" en relación a informaciones falsas es el del cambio de mercado y, en concreto, el señalar que en la actualidad el anonimato o despersonalización unida a la mayor rapidez de las relaciones comerciales hacen que el número de "mentiras lícitas" deba ser necesariamente más restringido. Indudablemente el mercado es hoy otro y con características bien distintas al XIX y ello requiere un mayor grado de confianza en las afirmaciones de las partes. No obstante, a mi juicio, resulta político criminalmente más inteligente el crear tipos especiales de "estafa en el ámbito previo" cuando las necesidades de tutela en virtud de esta nueva configuración de los intercambios sea imprescindible, como ocurriría especialmente con el delito publicitario o la estafa de inversiones, que "rebajar" las exigencias del tipo de estafa. Un tipo de estafa más flexible y abierto acabaría aplicándose tanto a sectores donde este mayor grado de confianza es indispensable, como a la delincuencia tradicional del tipo de estafa.

En conclusión: la estafa no pude proteger ilimitadamente a cualquier tipo de víctima, por el mero hecho de que se sienta engañada o no haya desplegado un mínimo cuidado en la comprobación de la verdad. Una protección tan extensa de los intereses patrimoniales supondría una perversión del Derecho Penal en aras a la protección a ultranza de la propiedad. Ahora bien, la limitación de la intervención del Derecho Penal no puede establecerse imponiendo excesivos deberes de autoprotección a la víctima. Por un lado, resulta complejo determinarlos y, por otro, resulta inaceptable un modelo de intercambios basado en la desconfianza. En muchos casos, además, la víctima engañada, pero no de forma "bastante", puede acabar por sufrir algún tipo de sanción, sobre todo cuando, dentro de las estafas "triangulares", la víctima tiene una relación laboral con el propietario del patrimonio(34). La delimitación de estos deberes mínimos de autoprotección, cuya infracción da lugar a la no existencia de engaño, debe hacerse fundamentalmente a partir de criterios de utilidad social. Los deberes de autoprotección que burocratizan el tráfico económico y al final acaban perjudicando a los partícipes honrados no han de tener cabida(35). Estimo que la limitación de la estafa debe

(34) Ejemplo: la dependienta que no ha sido del todo cuidadosa al comprobar la identidad del que pagaba con la tarjeta de crédito, puede ser despedida por su empleador.

(35) Ejemplo: desde el punto de vista de la utilidad social es mejor sancionar a quien ha engañado a un banco para obtener un préstamo, que exigir del banco deberes de autoprotección que finalmente nos hagan a todos más costoso la concesión del préstamo. La utilidad social de un sistema rápido y ágil de concesión de préstamos, donde el deber de veracidad y confianza en las declaraciones del solicitante, sea alto es preferible a un sistema basado en la desconfianza.

venir determinada, tanto por la imposición de unos deberes muy moderados de autoprotección, como por lo que se protege, esto es, por un concepto de patrimonio que abarque únicamente el núcleo duro, esto es el valor económico del bien. Un modelo moderadamente objetivo, en el engaño, y objetivo, en el perjuicio patrimonial, parecen la solución más razonable desde el punto de vista político criminal.

2. ¿Cómo describir el engaño?

Una vez analizados los modelos de estafa y las directrices de política criminal que conforman en la conformación del engaño, el siguiente paso consiste en analizar las distintas formas en que estos principios se concretan en la formulación de la conducta típica. En este punto pueden, a mi juicio, constatarse dos grandes corrientes de técnica legislativa.

La primera forma de describir el engaño en el tipo de estafa atiende al criterio **descriptivo y casual** propio de la técnica legislativa del siglo XIX. El legislador intentaba sobre todo describir la faz externa del comportamiento engañoso[36], para ello utilizaba en ocasiones enumeraciones casuísticas como ocurría con la formulación española del delito de estafa anterior a 1983. Ello no es de extrañar. Se trata de la técnica legislativa propia del liberalismo, cuyo ideal era la construcción de tipos penales integrados por elementos empíricamente verificables y que en cuanto tal pudieran ser constatados después en el proceso penal. De este modo se dejan de lado absolutamente en la descripción del engaño aspectos normativos, como la crontrariedad a deber del comportamiento, la infracción de un deber de veracidad etc.

En este esquema, las restricciones del engaño, que como hemos visto era una aspiración muy decimonónica, se efectuaban lógicamente mediante descripciones que remitían a lo observable, a rasgos externos del comportamiento. Así el Código Penal alemán, dentro de una descripción ya muy elocuente (*Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung* ("representación de hechos falsos o deformación o ocultación"), restringe estas formas de engaño a los casos en que versan exclusivamente sobre hechos (*wahrer Tatsachen*), excluyendo el engaño que versa sobre juicios de valor[37] . Nada más coherente, desde los presupuestos de esta técnica de legislar y de la visión del mundo propia del liberalismo del XIX: los hechos a diferencia de los juicios de valor, de las opiniones, son susceptibles de prueba, un hombre prudente solo debe confiar o tiene derecho a confiar en las afirmaciones cuya veracidad es susceptible de ser probada; no en juicios de valor. La noción de "hecho" satisface igualmente las exigencias de legalidad

(36) PEDRAZZI. *Inganno ed errore*. Ob. cit., p. 217.
(37) Muy similar el Código Penal austriaco, vid. TIEDEMANN, LK Vor § 263, marg. 56 y ss.

y de susceptibilidad de prueba sobre las que se basaba el Derecho Penal liberal y, en un plano distinto, ponía de manifiesto que el modelo de comportamiento racional que se quería imponer al partícipe en el mercado era el *homo oeconomicus*. El CP francés de 1810 recurre también a formas muy prolijas de descripción del engaño, con la clara intención de restringir el tipo penal, dejando fuera los casos de simples mentiras. Solo cambiado el siglo, cuando el liberalismo y el positivismo se abandonan, algunos legisladores intentan realizar la restricción a través de elementos subjetivos, como ocurre en Suiza con el término *Arglist* (malicioso)(38).

El modelo descriptivo es también, lógicamente, **causal**. El epicentro del tipo penal es que este sea causalmente idóneo para causar un error. Como puede apreciarse, y resulta conveniente subrayar, el modelo legislativo descriptivo causal no se corresponde, en el terreno político criminal, con el modelo subjetivo al que antes se hacía referencia. Pues en el XIX el legislador a través de su peculiar técnica legislativa intenta acotar, restringir el tipo de engaño.

A esta forma de legislar, se opone el modelo **normativizado**. Los tipos penales vendrían conformados prioritariamente por elementos que remiten a normas jurídicas, sociales, principios o a juicios de valor que ha de efectuar el juez. En la descripción del tipo engaño, lo empíricamente constatable pasa a un segundo plano. Al parecer, este es el sistema tradicional en los países nórdicos(39), pero hoy claramente es el que recoge el CP español, que constituye un modelo legislativo de estafa muy novedoso dentro del panorama europeo. El art. 248 del CP español no demuestra ningún interés en la descripción del comportamiento típico. El lacónico "engaño" es muy distinto de las fórmulas más barrocas que utilizan el CP francés, alemán o italiano. El peso del tipo objetivo recae sobre el adjetivo "bastante" que exige del juez no una constatación empírica sino la realización de un juicio de valor o, mejor, de un ejercicio de ponderación entre deberes de veracidad y de autoprotección por parte de la víctima. Aunque como se ha indicado responden a un modelo distinto, los nuevos delitos de "fraude" a la Hacienda público o los casos de incriminación en el ámbito previo (delito publicitario, estafa de inversiones, de crédito etc.) obedecen sin lugar a dudas al modelo normativo de técnica legislativa, no hace falta para ello sino leer la conformación de las conductas típicas en los distintos ordenamientos, en el Convenio para la protección de los intereses financieros (art. 1) o el *corpus iuris* (art. 1). Más la normativización de la estafa, se está produciendo también como consecuencia de la progresivo implantación de la teoría de la imputación objetiva o incluso teorías causales que, como la adecuación o la causalidad adecuada,

(38) PEDRAZZI, Inganno ed errore, ob. cit., pp. 218 y 219.
(39) TIEDEMANN, LK vor.§ 263, marg. 81 y ss.

han permitido igualmente, sin cambiar un ápice los tipos penales, normativizar la estafa, al introducir restricciones a la relación entre engaño y error, que finalmente acaban siendo restricciones en el comportamiento típico. Obviamente esta normativización no es exclusiva de la estafa sino que responde a una tendencia actual de los ordenamientos jurídicos, pero debe reconocerse que resulta especialmente en este tipo de criminalidad.

En contra de lo que a primera vista pueda parecer, la situación en el **Reino Unido** no está muy alejada de estas coordenadas. En este país existe un modelo preponderantemente descriptivo, merced a la discusión de estos problemas en el ámbito del Derecho Procesal Penal. Así por ejemplo la intrincada y muy compleja discusión alemana acerca de dónde está la diferencia entre engaño sobre hecho y engaño mediante juicios de valor se reproduce casi exactamente en el derecho ingles. Dado que el juez para constatar la existencia de engaño ha de probar la falsedad de lo que el imputado dice o hace, y los juicios de valor no pueden ser catalogados como verdaderos o falsos, se acaba produciendo un debate muy similar al alemán. Pero también en el Reino Unido ha penetrado, aunque mucho más tímidamente, la tendencia normativizadora. La necesidad común a todas las figuras de estafa de que el comportamiento sea *dishonesty*, a parte de incluir componentes subjetivos, requiere que la conducta deba ser contraria a las normas jurídicas(40).

El modelo descriptivo de engaño que acogen buena parte de los códigos penales europeos no resulta a mi juicio adecuado. Prueba de ello es, en primer lugar, la compleja discusión existente la hora de distinguir entre hecho y juicio de valor. Desde diversas perspectivas, ni en Alemania, ni en Inglaterra, se ha llegado a resultados aceptables. No resulta aconsejable por ello incluir este elemento "engaño sobre hechos" en una futura regulación común de la estafa, pues ello nos arrojaría a todos a un tortuoso camino. Además ni en Francia ni en Italia se conoce esta restricción, que en nuestro país, por lo demás, solo ha sido acogida aisladamente por dos sentencias del TS(41). Tampoco el modelo descriptivo de la *mise en scene* resulta recomendable para describir el comportamiento típico. Esta teoría parte de un sistema muy simple e ingenuo de relaciones humanas; nada asegura que necesariamente un engaño sea más peligroso por el hecho de que vaya acompañado de una escenificación. En las relaciones económicas actuales, la indefensión de los ciudadanos no proviene de las maquinaciones, sino de nuestra incapacidad, por razones de tiempo, capacidad y medios, para comprobar la veracidad de la información(42). Que el modelo descriptivo del comportamiento típico no re-

(40) *Fraud and Deception*. Ob. cit, p. 14 y ss, p. 26 y ss.
(41) STS 30-5 2001 RJ 2001/7176 y STS 2134/1988 RJ 1988/6978.
(42) Cfr. PEDRAZZI. *Inganno ed errore*. Ob. cit., p. 218.

sulta idóneo, lo demuestra igualmente la escasa utilidad práctica que tienen todas estas formulas legislativas. La doctrina y jurisprudencia alemana, conocidas por su capacidad para analizar hasta el más mínimo detalle todas las palabras que componen el tipo penal, apenas se ocupan de los elementos de la fórmula que acoge el § 263[43] . Igual ocurre en Italia[44] donde los términos que emplea el legislador tampoco son objeto de atención particular.

Por esta razón la técnica legislativa más adecuada es sin duda la de carácter normativo, similar a la del ordenamiento español, en la cual el principal cometido del legislador no es la descripción del comportamiento típico, sino el buscar una fórmula que otorgue al juez las directrices de interpretación para, caso por caso, determinar la idoneidad del engaño. Para cumplir este cometido resulta inadecuada una fórmula tan lacónica como el término "bastante" del CP español. De acuerdo con los principios de política criminal que anteriormente fueron expuestos, el criterio esencial debiera ser, de un lado las necesidades del tráfico económico actual, cuya agilidad requiere no exacerbar los deberes de autoprotección.

Lo dicho hasta ahora no resuelve el segundo gran problema con el que se enfrenta la descripción de la conducta típica: la admisión de la **estafa por omisión**. En contra de lo que pudiera parecer a primera vista la elección de un modelo normativo o descriptivo no guarda correlación alguna con la admisión de la estafa por omisión. Es verdad, que en buena lógica los modelos descriptivos causales deberían tener más problemas para admitirla. Sin embargo, como muestra la comparación entre el art. 248 del CP español (normativo), donde el campo dejado a la omisión es pequeño cuando no inexistente, con el § 263 StGB (descriptivo), con un espacio mucho más amplio, la decisión político criminal de incluir las omisiones en la estafa es independiente del modelo legislativo elegido.

No resulta tarea sencilla, frente a lo que a primera vista pueda parecer, determinar cuál es la extensión de la estafa omisiva en los derechos penales nacionales. Pues, cuando se abandona el terreno de las declaraciones de principio, buena parte de la discusión depende de una cuestión tan compleja como la distinción entre acción y omisión. La mayoría de los ordenamientos examinados conocen, con la excepción de Francia, la distinción entre omisiones y acciones concluyentes, procedentes de la dogmática alemana. Igualmente se admite la relación de subsiedariedad entre ambos comportamientos, por ello solo cuando no resulta de aplicación la teoría de las acciones concluyentes resulta necesario plantearse la punibilidad de la omisión.

(43) MITSCH. *Strafrecht Besonder Teil*. Ob. cit, p. 339.
(44) ANTOLISEI. *Manuale di Diritto penale*. Ob. cit., p. 340.

Ahora bien, una vez aquí, resulta casi imposible saber qué es exactamente una acción concluyente.

En lo que alcanzo, el concepto más amplio de acción concluyente es el que opera en Italia. Merced a la influencia de Pedrazzi basta la simple existencia de una obligación legal de declarar: el silencio de todo aquel que tiene una obligación de declarar asume valor concluyente, en cuanto que supone afirmar concluyentemente que un determinado hecho no se ha producido(45). Se trata de un **concepto normativo** y que además se edifica sobre una ficción, pues no resulta necesario analizar y comprobar si en el caso concreto efectivamente la víctima interpretó de este modo la situación, considerando el silencio sobre un aspecto, como la afirmación de su inexistencia. Esta opinión coincide en líneas generales con la mantenida por un sector de la doctrina alemana para quienes la diferencia entre acción concluyente y omisión es normativa y depende, al igual que la omisión, de la infracción de un deber de declarar. La única diferencia entre acción y omisión radicaría en si la víctima ha extraído una falsa conclusión de esta infracción(46). Frente a esta posición, se encontraría la de quienes mantienen un concepto fáctico o sociológico de acciones concluyentes(47). Lo decisivo sería efectivamente comprobar si de acuerdo a los usos del tráfico y el tipo de negocio que en concreto se realiza el comportamiento del autor tiene valor concluyente y ello con independencia de lo que la víctima pueda pensar o interpretar.

En el ordenamiento **español** la teoría de las acciones concluyentes aunque reconocida y aceptada, sobre todo por la doctrina, no ha alcanzado un nivel de profundidad semejante al alemán y ello pese a que teóricamente su importancia es mayor, pues la opinión dominante niega la estafa en comisión por omisión(48). Pese a todo, puede decirse que tanto en el ámbito penal como el civil, donde la teoría de los actos concluyentes juega también un importante papel, se observa una tendencia favorable al concepto fáctico, donde lo importante es que el comportamiento conforme a las reglas del tráfico sea efectivamente interpretado como declaración y no solo que se infrinja normativamente un deber(49).

(45) Cfr. PEDRAZZI. *Inganno ed errore*. Ob. cit., p. 195.

(46) El principal valedor de este concepto normativo de acciones concluyentes es LACKNER, Leipziger Kommentar, § 263, 10. Auf., marg. 28 y ss. Dentro de esta tendencia una opinión más matizada es la de TIEDEMANN, LK § 263, marg. 30, para quien ciertamente el criterio normativo, la existencia de una obligación legal, que es válido como punto de partida, como indicio, debe corregirse por el de la opinión del tráfico. Si bien, a la inversa, allí donde no existe una obligación legal, para Tiedemann no puede hablarse de una acción concluyente, por mucho que esta sea la opinión del tráfico.

(47) Ahora vid. por ejemplo CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 263, 24 Auf., marg. 14 y ss.

(48) Vid. VALLE MUÑIZ, Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa, ADPCP, 1986, p. 863 y ss.

(49) CHOCLÁN MONTALVO. *El delito de estafa*. Barcelona, 2000, p. 136 y ss.

Esta posición probablemente se encuentre más cercana a la mantenida en el Derecho inglés mediante la *deception by implied statament* pues por los casos que se manejan, esta construcción reduce los supuestos en los que los usos del tráfico otorgan un verdadero valor de declaración a un comportamiento(50). El Derecho inglés sirve, en cualquier caso, para comprobar lo inútil de enzarzarse en una discusión interminable en este punto. La omisión solo resulta punible cuando la víctima ha entrado en contacto con el autor como consecuencia de un error previo ocasionado por este. La omisión de declaración posterior del autor se interpreta por la jurisprudencia como una representación, la *continuing representation*(51).

Solo una vez que conocemos en cada ordenamiento hasta donde llegan los dominios del engaño mediante acción, es posible abordar la cuestión de la *omisión*. Como es conocido, es en el Derecho alemán donde el castigo de la estafa por omisión tiene contornos más amplios. Afirmada una obligación de garantía, que se desprende según la teoría formal de la ley, el contrato o la ingerencia, la jurisprudencia alemana no requiere nada más para afirmar la comisión por omisión. La doctrina sin embargo exige la existencia de un ulterior requisito que satisfaga verdaderamente la equivalencia entre acción y omisión, tal como requiere el § 13 del StGB(52). De acuerdo con una última opinión, al menos en los supuestos, en los que el deber de garantía provenga de la injerencia, el silencio debe aparecer como confirmación de una falsa afirmación anterior, lo que sin duda recuerda a la doctrina inglesa de la *continuing representation*, en otros supuestos se requiere que la obligación legal o contractual se enmarque bien en una relación de confianza especial o en una relación de larga duración. El Código Penal alemán, por lo demás, no exige una especial relación cronológica entre engaño y error, mencionando expresamente los supuestos en que el engaño, y en su caso la omisión, se utiliza para mantener en el error a la víctima.

En **Italia**, la conformación amplia de las acciones concluyentes reduce el debate sobre la omisión. No es de extrañar por ello que algunos manuales ni se hagan eco del problema y que en la actualidad se admita sin mayor

(50) Cfr. ARLIDGE/PARRY. *Fraud*. 1985, p. 54. El supuesto más discutido es la firma de cheques falsos o sin fondos y las condiciones bajo las cuales implica un engaño. La jurisprudencia indica que el hecho de firmar un cheque supone realizar de forma concluyente las siguientes afirmacións: a) la existencia de una cuenta; b) la capacidad de girar el cheque contra esa cuenta y c) y que existe disponibilidad de fondos. Asimismo en relación a la estafa del polizón se discute también si hubo incidencia entre el comportamiento de este y el acto de disposición.

(51) ARDLIGE. *Fraud*. Ob. cit., p. 58, vid. también SMITH/HOGAN. *Criminal Law*. London, 1999, p. 561. La limitación opera del siguiente modo: A convence a B para que le compre un objeto por poseer determinada cualidad, si A descubre posteriormente que este objeto no tiene dicha cualidad, la omisión de esta comunicación constituiría estafa, no así cuando la

(52) TIEDEMANN, LK §263, marg. 73.

problema la estafa por omisión en presencia de un deber de comunicación(53). En **España**, la jurisprudencia admite la estafa por omisión, si bien ha utilizado muy moderadamente esta construcción y sin distinguirla con claridad de las acciones concluyentes. La doctrina se orienta en contra de la estafa omisiva, sobre todo cuando la omisión no genera el error, sino que mantiene al disponente en tal estado(54). En **Francia**, finalmente, pese a que a priori se es tajante en contra de la posibilidad de estafa omisiva, la doctrina viene reclamando desde antiguo un cambio legislativo tendente a su admisión(55) y modernamente se observa tímidamente un cambio en la jurisprudencia(56).

A la vista de las disparidades existentes y además de lo importante que resultan cuestiones como la distinción entre acción y omisión, un tipo común de estafa debería ocuparse expresamente de esta cuestión y no dejarlo en manos de los jueces o del legislador nacional. Esto es, debería contener una indicación que señale el concepto de acción concluyente y su expresa consideración de comportamiento activo. La armonización de derechos divergentes hace necesaria una técnica legislativa distinta, más prolija en ocasiones que la interna. Es irreal pensar que mediante fórmulas vagas va a lograrse una armonización real, pues lo normal será que cada juez interprete el derecho de acuerdo con las tradiciones nacionales.

Dicho esto, considero necesaria la admisión de la comisión por omisión, pero de forma muy restrictiva. La considero necesaria, en primer lugar, porque lo complejo de la distinción entre comportamientos activos y omisivos en la estafa muestra que resulta equivocado anudar la decisión de sancionar exclusivamente a la apariencia externa del comportamiento. La importancia de la existencia de un deber legal de declarar como presupuesto o indicio para apreciar la existencia de una acción concluyente, muestra que la punibilidad de la estafa no puede desvincularse totalmente de lo normativo, como muestra además que, en el modelo elegido, la simple actividad engañosa sin un correctivo de carácter normativo no resulta típica. Ahora bien, la admisión de la estafa por omisión debe ser muy limitada porque de otro modo borraríamos la diferencia entre los modelos de fraude y estafa que anteriormente se han establecido. El punto de partida para esta teoría restrictiva debe ser la actual opinión mayoritaria en relación a la comisión por omisión a tenor de la cual el deber de garantía representa únicamente el primer

(53) FIANDACA/MUSCO. *Diritto penale. Parte speciale*. Tomo II, p. 139 y ss; en contra la opinión tradicional en Italia.

(54) Con amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales, LUDWIG. Betrug und betrugsähnliche Delikte im spanishcen und deutschen Strafrecht. 2000, p. 41 y ss.

(55) Vid. con referencias, a favor de la estafa omisiva, que se remontan a los años 30, MERLE/VITU. Traité de droit criminle. Droit penal special. Paris, 1982, p. 1894.

(56) WOLTER. Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland. 1999, p. 158 ss.

tramo dentro del juicio de equivalencia entre acción y omisión. Por esta razón la existencia de una obligación expresa de declararar, legal o contractual, o una información previa falsa, suministrada dolosa o negligentemente a la víctima (injerencia), solo serían constitutivas de estafa en presencia de este segundo juicio de equivalencia.

Cuál ha de ser este ulterior criterio resulta una cuestión compleja de señalar, pero considero que resulta tendencialmente correcta la opinión que requiere al menos la existencia de una relación de confianza entre autor y disponente. Este mínimo resulta a mi juicio de la coherencia valorativa que debe existir entre las diferentes infracciones contra el patrimonio. En el sistema de delitos patrimoniales la única figura que admite ampliamente los comportamientos omisivos es la administración desleal, lo que es debido a la estrecha relación de salvaguarda entre el autor y el patrimonio protegido. Resultaría por ello incoherente desde el punto de vista valorativo extender la sanción de la omisión en la estafa mucho más allá de estos supuestos, pues aquí el autor es un extraño en relación al patrimonio que administra y no tiene deber de salvaguarda alguno.

IV. CONCLUSIONES

Teniendo en cuanta cuando hasta ahora se lleva dicho la formulación del comportamiento típico en un delito de estafa común a los países miembros de la UE, debería atender a las siguientes indicaciones:

1. Resulta necesario distinguir entre los modelos de fraude y estafa. El primero debe reservarse para la protección de la Hacienda pública y Seguridad Social y el segundo para patrimonios individuales o del propio Estado cuando actúa fuera del marco anterior.
2. También conviene distinguir entre el delito de estafa y lo que se ha dado en llamar la incriminación de la "estafa en el ámbito previo", pues nuevamente los presupuestos de legitimidad son distintos en ambos modelos. Un tipo común de estafa debería ceñirse, por ello, a la protección de patrimonios individuales y desvincularse de toda pretensión de tutela de intereses colectivos.
3. La formulación de un eurodelito de estafa con el fin no solo de servir a la cooperación policial y judicial, sino también de armonizar el derecho penal nacional, resulta esencial si verdaderamente se desea conseguir un mercado común único. Del tipo de estafa depende la configuración de las reglas de comportamientos más básicas en las relaciones comerciales.
4. En su apariencia externa las diferencias entre los distintos delitos de estafa no es excesiva. Las divergencias provienen del contenido que en cada

ordenamiento se da a los distintos elementos. En este sentido, se han propuesto como posibles cuatro modelos diferentes de estafa, atendiendo a las combinaciones entre objetivo y subjetivo en torno a los componentes engaño y perjuicio patrimonial. Los ordenamientos estudiados han resuelto esta tensión de distintos modos y a través de diversas combinaciones entre conceptos más o menos "personalizados" de patrimonio y conceptos más o menos "subjetivos" de error determinan los límites del tipo de estafa.

5. Tras repasar los tres grandes criterios de política criminal que están presentes en la conformación del elemento engaño (deberes de autoprotección, subsidiariedad del Derecho Civil y funcionalidad del tráfico económico) se rechaza la construcción de un modelo subjetivo puro de estafa. Una protección tan extensa de los intereses patrimoniales supondría una perversión del Derecho Penal en aras a la protección a ultranza de la propiedad. Ahora bien, conviene ser extremadamente cautelosos en la normativización del engaño. La delimitación de estos deberes mínimos de autoprotección, cuya infracción da lugar a la no existencia de engaño, debe hacerse fundamentalmente a partir de criterios de utilidad social. Los deberes de autoprotección que burocratizan el tráfico económico y al final acaban perjudicando a los partícipes honrados no han de tener cabida.

6. Tomada posición en relación a la política criminal, la fase ulterior es construir técnicamente el engaño. El modelo descriptivo de engaño que acogen buena parte de los códigos penales europeos no resulta a mi juicio adecuado. Prueba de ello es, por ejemplo, la compleja discusión existente la hora de distinguir entre hecho y juicio de valor en el derecho alemán. La técnica legislativa más adecuada es, sin duda, la de carácter normativo, similar a la del ordenamiento español, en la cual el principal cometido del legislador no es la descripción del comportamiento típico, sino el buscar una fórmula que otorgue al juez las directrices de interpretación para, caso por caso, determinar la idoneidad del engaño.

7. Resulta igualmente fundamental, si se pretende efectivamente, lograr una armonización eficaz la definición expresa de lo que se entiende por acciones concluyentes y los supuestos en que han de ser sancionadas las conductas omisivas. Pues, en este punto, las divergencias entre los diversos ordenamientos son considerables. La admisión de la estafa por omisión debe ser, en cualquier caso, muy limitada porque de otro modo borraríamos la diferencia entre los modelos de fraude y estafa que anteriormente se han establecido.

Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 del CP español) y su relación con los resultados lesivos[1]

Inés OLAIZOLA NOGALES
(España)

SUMARIO: I. Planteamiento. **1.** Objeto del estudio. **II.** Imprudencia grave-imprudencia leve: criterios de delimitación. **1.** Introducción. **1.1.** Criterios generales utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para la determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia. **1.2.** Opinión personal. **2.** Concreción de los criterios generales en el ámbito de la actividad laboral. **2.1.** Relevancia de los delitos de peligro en el juicio de la gravedad o levedad de la imprudencia. **2.2.** Delitos contra los derechos de los trabajadores: arts. 316 y 317 del CP. **2.2.1.** Alcance de la expresión "no facilitación de medios necesarios". **2.2.2.** Posibles autores del delito: "los legalmente obligados". **2.2.3.** La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. **2.2.4.** Grave peligro para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. **2.2.5.** Necesidad del delito imprudente tipificado en el art. 317 del CP. **2.2.6.** Reflexiones sobre la escasa aplicación práctica de estos delitos. **3.** Conclusión: Relevancia de los delitos de peligro en la consideración de la gravedad de la imprudencia. **3.1.** La conducta imprudente de la víctima en la actividad laboral. **3.1.1.** Posiciones doctrinales en torno a la relevancia de la conducta del trabajador en los accidentes laborales. **a)** Posiciones restrictivas. **b)** Posiciones intermedias. Soluciones desde los criterios de la imputación objetiva. **c)** Posiciones amplias. **d)** Opinión personal. **III.** Breve reflexión final. Nota Final. **IV.** Bibliografía.

(1) El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación SEJ 2007/60312-Juri, subvencionado por el MEC y fondos FEDER, dirigido por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyo equipo investigador formo parte. También se beneficia indirectamente del Proyecto de Investigación subvencionado por el Gobierno de Navarra, del que soy investigadora principal.

I. PLANTEAMIENTO

1. Objeto del estudio

En materia de homicidio y lesiones imprudentes resulta, cuando menos, curiosa la distinción que el CP español realiza entre la imprudencia grave y la leve. La relevancia general que tiene la consideración de una conducta imprudente como grave o leve es notable, así en los delitos de homicidio y lesiones la diferencia entre imprudencia grave o leve llevará a que el hecho se castigue como delito o como falta (a excepción de las lesiones del art. 147.2 CP que se sancionan también como falta aunque se cometan por imprudencia grave) y, en los demás casos, para que una conducta imprudente sea relevante penalmente, será preciso que la conducta constituya imprudencia grave.

Sin embargo, los estudios doctrinales relativos a esta clasificación son muy escasos y las decisiones jurisprudenciales son enormemente confusas. En este trabajo intentaré analizar si es factible o no, y con qué limitaciones, el establecimiento de criterios que permitan con cierto carácter general determinar cuándo puede ser calificado de grave o leve un comportamiento imprudente. Especialmente trataré de estudiar si la tipificación penal de los delitos de peligro puede servir como pauta a la hora de responder a la cuestión de si un delito imprudente debe ser calificado como imprudencia grave o leve.

Me voy a centrar en los supuestos en los que se producen resultados de muerte o lesiones, en el ámbito laboral. Reduzco mi estudio a este campo por varios motivos:

En primer lugar, por la frecuencia con la que se producen los resultados lesivos de muerte y lesiones en este ámbito de actividad en España. Las cifras que nos ofrecen distintas fuentes son escalofriantes. Así, según los últimos datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales durante el periodo de enero a diciembre de 2008 el número de trabajadores fallecidos en accidentes laborales ascendió a 844[(2)]. Se puede afirmar sin temor a equivocarse que la pérdida de vidas humanas como consecuencia de acciones imprudentes es incomparable en número a la procedente de delitos dolosos. Y resulta prácticamente imposible contabilizar el número de personas lesionadas en este ámbito. Según el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales durante el año 2008 el número de accidentes laborales leves fue de 924.774 y el número de accidentes graves ascendió a 8.733[(3)].

(2) Avance de la siniestralidad laboral. Periodo Enero 2008-Diciembre 2008. Documento publicado por el Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo) <www.mtas.es>.

(3) Avance de la siniestralidad laboral. Periodo Enero 2008-Diciembre 2008. Documento publicado por el Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo) <www.mtas.es>.

En segundo lugar, porque en relación con la actividad laboral se tipifican también delitos de peligro, que tratan de evitar la realización de las conductas infractoras de normas de cuidado. Así los arts. 316 y 317 CP, relativos a delitos contra los derechos de los trabajadores. Ello lleva a pensar que se trata de ámbitos de la vida social en los que la norma de cuidado es susceptible de una cierta tipificación y analizaré si dicha tipificación penal tiene relevancia en la determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia.

Soy consciente de que hay otros ámbitos de actividad, también peligrosos para la vida o la integridad de las personas, entre otros, el ámbito del tráfico rodado y el de la actividad médica. Respecto al ámbito del tráfico rodado adelanto ya que las conclusiones de este estudio son traspasables, en su mayoría, al ámbito de la seguridad vial. Razones de espacio me impiden analizarlo. En cuanto a la actividad médica he preferido no incluir su análisis porque creo que en la actividad médica se producen una serie de problemas específicos, tales como el avance vertiginosos de la ciencia, que hace mucho más difícil concretar o fijar normas de cuidado, la importancia del consentimiento del paciente, la configuración de la *lex artis* a través de normas no jurídicas (aunque hay excepciones), etc. Por otro lado, además, aunque aumenta el número de reclamaciones judiciales contra las actuaciones del personal sanitario, los datos de muertes y lesiones producidos como consecuencia de dicha actividad distan mucho, afortunadamente, de los producidos como fruto de la actividad laboral, o de la actividad rodada.

II. IMPRUDENCIA GRAVE - IMPRUDENCIA LEVE: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

1. Introducción

Parto de un concepto normativo de imprudencia. La conducta imprudente se caracteriza por constituir una infracción del deber objetivo de cuidado. Matizando esta idea, quizá sería más conveniente hablar de infracción del deber de conducta como hace Paredes Castañón[4], en el sentido de que la infracción del deber no proviene de la no adopción de las medidas de cuidado, sino de actuar sin haberlas adoptado. El conductor de un vehículo debe asegurarse de que se dan las condiciones idóneas para hacerlo. Debe preocuparse de que dichas condiciones no cambien y, si cambian, procurar que vuelvan a instaurarse. Si no puede, tendrá que dejar de conducir. Por lo tanto, no hay un deber autónomo de tomar medidas de cuidado, sino que ese es un deber derivado en ciertos casos del deber de mantener el riesgo bajo control.

(4) PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*. 1995, p. 146 y ss.

Esta característica presupone la existencia de previsibilidad del resultado típico, puesto que respecto de aquello que no es previsible no existe ni puede existir un deber de cuidado (o de conducta) para intentar evitarlo. No obstante, no basta con la previsibilidad, pues aunque sea previsible la posibilidad de realizar un hecho típico, si el sujeto observa todas las medidas de diligencia y de cuidado impuestas por las normas y pese a ello se produce el hecho objetivamente típico, su conducta no es imprudente, sino que está amparada por el caso fortuito o por el riesgo permitido(5).

1.1. Criterios generales utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para la determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia

Los criterios para determinar cuándo una imprudencia debe ser considerada grave o leve no ha sido objeto de demasiado estudio. La jurisprudencia y la doctrina suelen interpretar que la imprudencia grave supone la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado, mientras que la imprudencia leve supone una infracción más leve o una pequeña desatención a normas importantes de cuidado, o una infracción de normas de cuidado no elementales, sino secundarias.

Se alude también al grado de peligro en relación con la clase de bien jurídico y al grado de control o descontrol. Así afirma Luzón Peña que habrá una infracción total o al menos grave de normas básicas o elementales de cuidado, cuando la conducta cree u opere ante un elevado peligro, bien incontrolable o controlable pero sin emplear ninguna o con muy escasas e insuficientes medidas de control (pues en estos casos tanto la norma de cuidado como su infracción son clarísimas, elementales y asequibles para cualquiera); y teniendo en cuenta que para determinar el grado de peligrosidad puede combinarse lo cuantitativo con lo cualitativo, se puede concluir que un grave peligro para un bien jurídico de media o baja importancia requerirá un número bastante elevado de posibilidades de lesión, mientras que no hará falta que sea cuantitativamente tan elevada esta posibilidad de lesión si el peligro afecta a bienes jurídicos básicos. Habrá, por otra parte, imprudencia leve, cuando se produzca una infracción de normas no elementales de cuidado o una infracción pequeña de normas básicas de cuidado, en la medida en que se concreta en una actuación con un peligro superador del riesgo permitido, pero no elevado, o en una actuación con un peligro en principio alto, pero efectuada con cierto grado de control, aunque insuficiente para evitar el riesgo de la actuación(6).

(5) LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, p. 499 y ss.

(6) LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, p. 515 y ss.; CEREZO MIR, *PG II*, 5ª, 1997, p. 165; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en FERNÁNDEZ PASTRANA (dir.), *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, 1999, p. 193 y ss.

En sentido parecido se manifiesta Mir Puig, para quien la imprudencia grave se caracteriza por la infracción de la atención o del cuidado que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente. Supone la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención. A estos efectos, opina Mir Puig que deberán tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos(7).

Para valorar la gravedad de la imprudencia, Quintero Olivares propone atender a la entidad de la violación de la norma de cuidado y a la potencialidad del daño(8).

Cobo Del Rosal/Vives Antón entienden que la calificación de grave, atribuida a la imprudencia, guarda una indudable relación con la infracción del deber que se haya cometido. Para medir la intensidad de la infracción del deber habrá que tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes y muy especialmente la índole del riesgo creado y la previsibilidad objetiva *ex ante* del resultado producido. Sin embargo, estos autores no aceptan la vinculación que otros autores establecen entre la gravedad de la imprudencia y la importancia del bien jurídico(9).

Bacigalupo Zapater se muestra bastante crítico con las posiciones anteriores y afirma que la vinculación entre la gravedad de la imprudencia y la importancia del bien jurídico significa caracterizar la gravedad de la imprudencia atendiendo a la gravedad del hecho. Por otro lado, en relación al criterio de la creación de un peligro elevado no seguido de suficientes medidas de control entiende que se trata en realidad de un único elemento, la creación de un peligro elevado, dado que la insuficiencia del control es, precisamente, lo que define la imprudencia como tal. Por ello, propone otro posible criterio consistente en analizar el grado de desinterés revelado por el autor respecto a bienes ajenos Reconoce que de esta forma no se alcanza un

(7) MIR PUIG, *PG*, 8ª, 2008, p. 286 y ss. En sentido similar, TENCKHOFF, *ZStW 88* (1976), p. 900 y ss.; VOLK, *GA 1976*, p. 161 y ss.; WECHSCHEIDER, *ZStW 98* (1986), p. 630 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 367 y ss.; *El delito imprudente,* 2ª, 2005, p. 357 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP I*, 1999, p. 613.

(8) QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2005, p. 351.

(9) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, p. 633 y ss.

concepto preciso, pero, al menos, puede situarse la cuestión en el lugar que le corresponde sistemáticamente, que según este autor son las perspectivas de la prevención especial(10).

Landecho Molina/ Molina Blázquez(11) fundamentan la gravedad de la imprudencia en la evitabilidad del resultado.

Muñoz Conde/ García Arán afirman que, al igual que en la determinación del deber de cuidado, en la valoración de si la imprudencia es grave o leve, habrán de tenerse en cuenta la capacidad, rol específico y conocimientos especiales del sujeto(12).

La jurisprudencia ha utilizado criterios muy semejantes a los manifestados por la doctrina. Así se repiten argumentos como los que a continuación se detallan para justificar la entidad de la imprudencia:

- El nivel de cuidado exigido es mayor cuanto más importantes sean los bienes jurídicos en juego(13).
- La imprudencia grave está relacionada con la infracción de normas elementales de cuidado(14).
- La naturaleza extraordinaria del riesgo, es decir, la peligrosidad de la propia actividad también influye en la exigencia de mayor nivel de cuidado(15).

Por otra parte, la mayoría de la doctrina considera irrelevante para valorar la gravedad o levedad de la imprudencia el hecho de que esta sea consciente o inconsciente(16). La imprudencia consciente se dará cuando, si bien no se quiere causar la lesión (o –en delitos de mera conducta activa u omisiva– realizar el hecho típico), se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que la actuación no dará lugar al resultado lesivo o, en los delitos de mera conducta, a realizar el hecho típico. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya el dolo

(10) BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 4ª, 1997, p. 249. En sentido similar, MAURACH, *FS-Hienitz*, 1972, p. 430 y ss.; MAIWALD, *GA 1974*, p. 275 y ss.
(11) LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, 7ª, 2004, p. 230.
(12) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 7ª, 2007, p. 287.
(13) STS 2445/2001, de 22 de diciembre.
(14) STS 1082/1999, de 28 de junio; 1188/1999, de 14 de julio; 1611/2000, de 19 de octubre; 208/2001, de 16 de febrero; 291/2001, de 27 de febrero; 561/2002, de 1 de abril.
(15) STS 1646/1998, de 22 de diciembre; 1233/2002, de 29 de julio
(16) LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, p. 514 y ss; CEREZO MIR, *PG II*, 5ª, 1997, p. 165; BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones II*, 1999, p. 173 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP I*, 1999, p. 612 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 622 y ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª, 2003, p. 527 y ss.; KÜHL, *StGB Kommentar*, 25ª, 2004, p. 112; KINDHÄUSER, *AT*, 2005, p. 270; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2005, p. 351; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 7ª, 2007, p. 288; MIR PUIG, *PG*, 8ª, 2008, p. 286 y ss.

eventual. La imprudencia inconsciente implica, en cambio, que no solo no se quiere el hecho típico (en su caso el resultado lesivo), sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro. Ambas clases de imprudencia pueden tener la misma gravedad, atendiendo a los criterios manejados por la doctrina. Así, puede ocurrir que, por no ser siquiera consciente del peligro o de la posibilidad de realizar el tipo, el sujeto infrinja una norma básica o elemental del deber de cuidado, con un alto grado de peligro sin control alguno. Por ejemplo, el sujeto que por no haber pasado la revisión obligatoria del vehículo no es consciente de que tiene las ruedas en muy mal estado y, como no lo sabe, circula a 140 kms/h por la autovía con el peligro de que estalle alguna de las ruedas. Frente a este, otro sujeto, conocedor del mal estado de las ruedas, también circula por la autovía pero, precisamente por conocer el riesgo al que se expone, es probable que tome ciertas medidas de precaución o de control, por ejemplo disminuir la velocidad, lo que podría en algún caso reducir la gravedad de la imprudencia, al disminuir el grado de probabilidad de resultado lesivo. En otras ocasiones, sin embargo, en la imprudencia consciente podrá darse ciertamente la misma gravedad de la infracción del deber de cuidado que en una imprudencia inconsciente (en nuestro ejemplo, el sujeto, aun sabiendo que sus ruedas están en mal estado, circula a 140 kms/h) lo que, unido a la conciencia de la situación, puede suponer un desvalor de la acción mayor(17).

Feijoo Sánchez afirma, sin embargo, que la imprudencia consciente es más grave que la inconsciente, en el sentido de que cuantos más datos objetivos tenga el autor para ser cuidadoso más evidente y grave será la falta de cuidado, por ejemplo, cuantos más datos tenga el dueño de un perro de la peligrosidad de este más grave será la falta de cuidado con el animal(18). Por su parte Roxin entiende que, si bien la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no posee gran relevancia, dado que el legislador no vincula a ella diferentes consecuencias jurídicas, sin embargo, en su opinión, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, de modo que este mayor merecimiento de pena debería repercutir en la medición de la pena. Afirma Roxin que únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco más o menos justificada. Si por el contrario, se toma por base el mismo grado de creación de riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo pro-

(17) LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, p. 514 y ss.
(18) FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 260 y ss.

porciona al sujeto un motivo en contra de la actuación sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente del riesgo creado en la imprudencia inconsciente. Roxin concluye que este mayor merecimiento de pena debe repercutir en la calificación de la imprudencia como temeraria: "cuando el sujeto actúa con imprudencia consciente, se deberá ya enjuiciar como temerario un aumento del peligro que rebase de manera no insignificante el riesgo permitido, mientras que, en el caso de un sujeto que actúa con imprudencia inconsciente, la puesta en peligro provocada por el mismo –con las variaciones que resulten de las demás circunstancias que haya de tener además en cuenta– debe ser tan grande que la posibilidad de realización del tipo salte directamente a la vista"(19).

1.2. Opinión personal

En mi opinión el juicio sobre la gravedad o la levedad de la imprudencia es un juicio en el que se atiende al desvalor de acción, que repercute en la clase de tipo. Se trata de un problema de grado de injusto, por tanto objetivo-general, que se analizará desde una perspectiva *ex ante*.

La conducta imprudente es una conducta que infringe una norma objetiva de cuidado, peligrosa para un determinado bien jurídico y superadora del nivel de riesgo permitido. El mayor o menor grado en el que se constate la existencia de estos requisitos es lo que determinará la gravedad o levedad de la imprudencia.

Para que la conducta constituya una infracción del cuidado **debido** es necesario que supere el nivel de riesgo permitido. Por tanto, no cabrá hablar de imprudencia grave o leve en función de si la conducta supera o no el riesgo permitido, sino que el ámbito del riesgo permitido servirá para restringir las conductas penalmente relevantes, es decir, solo cuando se supere el nivel de riesgo permitido cabrá hablar de conducta imprudente en sentido normativo. Ahora bien, la valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos(20). Por tanto, la mayor o menor superación de dicho riesgo será un criterio para valorar la gravedad o la levedad de la imprudencia. Los límites del riesgo permitido varían de unas actividades a otras. Es este un concepto ya en su origen ligado a la nueva sociedad industrial y, en consecuencia, ligado a la solución de conflictos que planteaban las distintas actividades peligrosas con utilidad social. La ponderación de intereses, como presupuesto para la delimitación del riesgo permitido es

(19) ROXIN, *AT I*, 4ª, 2006, p. 1086 ss. (= *PG I*, 1997, p. 1019 y ss.).
(20) Así, MIR PUIG, *PG*, 8ª, 2008, p. 288.

una decisión política, pues supone aceptar o rechazar riesgos que afectan al conjunto de la sociedad(21). En dicha ponderación se atiende, por un lado, al valor de los bienes jurídicos amenazados, al grado de peligro que corren y a las posibilidades de control; y, por otro lado, a la importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa. Los límites del riesgo permitido son bastante claros cuando dicha ponderación de intereses la plasma el legislador en leyes o reglamentos escritos que regulan la correspondiente actividad. Así ocurre precisamente en la actividad laboral. En este caso los límites de las conductas permitidas en abstracto vienen marcados por el propio legislador.

Por otro lado, otro criterio relevante en el juicio de gravedad de la imprudencia será el de la mayor o menor peligrosidad de la conducta, que implica que la probabilidad de lesión de un bien jurídico y la lesión es más o menos probable dependiendo del ámbito de actividad donde se desarrolle la conducta: la probabilidad de lesión no es la misma en el trabajo del oficinista que en el del albañil que se sube al andamio. Serán muy importantes las medidas de control con las que opere el sujeto, en tanto en cuanto sirvan para neutralizar el peligro, aunque finalmente sean insuficientes. Pero la peligrosidad no solo debe analizarse desde un punto de vista cuantitativo, es decir, desde el estudio de si la probabilidad de lesión es baja, media o alta, sino desde un punto de vista cualitativo, en este sentido se afirma que, dependiendo de cuál sea el bien jurídico puesto en peligro, se podrá valorar que una conducta es más o menos peligrosa. Aunque esta afirmación pueda resultar discutible, por ejemplo, por entender que dicha consideración constituye un *bis in idem*, puesto que la relevancia del bien jurídico protegido ya la ha tomado en cuenta el legislador para tipificar la conducta (por ejemplo, considerando suficiente un pequeño desvalor de acción –imprudencia leve– cuando el desvalor de resultado es grande), sin embargo, lo que parece más claro es que cuando el bien jurídico que está en juego es un bien fundamental (como la vida, la salud o la integridad de las personas) el nivel de cuidado que se exige es mayor y, en este sentido, las medidas de control que se exigen al sujeto en su actuación son mayores, porque la superación del riesgo permitido en estos casos es menos aceptable.

Otro criterio más para determinar la gravedad o levedad de la imprudencia será el de la clase de norma infringida, pues no todas las normas de cuidado que rigen en el ámbito de una actividad peligrosa tienen la misma importancia de cara a evitar la lesión del bien jurídico. Deberá tenerse en

(21) Ampliamente, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 308 y ss; *El delito imprudente*, 2ª, 2005, p. 324 y ss.; *Delitos de peligro*, 1999, p. 86 y ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pássim.

cuenta también la gravedad de la infracción de dicha norma de cuidado; criterios como el de la frecuencia, la reiteración o la duración en el tiempo de la infracción también pueden ser relevantes.

Por último, deberá determinarse el grado de previsibilidad de la lesión. Esto quiere decir que al hombre medio ideal, puesto en la situación del autor y con los conocimientos de este (concretamente el baremo de referencia deberá ser el de la posición que ocupe el sujeto en el tráfico jurídico con las facultades y capacidades que le son atribuidas normativamente) le es exigible prever la peligrosidad de su conducta. La mayor o menor previsibilidad de la peligrosidad también será un criterio de determinación de la gravedad o levedad de la imprudencia, no así la efectiva previsión. Desde mi punto de vista la efectiva conciencia que del peligro tenga el sujeto no afecta a la gravedad o a la levedad de su imprudencia. En mi opinión, la conducta es objetivamente igual de grave tanto si el sujeto conoce que está infringiendo una norma de cuidado o no lo conoce pero debería conocerlo. Desde luego, el sujeto que, sabiendo que está infringiendo una norma de cuidado, realiza la conducta demuestra un mayor desprecio del riesgo, que, en algún caso, podría tenerse en cuenta en la determinación de la pena, pero no en la valoración de la imprudencia como más o menos grave. Al contrario, si el sujeto que conoce la situación toma medidas de control, para intentar neutralizar el riesgo, podremos afirmar que reduce las probabilidades de lesión y, por tanto, la peligrosidad de su conducta será menor, aunque finalmente se produzca el mismo resultado y, por tanto, la imprudencia podría considerarse leve. Pero la levedad en este caso no se debe a que el sujeto sea o no consciente de la peligrosidad de su conducta, sino al hecho de haber tomado medidas de control, criterio que sí hemos admitido como relevante para juzgar la gravedad o levedad de la imprudencia.

Una vez adoptados estos criterios generales, es el momento de analizar si en el ámbito concreto de la actividad laboral se pueden aportar algunas pautas más concretas de valoración.

2. Concreción de los criterios generales en el ámbito de la actividad laboral

La actividad laboral (fundamentalmente alguna como la construcción, la industrial o la agraria) es una actividad peligrosa en el sentido de que se trata de actuaciones que generan altas probabilidades de lesión de bienes jurídicos, y concretamente de bienes jurídicos especialmente importantes como la vida o la integridad de las personas. Sin embargo, son actividades necesarias por la utilidad social que reportan. Se podría afirmar que en la sociedad actual son actividades imprescindibles. Se trata de un ámbito cuyas actividades encajarán, a pesar de su peligrosidad, dentro del riesgo permitido siempre que se respeten unos límites. Estos límites vienen fijados con bastante

exhaustividad, tanto en la propia norma penal, a través de la tipificación de los delitos de peligro, como en la normativa extrapenal, a través de la Ley Prevención de Riesgos Laborales y de otras reglamentaciones sectoriales relativas a ámbitos concretos de la actividad laboral. En mi opinión toda esta regulación, entre otras funciones, servirá para determinar en muchos supuestos si una conducta imprudente es grave o leve. Concretamente adelanto ya, que si a una conducta calificada como delito de peligro, por ejemplo el delito tipificado en el art. 316 del CP, le es imputable un resultado lesivo, el delito de lesión correspondiente (el homicidio o las lesiones) deberá castigarse como imprudencia grave siempre que no constituya un delito con dolo eventual y, en tanto en cuanto el legislador haya seleccionado correctamente las conductas peligrosas, es decir, haya hecho una tipificación adecuada de los delitos de peligro.

2.1. Relevancia de los delitos de peligro en el juicio de la gravedad o levedad de la imprudencia

Se puede afirmar, siguiendo a Rodríguez Montañés[22] que existen ciertos ámbitos de la actividad social en los que la norma de cuidado no es absolutamente indeterminada, sino que es susceptible de una cierta tipificación, por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, lo cual, unido al alto riesgo que tales conductas representan para bienes jurídicos esenciales, lleva al legislador a su punición expresa, sin esperar a la producción de un resultado lesivo. Surgen así los delitos de peligro, y, en este proceso de creación de delitos de peligro, el legislador debe atender a tres criterios: el grado de riesgo e importancia del bien jurídico, la naturaleza de la actividad (que permite "la tipificación" de la norma de cuidado, lo que se pone de relieve en la existencia de una normativa que las regula) y la experiencia acumulada, que permite constatar la potencialidad lesiva de ciertas conductas, contribuyendo a la tipificación de la norma de cuidado. Estos requisitos parecen propios tanto de la actividad laboral como de la actividad rodada, y, efectivamente, en ambos casos el legislador ha optado por la tipificación expresa de los delitos de peligro. A continuación analizaré las conductas tipificadas en los delitos de peligro, relacionados con la actividad laboral, con el fin de valorar si la tipificación realizada en este ámbito ha sido correcta.

2.2. Delitos contra los derechos de los trabajadores: arts. 316 y 317 del CP

El art. 316 del CP establece: "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con

(22) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 135.

las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses". Por su parte, el art. 317 castiga con la pena inferior en grado las conductas anteriores cometidas por imprudencia grave: "Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado". Desde mi punto de vista, son delitos de peligro concreto cuyo resultado consiste en poner en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores(23).

2.2.1. Alcance de la expresión "no facilitación de medios necesarios"

El núcleo de las conductas típicas radica en la "no facilitación de los medios necesarios" que aseguren las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Se producen básicamente tres interpretaciones doctrinales en torno al alcance de dicha expresión.

a) Interpretación restrictiva: Esta interpretación vincula el término "medios" únicamente con el incumplimiento de la obligación de proporcionar a los trabajadores los equipos de protección individual o colectiva de carácter material (gafas, cinturones, guantes, botas, redes, barandillas, etc.)(24). Esta tesis coincide plenamente con el contenido que la doctrina mayoritaria atribuyó a la conducta de "no facilitar los medios" en el marco del art. 348 bis a) CP1944/1973. En este precepto la conducta típica consistía en "no exi-

(23) La mayoría de la doctrina es partidaria de entender que se trata de delitos de peligro concreto. Pero merece la pena indicar la reflexión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ 80* (2005), p. 24 y ss., al hilo de los problemas concursales que plantean estos delitos, acerca de este punto. En principio este autor acepta la tesis de que estos delitos se puedan considerar delitos de peligro concreto. Ahora bien también admite la posibilidad de que pudiéramos estar ante una forma peculiar de de delito de peligro abstracto contra un bien jurídico supraindividual en el que se requiere al menos un resultado de peligro concreto para asegurar la verdadera existencia de peligrosidad general de la conducta. La concreta puesta en peligro constituiría un elemento típico cuya función sería restringir el alcance de la conducta típica. De este modo, una vez comprobada o asegurada esta contrariedad con la presencia de un resultado de peligro grave, los ulteriores resultados de esta clase ya no añadirían desvalor en relación con el bien jurídico supraindividual defendido, por lo que en coherencia no se apreciaría un concurso ideal de delitos de los arts. 316 o 317 del CP, sino solo uno de ellos. Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si se apuesta por entender que estamos ante delitos de peligro concreto para bienes jurídicos individuales (vida, salud e integridad física), lo coherente sería, además de aceptar la solución del concurso ideal de delitos cuando se hayan puesto en concreto peligro graves bienes jurídicos de otros titulares distintos del que sufrió la muerte o lesión, aplicar también un concurso ideal de varios delitos de peligro concreto cuando hayan sido diversos trabajadores los puestos en grave peligro de muerte o lesión, con independencia de que se haya producido o no finalmente algún resultado lesivo. Dejo simplemente apuntada la tesis del prof. Díaz, que considero sumamente atractiva, pero no entro a valorarla por no ser el objeto de este estudio.

(24) ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, p. 142 y ss.; *DP del Trabajo,* 1988, p. 66 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 330 y ss.; *EH-Cobo*, 2005, p. 584; *Cuadernos penales-Lidón 3* (2006), p. 44 y ss. (aunque en este último trabajo parece aceptar dentro de la expresión "medios" los denominados medios inmateriales: formación e información); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, 2ª, 2005, p. 779.

gir o facilitar los medios" o en "procurar las condiciones" y ello hacía que la mayoría de la doctrina interpretara que el término "medios" se refería únicamente a equipos materiales, mientras que en la conducta de "procurar condiciones" se englobaban otro tipo de comportamientos como la no realización de una adecuada selección, formación e información del personal laboral o la inadecuada programación de los ritmos de trabajo y se consideraba que esta última conducta englobaba a las dos anteriores "no exigir o no facilitar los medios", puesto que el que no facilitaba los medios o no exigía su uso, no procuraba las condiciones para que los trabajadores desempeñaran una actividad con las medidas de seguridad e higienes exigibles. Según Arroyo Zapatero, el tipo era redundante, porque dentro de la expresión "procurar condiciones" podían incluirse todas las demás(25). Sin embargo Lascurain Sánchez, a pesar de reconocer que la amplitud semántica de la expresión "procurar condiciones" permitía la subsunción de todos los comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo, consideraba que resultaría conveniente *de lege ferenda* una redacción típica más ejemplificativa para despejar dudas acerca de la inclusión en el tipo de determinadas conductas. La redacción que él proponía era: "por la no facilitación de los medios necesarios, la no exigencia del uso de los mismos, la ausencia de una adecuada selección o formación de los trabajadores, la imposición de un ritmo de trabajo inadecuado, o de cualquier otra forma, ocasionen o permitan que los trabajadores realicen su prestación sin las condiciones de seguridad e higiene exigibles"(26).

Al margen de lo que se pueda opinar de las anteriores consideraciones, lo que quiero poner de manifiesto es que en ningún caso la expresión "medios" tuvo un contenido que fuera más allá de los medios materiales, fundamentalmente porque el tipo incluía la conducta más amplia de "procurar condiciones"; por ello, cuando entra en vigor el actual art. 316 CP con una redacción típica en la que solo se hace referencia a "medios", algunos de estos autores interpretan que el CP solo ha querido mantener como conducta penalmente relevante la de no facilitar medios materiales.

b) Interpretación extensiva: Frente a la interpretación anterior, otro sector de la doctrina se muestra partidario de considerar que la expresión "medios" es sinónima de la de "medidas de seguridad" utilizada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su art. 14.2., en el que se obliga al empresario a adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. En opinión de Aguado López la utilización del calificativo de "necesarios" dota de un sentido más amplio al verbo

(25) ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, p. 158.
(26) LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 333 y ss.

"facilitar". Según esta autora, no es lo mismo decir que "no faciliten los medios" que decir que "no faciliten los medios necesarios" o, lo que es lo mismo que "no faciliten las condiciones de seguridad e higiene". Medios necesarios son todas las medidas de seguridad, pues todas ellas, tanto las personales, materiales u organizativas, son necesarias para evitar el peligro para la vida o salud del trabajador. Así, "medios necesarios y condiciones de seguridad" serían expresiones sinónimas, mientras que la utilización de la palabra "medios" a secas haría referencia solo a una parte de las medidas o condiciones de seguridad (a los medios de protección personal). Por tanto, en la expresión "no facilitar los medios necesarios" se comprenderían todas las obligaciones de seguridad e higiene, incluso la obligación de exigir a los trabajadores el cumplimiento de las medidas de seguridad y la obligación de vigilancia, porque el verbo "facilitar" se entendería como no procurar o adoptar cualquier medida de seguridad(27).

c) Interpretación teleológica-funcional(28): Los defensores de esta interpretación incluyen en la expresión "medios" tanto los medios materiales (equipos de protección personales y colectivos) como los medios inmateriales (información y formación)(29). Esto se trasluce en la relevancia jurídico penal del incumplimiento de la obligación de proporcionar los preceptivos equipos de protección individual o colectiva o la adopción de las medidas encaminadas a asegurar la seguridad de las máquinas, herramienta o instalaciones utilizadas por los trabajadores, pero también en la relevancia penal del incumplimiento de la obligación de facilitar a los trabajadores una suficiente información y formación en materia de prevención de riesgos laborales. Opina, con razón, este sector doctrinal que no puede decirse que "se han facilitado los medios" si el trabajador no sabe usarlos correctamente y no se le informa acerca de cómo se utilizan o no se le prepara suficientemente para su utilización. Además, los medios inmateriales encajan en el tenor literal del término "medios" tanto desde un punto de vista del lenguaje vulgar como jurídico. Hasta aquí esta interpretación coincidiría básicamente con la anterior; la

(27) AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo*, 2002, p. 197 y ss.; en sentido similar, BARTOMEUS PLANA, en: ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1998, p. 252 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo*, 2001, p. 87 y ss.; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *RP 10* (2002), p. 100; MORILLAS CUEVA, *CDJ 2004-XIV,* p. 40 y ss; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X*, 2006, p. 437.

(28) Denominación acuñada por HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 186.

(29) CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), p. 50 y ss.; HORTAL IBARRA, en: MIR/CORCOY (dirs.), *La Política Criminal en Europa,* 2004, p. 244 y ss.; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 186 y ss.; *CPC 96* (2008), p. 90 y ss.; FIGUEROA NAVARRO, *LLpenal 19* (2005), p. 57 y ss.; PAVÍA CARDEL, *LLpenal 19* (2005), p. y 29 ss.; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: POZUELO PÉREZ (coord.) *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 383 y ss.; REVELLES CARRASCO, *RDS 33* (2006), p. 195.

diferencia estriba en que para estos autores la conducta de "facilitar los medios necesarios" no coincide, como opinan los anteriores, con cualquier incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la seguridad e higiene de los trabajadores. Así, consideran que la falta de vigilancia del empresario respecto a la utilización de las medidas de protección supone una infracción de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, concretamente de los arts. 17.2 y 15.4., pero no encaja en el tipo penal del art. 316 CP, ya que por definición, en los casos de ausencia de vigilancia, los medios necesarios ya existen, y son en principio suficientes (si no, estaríamos ante un incumplimiento de otra obligación: la de facilitar los medios necesarios)(30). No encajará tampoco el incumplimiento de la obligación de paralizar la actividad cuando se detecte la presencia de un riesgo grave para la vida o la salud de los trabajadores, puesto que su inclusión en la expresión "medios" superaría el tenor literal del tipo y porque dicho deber es una manifestación específica del genérico deber de vigilancia. Tampoco encajará en el art. 316 CP el incumplimiento de la obligación de exigir la efectiva utilización de los medios previamente facilitados(31). Ya se ha visto que desde la posición extensiva se acepta la relevancia típica de esta conducta y en el fondo de dicha aceptación late la intuición de que no sirve de nada que se adopten las medidas de seguridad legalmente establecidas si después no se exige su efectivo cumplimiento por parte de los trabajadores, porque de ello depende la efectividad de tales medidas. Sin embargo, desde la interpretación teleológica-funcional se afirma que ello supondría una interpretación contra reo superadora del tenor literal, entre otras razones, porque el propio legislador de 1995 derogó la conducta que recogía el anterior CP relativa a "no exigir el cumplimiento de las medidas de seguridad".

d) Opinión personal: Entiendo que la interpretación más correcta es la tercera, es decir, la denominada teleológica-funcional. Considero que es la que mejor se adapta al tenor literal del tipo porque entiendo, en contra de la posición más restrictiva, que dentro de la literalidad de la expresión "medios" encajan también los medios inmateriales, entre los que se encuentran la formación e información a los trabajadores, que debe ser acorde, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales "a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en él desarrollan su prestación laboral y a la actividad que realizan".

(30) Aunque no se adhiere expresamente a la interpretación teleológica-funcional, también niega la relevancia típica de la infracción del deber de vigilancia, TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida*, 2002, p. 84; *Siniestralidad laboral*, 2006, p. 79 y ss; *Cuadernos penales-Lidón 3*, (2006), p. 32 y ss.

(31) HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 186 y ss.; *CPC 96* (2008), p. 95 y ss.; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA. En: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 383 y ss.

El calificativo de "necesarios" deberá interpretarse en el sentido de suficientes y adecuados para cumplir las medidas de seguridad e higiene de la actividad de que se trate y evitar peligros graves para la vida, salud o integridad de los trabajadores. Es decir, la conducta típica puede consistir en no proporcionar ningún medio, en proporcionar solo parte de los medios (insuficiencia cuantitativa) o en proporcionar medios defectuosos (insuficiencia cualitativa). En todo caso se tratará de medios dirigidos directamente a la evitación de resultados lesivos. Por ejemplo, no se considerarán medios a los efectos de este precepto aquellas actividades de carácter auxiliar como las obligaciones documentales o de información a la Administración(32). Más adelante, cuando se estudie la posible relevancia de las normas extrapenales en la configuración del deber de cuidado, se hará un análisis más exhaustivo de cuáles son las medidas de seguridad recogidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que puedan ser relevantes en la configuración del deber objetivo de cuidado.

Igual que los autores partidarios de las teoría teleológica-funcional soy de la opinión que los incumplimientos de las obligaciones relacionadas con el deber de vigilancia como la suspensión de la actividad o la exigencia de la utilización de las medidas no encajan en el tipo penal, y esto fundamentalmente por razones de literalidad del precepto, aunque también se puede ver un distinto desvalor de acción en los distintos supuestos. Así, por ejemplo, no parece lo mismo el supuesto en el que el empresario no proporciona los medios de protección adecuados de aquellos otros en que no vigila el que el trabajador los utilice. Aunque la Ley de Prevención de Riesgos Laborales obliga al empresario a vigilar la conducta de los trabajadores y le hace responder por las imprudencias no temerarias de los mismos (art. 15.4), el distinto desvalor puede provenir de que en el primer caso el peligro para la vida, salud o integridad del trabajador proviene exclusivamente de la conducta del empresario, en tanto que en el segundo supuesto el peligro proviene (ya veremos después la relevancia penal que esto tiene) tanto de la conducta del empresario que no vigila, como de la conducta del trabajador que no utiliza los medios que le han sido proporcionados. Sobre este punto volveré más adelante y con más detalle cuando se analice la posible relevancia penal de la conducta de la víctima. Por supuesto, a la infracción del deber de vigilancia, aunque no encaje en los arts. 316 y 317 del CP, se le podrán imputar los resultados lesivos imprudentes que se hubieran producido(33).

(32) MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA, en: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 386.

(33) TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida*, 2002, pp. 84; *Siniestralidad laboral*, 2006, pp. 79 y ss.; *Cuadernos penales-Lidón 3*, (2006), p. 32 y s.; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 186 y ss.; *CPC 96* (2008), p. 98 y ss., MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA. En: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 383 y ss.

Partiendo de lo dicho hasta ahora, conviene hacer dos matices importantes.

En primer lugar, la facilitación de medios no puede ser puramente formal, sino que, como el propio verbo indica, "facilitar" no es solo proporcionar o entregar, sino también es hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, por lo que desde luego no bastará con que el empresario compre, por ejemplo, los medios de protección individual y los deje en el almacén sin dárselos a los trabajadores, tampoco será suficiente que se los entregue sin informarles de su funcionamiento y tampoco bastará con que se los proporcione y a la vez les "indique" la incomodidad de su uso o la inconveniencia del mismo porque eso "retrasará la obra", o incluso podría verse un incumplimiento de la obligación de "facilitar los medios" en aquel caso en el que el empresario "premiase" de alguna manera al trabajador que no usara los medios de protección porque su producción fuera mayor. Por último, tampoco se podrá considerar que el empresario ha facilitado los medios cuando, a pesar de ponerlos a disposición de los trabajadores, incluso habiéndoles informado perfectamente acerca de su manejo, exija después un nivel de productividad incompatible con la utilización de las medidas de seguridad. En conclusión, creo que no hay que confundir el incumplimiento del deber de vigilancia concretado en la no exigencia de la utilización de los medios, que no encajará en el tipo, con la potenciación de dicha no utilización, porque en estos casos podría llegar a decirse que el empresario "no facilita los medios" en la medida en que "dificulta su utilización".

En segundo lugar, creo que es interesante matizar la siguiente idea apuntada por Lascurain Sánchez[34] quien opina que una cosa es la exclusión inicial de la tipicidad de la infracción del deber de vigilancia porque se considera que no encaja en la "facilitación de medios" y otra es la posible relevancia típica del deber de vigilancia en que se transforma para el delegante el deber de facilitación de medios en virtud de la propia delegación. Es decir, la delegación del deber de facilitación de medios transforma este deber en un deber de vigilancia del delegado, de modo que la infracción del deber de vigilancia del delegante sobre el delegado constituye a su vez infracción del deber de facilitar medios[35]. Desde mi punto de vista esta idea debe ser matizada. Es verdad que el empresario es el responsable último de que los trabajadores cuenten con los medios necesarios. La facilitación de medios puede ser

(34) LASCURAIN SÁNCHEZ, *In Dret* 2007, p. 9.

(35) En contra de esta opinión, HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* 2005, p. 271 y ss. Para este autor, si bien el delegante puede responder de los resultados de muerte y/o lesión imputables a la infracción del deber de vigilancia, en modo alguno puede responder de aquellas puestas en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores imputables al incumplimiento de su deber de vigilancia, por cuanto la descripción típica contenida en el art. 316 del CP, dicho incumplimiento carece de relevancia jurídico-penal.

directa empresario-trabajadores o indirecta empresario-delegado-trabajadores. En este caso pesa sobre el empresario el deber de vigilar que el delegado facilite los medios y pesa sobre él la obligación de facilitar los medios si le consta que el delegado no lo ha hecho. Podemos imaginar dos supuestos. El primero será aquel en el empresario conoce que el delegado no ha facilitado los medios oportunos y a pesar de ello no hace nada. En este caso creo que se puede afirmar que la conducta del empresario encaja en el art. 316 CP, no tanto porque haya infringido su deber de vigilancia, que de hecho no ha infringido, puesto que si conoce la situación es porque ha vigilado, sino porque ha incumplido con su deber de facilitar los medios que le corresponde tanto en los casos en los que no hay delegado, como en aquellos que, habiendo delegado, este no los facilita. El segundo supuesto es aquel en el que el empresario no vigila adecuadamente al delegado y por tanto no conoce que este no ha facilitado los medios necesarios a los trabajadores. Aquí sí que se infringe el deber de vigilancia por parte del empresario y la cuestión es si dicha infracción cumple el tipo del art. 316 CP. Yo entiendo que dicha conducta no encaja en el precepto, al menos como autoría[36]. Por supuesto, será importante en este punto que la delegación haya sido correcta, esto es, una selección adecuada de la persona que asume la función de control de riesgos laborales en el seno de la empresa y una dotación del necesario dominio mediante la puesta a disposición del delegado designado de los medios personales, materiales e inmateriales.

2.2.2. Posibles autores del delito: "los legalmente obligados"

La cuestión de quiénes pueden ser considerados autores del delito contenido en el art. 316 CP, "los legalmente obligados", va unida indisolublemente al tema tratado en el epígrafe anterior, puesto que la legislación extrapenal en esta materia, concretamente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, detalla los deberes que corresponden a cada uno de los intervinientes en el proceso productivo. Por lo tanto, de la interpretación que se haga de la conducta "no facilitar los medios" dependerá la respuesta relativa a quiénes son los "legalmente obligados a realizarla". En el punto anterior me he decantado por la posición teleológica-funcional, considerando que el incumplimiento de los deberes de vigilancia no es relevante a efectos del tipo penal, así que lo que interesará ahora es quién es, conforme a la normativa laboral, el sujeto obligado a "facilitar los medios", entendiendo por tales tanto los medios materiales como los inmateriales.

(36) En el epígrafe siguiente, cuando se analice el art. 318 del CP se verá si es posible encajar alguna de estas conductas a través de dicho precepto.

Conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, este deber corresponde en exclusiva al empresario[37]. Se trata, por tanto, de un delito especial (debe tenerse en cuenta la posibilidad de que los demás intervinientes respondan como partícipes, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para ello), e inmediatamente surge el problema relacionado con la figura del actuar en lugar de otro, es decir, de la denominada responsabilidad penal del representante. Pues cuando el empresario es una persona jurídica, solo puede actuar en su lugar una persona física. Pero incluso, cuando el empresario es una persona física, en grandes empresas, no se puede ocupar personalmente de la prevención de riesgos laborales, sino que ha de delegar esa tarea en los representantes. Por eso, en el art. 318.1 CP se ha regulado una disposición especial para los administradores y personas encargadas del servicio que muchos autores han calificado de innecesaria y superflua por entender que es un precepto reiterativo, dado que ya contamos con lo previsto en el art. 31 CP[38]. Estos autores consideran un "error" legislativo este precepto, aunque Lascurain Sánchez afirma que puede tener una función de "recordar" a los jueces la importancia que adquiere la cláusula de actuar en lugar de otro en un ámbito como el de los delitos contra los derechos de los trabajadores, donde el autor normalmente reviste la forma de persona jurídica[39]. Un sector doctrinal ha intentado dotar de contenido propio este precepto y alega que quizás el legislador, ante la evidencia de los conocimientos técnicos que el control de los riesgos laborales requiere y de la limitada operatividad que el ordenamiento jurídico-penal otorga a la asunción personal de dicha función por parte del empresario individual, consideró oportuno mencionar junto a los administradores, a los sujetos que en la práctica, tanto en los supuestos en que el empresario reviste la forma de persona jurídica como individual, asumen materialmente la competencia sobre el control de los riesgos laborales en la organización empresarial: los técnicos que componen el servicio de prevención propio o ajeno[40].

(37) Extensamente sobre la distribución de deberes, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en FERNÁNDEZ PASTRANA (dir.), *Responsabilidades por riesgos laborales*, 1999, p. 195 y ss.; AGUADO LÓPEZ, El *delito contra la seguridad en el trabajo*, 2002, p. 295 y ss.; FERNÁNDEZ ESTRALGO, *CDJ 2005-XV*, p. 333 y ss.; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 167 y ss.

(38) BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *DPE*, 2001, p. 666; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *DPT*, 2ª, 1997, 1997, p. 61; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida*, 2002, p. 70; *CDJ 2005-XV,* p. 419 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo*, 2001, p. 79 y ss.; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo*, 2002, p. 269 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ 80* (2005), p. 27 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, *EH-Cobo*, 2005, p. 379.

(39) LASCURAIN SÁNCHEZ, *EH-Cobo*, 2005, p. 579.

(40) CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios CP*, 1996, p. 1570; *PE*, 1999, p. 623; PÉREZ MANZANO, *RL 1997-1*, p. 304; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos*, 1998, p. 41 y ss.; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 289 y ss.; CRUZ BLANCA. En: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X*, 2006, p. 458 y ss.

Sea como fuera, lo que es importante en esta materia es la constatación de que el empresario –persona jurídica o individual–, que es el legalmente obligado, actúa muy frecuentemente a través de un delegado o un representante y, en este sentido, lo relevante será determinar qué requisitos debe tener dicha delegación para que efectivamente se pueda apreciar la responsabilidad penal del delegado, bien en virtud del art. 318 CP, o, bien, subsidiariamente, conforme al art. 31 CP. La delegación debe recaer en quien es capaz de desarrollarla y además debe llevar aparejada la dotación al delegado del necesario dominio para ejercer la función encargada: dotación de medios materiales, poder de dirección, poder financiero, etc. El delegado podrá ser autor del delito tipificado en el art. 316 CP siempre que, además de haber recibido una delegación eficaz, cumpla los requisitos de la conducta típica, es decir, es preciso que el delegado ejerza funciones directas de control de los riesgos generados en el ámbito de que se trate, consistentes en dotar de medios para prevenir los riesgos, y tenga suficiente autonomía para ello. La doctrina es por otro lado unánime al considerar que la delegación no exime de responsabilidad al empresario en lo que a materia de seguridad se refiere, aunque la delegación haya sido correcta, el delegante sigue manteniendo ciertos deberes de vigilancia y de control(41). La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, sin embargo, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar su actividad de vigilancia(42).

Una cuestión distinta es si la infracción de dicho deber de vigilancia por parte del delegante puede ser relevante a efectos del art. 316 CP. Desde mi punto de vista, como ya he explicado más arriba, el mero incumplimiento del deber de vigilancia, en principio, no constituye la conducta típica del art. 316 CP. Cuestión distinta será si se le puede imputar dicho incumplimiento a título de partícipe en el delito, o, incluso que pueda ser considerado autor de un posible delito de homicidio o de lesiones, cuando se produzcan estos resultados lesivos, y siempre que los mismos se puedan imputar a dicho incumplimiento del deber de vigilancia.

No obstante, **el segundo inciso del art. 318 CP** puede servir para equiparar precisamente esta conducta que sería de participación en sentido material

(41) Por todos, LASCURAIN SÁNCHEZ, *EH-Cobo*, 2005, p. 579 y ss; *Cuadernos penales-Lidón 3* (2006), p. 44 y ss. Extensamente sobre los requisitos de la delegación REVELLES CARRASCO, *RDS 38* (2008), p. 183 y ss.

(42) LASCURAIN SÁNCHEZ, *EH-Cobo*, 2005, p. 579 y ss; *Cuadernos penales-Lidón 3* (2006), p. 44 y ss.

a la de autoría. El segundo inciso del art. 318 al referirse a "quienes conociéndolos (se refiere a los hechos previstos en los delitos de este título) y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello". Se plantea la cuestión de si con este inciso el CP quiere que respondan como autores los representantes de los trabajadores o los inspectores de trabajo en la medida en que están facultados para paralizar una actividad peligrosa. La mayoría de la doctrina se ha mostrado contraria a la extensión de la autoría a estos sectores, y abogan por una interpretación restrictiva, argumentando, creo que con razón, que dichos sujetos carecen de competencia en relación a los medios necesarios para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y que no están obligados a paralizar la actividad, sino únicamente facultados para ello(43).

Además, se podría añadir que la fórmula del art. 318 del CP no puede servir para añadir una obligación nueva relevante a los efectos del art. 316 del CP, por cuanto la obligación de paralizar la obra no encaja en su tenor literal de "facilitación de medios"(44). Quien conoce una situación de no facilitación de los medios y el consiguiente peligro grave para la vida o la integridad de los trabajadores puede remediarlo de dos formas: por un lado, dotando a esos trabajadores de los medios preventivos necesarios o, por otro lado, interrumpiendo la actividad e intentando que el sujeto responsable disponga los medios omitidos. Desde mi punto de vista, en la primera de las conductas encajarían aquellos supuestos en los que el empresario hubiera delegado la función de facilitación de medios pero al cumplir su deber de vigilancia constatara el incorrecto ejercicio de la función por parte del delegado. En la medida en que el empresario es el "legalmente obligado" a facilitar los medios, deberá cumplir dicha obligación cuando sepa que el delegado no lo está haciendo y, si no lo hace, responderá como autor. En sentido similar, Martínez-Buján Pérez(45). Opina Díaz y García Conlledo que, aunque parece una interpretación interesante, debe reconocerse que no están claras las razones por las que una conducta de participación en comisión por omisión (conminadas en general con igual o menor pena que las de autoría según su clase) debe elevarse a la categoría de autoría(46). A falta de un estudio

(43) BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *DPT*, 2ª, 1997, p. 61; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos*, 1998, p. 43; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *DPE*, 2001, p. 666 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida*, 2002, p. 69 y ss; LASCURAIN SÁNCHEZ, *EH-Cobo*, 2005, p. 579. Este autor parece interpretar que el "quienes" de este segundo inciso se refiere también a los administradores y encargados del servicio; HORTAL IBARRA, Protección penal de la seguridad en el trabajo, 2005, p. 298; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, 2ª, 2005, p. 792 y ss; MUÑOZ CONDE, *PE*, 16ª, 2007, p. 346.

(44) En este sentido, MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 415 y ss.

(45) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, 2ª, 2005, p. 794 y ss.

(46) En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ 80* (2005), p. 30 y ss.

más exhaustivo, que no puedo realizar en este trabajo, yo no tengo tan claro que en este caso se trate de conductas de participación elevadas a autoría, porque, como he dicho en el epígrafe anterior, cuando el empresario conoce que el delegado no ha facilitado los medios recaerá sobre él la obligación de facilitarlos y si no lo hace, estará incumpliendo el deber que impone el art. 316. En este sentido, el art. 318, desde mi punto de vista, serviría únicamente para reforzar esta interpretación. El segundo modo de conducta, esto es, la interrupción de la actividad no forma parte de la conducta típica recogida en el art. 316 y no creo que el art. 318 CP pueda servir para ampliar la tipicidad de aquel precepto.

2.2.3. La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales

Para que se cumpla el tipo penal no basta con que el sujeto no facilite los medios necesarios a los trabajadores y que por ello genere una situación de peligro grave hacia ellos, sino que es preciso también que infrinja alguna de las normas de prevención de riesgos laborales. Nadie duda de la necesidad de esta remisión, porque sin ella quedarían difusos los contornos de lo penalmente prohibido al tratarse de un ámbito con un nivel importante de riesgo permitido. El principio de seguridad jurídica exige no solo una concreta descripción típica que delimite las modalidades de acción y el resultado, sino que también exige una remisión expresa a normas precisas de descripción de la frontera del riesgo permitido(47).

En cuanto a cuál es el contenido de la remisión, el art. 1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales especifica que "la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito". Se puede entender que el tipo penal se remite a los distintos convenios internacionales sobre la materia, a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, también a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, fundamentalmente a sus arts. 12 y 13 que derogan y sustituyen los arts. 47 y 48 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales referidos a las infracciones graves y muy graves en el ámbito de la seguridad e higiene de los trabajadores, y a las distintas disposiciones reglamentarias. La discusión se plantea en torno a si cabe la remisión a los convenios colectivos, que, por otra parte, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales incluye entre la normativa de prevención de riesgos laborales. Estoy de acuerdo con la mayoría de la doctrina en que la remisión incluye también los convenios colectivos, puesto que la negociación

(47) Por todos, LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 264 y ss.

colectiva y su instrumento, el convenio colectivo, constituye una herramienta idónea para adaptar los principios generales impuestos en la Ley a las necesidades concretas de cada uno de los sectores productivos y, además, la temporalidad que caracteriza al convenio colectivo permite a los agentes sociales modificar y perfeccionar las cláusulas establecidas a la luz de las experiencias adquiridas durante su aplicación(48). En contra, Aguado López opina que el principio de legalidad penal en relación con el principio de intervención mínima requiere que el legislador penal únicamente castigue como delito aquellos ataques que se consideren más graves para los bienes jurídicos más importantes. En materia de seguridad e higiene, opina esta autora que los ataques más graves para la vida o salud de los trabajadores vendrán representados por la lesión de las condiciones mínimas establecidas por las leyes y reglamentos(49).

En mi opinión, por medio de la negociación colectiva, los interlocutores sociales se limitan a adecuar el estricto marco legal establecido a la situación concreta, esto es, a las necesidades específicas de cada clase de actividad. De tal forma que el convenio colectivo es un instrumento idóneo para delimitar las obligaciones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, además, es también un instrumento idóneo para concretar el espacio de riesgo permitido en el ámbito de los delitos contra la seguridad en el trabajo. Por otra parte, si bien esa remisión podría plantear dudas en relación con las cláusulas en materia de prevención de los convenios colectivos de carácter extraestatutario, no ocurre lo mismo con las cláusulas contenidas en los convenios estatutarios regulados en el Título III ET, en la medida en que poseen, igual que las leyes y los reglamentos, eficacia vinculante general. Es decir, constituyen auténticas normas jurídicas sometidas al principio de publicidad.

2.2.4. Grave peligro para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores

Como ya se ha dicho, se trata de un delito de peligro concreto, que exige por tanto que efectivamente se produzca el resultado de peligro grave para

(48) LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 264 y ss.; *EH-Cobo*, 2005, p. 584 y ss.; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *DPT*, 2ª, 1997, p. 119 y ss.; BARTOMEUS PLANA, en: ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1998, p. 252 y ss.; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos*, 1998, p. 155; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida*, 2002, p. 79 y ss; *Siniestralidad laboral*, 2006, p. 80 y ss; *Cuadernos penales-Lidón 3* (2006), p. 28 y ss. HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 117 y ss; MARTÍN LORENZO/ ORTIZ DE URBINA GIMENO. En: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 347 y ss.; MORILLAS CUEVA. En: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP*, 2006, p. 439; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores,* 2008, p. 619.

(49) AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo*, 2002, p. 215 y ss.

la vida, la salud o la integridad de los trabajadores. La cuestión de cuándo se produce el peligro ha sido objeto de diversas teorías(50). Sin ninguna posibilidad aquí de profundizar en este tema, creo que puede hablarse de peligro concreto desde el momento en que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión. El bien jurídico entra en "aguda crisis", la situación se hace crítica respecto de un cierto encuentro sin poder ser dominada o controlada con seguridad, deja de ser razonablemente segura la evitación del resultado(51). Rodríguez Montañés y Corcoy Bidasolo siguen en este sentido las denominadas teorías normativas del peligro atendiendo a la dominabilidad cuyos representantes fundamentales son Demuth y Kindhäuser(52). Creo que es importante, siguiendo a Corcoy Bidasolo(53), observar que la solución pasa por dos niveles de análisis. El primer nivel consistirá en determinar cuándo existe resultado de peligro y, posteriormente, en un segundo nivel, habrá que averiguar si ese peligro, como resultado que es, es imputable objetivamente a la acción. No habrá resultado de peligro cuando la lesión no se produce pese a que no concurre circunstancia que disminuya o controle el riesgo que "aparentemente" existía. En un segundo nivel, una vez constatado el peligro será necesario imputar ese resultado a la conducta típica y ahí es donde se diferenciarán según la clase de circunstancia que haya servido para disminuir o controlar el riesgo y evitar la lesión. Así, el resultado será imputable a la conducta típica cuando la circunstancia que ha disminuido o controlado el riesgo y evitado el resultado de lesión está fuera del dominio o la competencia del autor y no será imputable cuando la circunstancia provenga de su dominio o competencia. Según el criterio de protección de la norma, la prohibición de crear situaciones de peligro concreto está dirigida a evitar que se creen riesgos graves para el bien jurídico no controlables por el autor.

Corcoy Bidasolo compara esta solución con lo que ocurre en la tentativa, y lo considera un supuesto análogo al desistimiento activo: "Si el resultado de peligro consiste en la "amenaza" para el bien jurídico, ese desvalor queda desvirtuado cuando es el propio autor quien demuestra que se podía confiar en su capacidad de evitar la lesión"(54).

Posiciones parecidas a la anterior, aunque sin distinguir los dos niveles de análisis son las mantenidas por Lascurain Sánchez y Alcácer Guirao. Lascurain

(50) Ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro,* 1994, p. 13 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro,* 1999, p. 40 y ss.
(51) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro,* 1994, p. 13 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro,* 1999, p. 40 y ss.
(52) DEMUTH, *VOR 1973,* p. 440 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat,* 1989, p. 204 y ss.
(53) CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro,* 1999, p. 262 y ss.
(54) CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro,* 1999, p. 262 y ss.

Sánchez entiende por situación de peligro concreto aquella en la que el curso del riesgo se dirige, con suma probabilidad, hacia el objeto de la acción y tanto la trayectoria e intensidad de aquel como la defensa de la víctima ha caído fuera del campo de control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de forma que la posterior no producción del resultado lesivo solo podrá deberse a una medida extraordinaria de salvación en la que no cabía seriamente confiar(55). Desde mi punto de vista esta posición es demasiado restrictiva porque parece que no admitiría el peligro concreto cuando la no producción de la lesión se debiera a una conducta de la víctima en la que el sujeto podría seriamente confiar, y, eso, no creo que sea relevante a los efectos de considerar la existencia o no de un resultado de peligro, sino que será relevante a efectos del dolo eventual o imprudencia con la que actúa el autor en relación con el posible resultado lesivo que se produzca.

Alcácer Guirao afirma que se producirá el resultado de peligro concreto cuando se den tres condiciones: 1) Existencia de una o varias personas que se hallen en el ámbito de eficacia causal de la acción peligrosa; 2) que el agente ya no pueda ejercer un control seguro del riesgo, en cuanto ha trascendido de su esfera de dominio; 3) inminencia en la producción del resultado lesivo, cuya ausencia solo pueda explicarse por el azar, esto es, por causas *ex ante* imprevisibles(56). En mi opinión esta tercera condición debería matizarse afirmando que la ausencia del resultado lesivo solo pueda explicarse por causas ajenas al autor.

La mayoría de la doctrina no asume posiciones tan restrictivas y exige únicamente que el riesgo sea real y potencialmente efectivo para la vida o la integridad de las personas o que exista una probabilidad grande de lesión. Es decir, se conforman con la afirmación de lo que en este trabajo se ha considerado el primer nivel de análisis(57).

Por otro lado, se exige que el peligro sea grave. La gravedad, según la mayoría de la doctrina vendrá determinada atendiendo al grado de probabilidad del resultado dañoso y a la gravedad del resultado probable(58). Con la gravedad referida al peligro, el CP pretende restringir el alcance de la responsabilidad penal limitándola a casos de especial entidad.

(55) LASCURAIN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios CP*, 1997, p. 1047 y ss.

(56) ALCÁCER GUIRAO, *LLPenal 10* (2004), p. 9.

(57) ORTS BERENGUER, *PE,* 2004, p. 827; MAGALDI PATERNOSTRO, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II,* 2004, p. 1717; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (coord.), *PE,* 2ª, 2005, p. 807; MUÑOZ CONDE, *PE,* 16ª, 2007, p. 691.

(58) ARROYO ZAPATERO, *Manual de DP del Trabajo,* 1988, p. 85 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud,* 2002, p. 86; MARTÍNEZ BUJÁN, *DPE,* 2ª, 2005, p. 779; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores,* 2008, p. 625.

2.2.5. Necesidad del delito imprudente tipificado en el art. 317 del CP

La mayoría de los autores que se han planteado la cuestión de si es o no conveniente la tipificación imprudente de este delito ha contestado afirmativamente. La mayoría de la doctrina considera que serán los supuestos más habituales aquellos en los que la conducta se realice de forma imprudente y recogen dos clases de casos(59):

- Aquellos en los que el sujeto conoce que está infringiendo las normas de cuidado, y, por tanto, es consciente de que realiza una conducta peligrosa, pero no es consciente del peligro concreto en el que se pone al trabajador.
- El segundo grupo de supuestos imprudentes vendría conformado por aquellos casos en los que el sujeto ni siquiera tiene conciencia de que su conducta es peligrosa.

Un sector minoritario de la doctrina se muestra contrario a la tipificación imprudente de esta conducta, por entender que muchas de las resoluciones en las que se aprecia el delito imprudente son en realidad conductas dolosas(60). Estos autores parten de una concepción puramente cognoscitiva del dolo y consideran que hay dolo cuando el empresario sabe que no ha facilitado los medios de prevención adecuados a los trabajadores y es consciente de que, como consecuencia de tal incumplimiento, pone en grave peligro la vida o la integridad de los trabajadores. Por otro lado, parten también de la premisa de que todo aquel que tiene trabajadores bajo su dirección y subordinación ha de saber, por si mismo, o con la ayuda de los trabajadores designados al efecto o de los técnicos que integran el servicio de prevención propio o ajeno, que medios de protección ha de facilitar a sus trabajadores

(59) ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, p. 249; LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 400; *EH-Cobo*, 2005, p. 567 y ss.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios CP*, 1996, p. 1567; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *DPT*, 2ª, 1997, p. 123; PÉREZ MANZANO, *RL 1997-3*, p. 51; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, en: ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1998, p. 275; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos*, 1998, p. 160; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *DPE*, 2001, p. 663; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo*, 2001, p. 99 y ss.; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo*, 2002, p. 401 y ss., TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida*, 2002, p. 96 y ss.; *Cuadernos penales Lidón, 3* (2006), p. 34; FIGUEROA NAVARRO, *LLpenal 19* (2005), p. 60; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, 2ª, 2005, p. 783; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 457 y ss.; MORILLAS CUEVA, *CDJ 2004-XIV,* p. 46; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP*, 2006, p. 447 y ss; MUÑOZ CONDE, *PE*, 16ª, 2007, p. 355; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios PE*, 6ª, 2007, 1099;

(60) CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 297 y ss; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), p. 47 y ss.; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 203 y ss.

a fin de garantizar su seguridad y confianza en el desarrollo de su prestación laboral. Por ello, consideran que en los supuestos en que el empresario no ha facilitado a sus trabajadores los medios de protección necesarios para garantizar su seguridad, no puede confiar al menos de forma "racional", en que como consecuencia de ello no se pondrá en peligro concreto la vida, integridad física o salud de los mismos, por cuanto no ejerce un control directo sobre el riesgo laboral creado, ni dicho riesgo puede ser dominado por los trabajadores al no contar con las medidas necesarias(61).

Desde mi punto de vista, si bien creo que en la mayoría de los supuestos en los que el empresario es consciente de la peligrosidad de la conducta no podrá decirse que el sujeto tenga una confianza "racional" en que el peligro no vaya a producirse, considero, no obstante, que en los delitos de peligro concreto, dicho peligro es un resultado separado de la propia acción peligrosa, por lo que el dolo requerirá también la aceptación de dicho resultado. En este sentido, aunque infrecuentes, podrá haber casos en los que el sujeto, aunque conozca la peligrosidad de su conducta pueda confiar en que no se va a producir el resultado(62). En el mismo sentido, Díaz y García Conlledo(63), quien cita como ejemplos la SAP Teruel 13/2002, de 13 de junio y la SAP Almería 71/2004, de 7 de abril. Ambas apoyan la falta del conocimiento del riesgo en que los trabajadores, aun sin utilizar las medidas normativamente prescritas, llevaban muchos años realizando así las tareas encomendadas sin que se hubiera producido daño alguno; y en la habitualidad de la técnica, aunque incorrecta. Además, creo que es importante añadir que no basta con que el empresario sea consciente de que con su conducta pone en peligro la vida o la integridad de los trabajadores, sino que es necesario que sea consciente de que, con su conducta, genera un peligro

(61) En un sentido similar, en cuanto a las consecuencias, aunque partiendo de un concepto de dolo en el que acepta el elemento volitivo, RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro*, 1994, p. 109 y ss.

(62) LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, p. 432, quien afirma: "Tal identidad de dolo de peligro e imprudencia consciente de lesión, así como la vinculación forzosa de la conciencia del peligro con su aceptación y consiguiente imposibilidad de imprudencia consciente en los delitos de peligro, me parecen evidentes en los delitos de peligro abstracto. En cambio me parece ya más discutible en los de peligro concreto: pues cabe sostener que, como el peligro concreto es un resultado distinto de la propia acción peligrosa, el dolo requiere una aceptación de ese resultado, distinta de (adicional a) la simple conciencia de la posibilidad de producir ese peligro concreto; y por tanto, que, aunque sean infrecuentes, podría haber casos de conciencia sin aceptación del peligro concreto, casos en que el sujeto tenga conciencia de su actuación peligrosa –por ejemplo una conducción temeraria– y de que con ello podría llegar a poner en peligro concreto bienes jurídicos ajenos –por ejemplo a estar a punto de chocar con otro vehículo o atropellar a algún peatón–, y sin embargo confíe con un mínimo fundamento en poder evitar ese resultado de peligro concreto –en el ejemplo citado, que confíe en no cruzarse con otros vehículos o peatones, por ser corto el trayecto a hora y lugar de poco tráfico, o confíe en poder separarse a tiempo de algún eventual vehículo o peatón dejando distancia suficiente para que no llegue a producirse siquiera un peligro concreto de lesión–".

(63) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ 80* (2005), p. 12 y ss.

grave, es decir, un peligro real e inminente, y ello creo que supone un plus que permitirá también excluir en muchos supuestos el dolo respecto al resultado de peligro.

Por otro lado, en todo caso, quedarán como supuestos imprudentes los casos de imprudencia inconsciente, es decir, aquellos en los que el empresario ni siquiera se plantea la peligrosidad de la conducta, aunque dada su posición, debería habérsela planteado(64). El que la imprudencia sea inconsciente no significa que sea menos grave y por tanto menos merecedora de sanción penal.

2.2.6. Reflexiones sobre la escasa aplicación práctica de estos delitos

La mayoría de la doctrina considera necesaria la tipificación de los delitos de peligro en el ámbito de la actividad laboral, dada la peligrosidad de las conductas que se llevan a cabo en algunos sectores, así como los bienes jurídicos que se ponen en peligro. Con la interpretación de la conducta típica que he defendido se puede afirmar que se respetan los principios de subsidiariedad y de última ratio. Por otro lado, la remisión en el tipo a la normativa laboral es necesaria por razones de seguridad jurídica. En conclusión, todo parece indicar que la tipificación de estos delitos no solo es necesaria, sino también correcta.

Es verdad que, aunque va creciendo, la aplicación práctica de estos delitos es bastante escasa sobre todo si se compara con los datos de siniestralidad laboral(65). Ya lo era con el anterior art. 348 bis a) CP1944/1973(66) y sigue siéndolo con la nueva regulación del CP 1995. Si se revisan las sentencias, se detecta, en primer lugar, que se aplican relativamente poco estos delitos cuando no se ha producido un resultado lesivo(67) y, en segundo lugar, incluso en los casos en los que se produce el resultado lesivo, por el juego concursal que hace el TS, en raras ocasiones se llegan a aplicar. Los tribunales, al igual que buena parte de la doctrina, consideran, creo que con razón, que si el delito de peligro afecta a los mismos trabajadores que han resultado lesionados, el delito de lesión absorbe al delito de peligro y solo si se ha pues-

(64) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ 80* (2005), p. 15.

(65) Aunque todavía son escasas las sentencias condenatorias por estos delitos, se va detectando un incremento paulatino del número de ellas tanto a nivel cuantitativo (crece el número de condenas) como cualitativo (son mayores las penas, produciéndose sentencias que no permiten la suspensión de la ejecución de la pena) V. detalladamente esta evolución en HORTAL IBARRA, *CPC 96* (2008), p. 76 y ss.; a pesar de ello la doctrina sigue considerando "irrisoria" la aplicación de los delitos de peligro en este ámbito. Así, REVELLES CARRASCO, *RDS 38* (2008), p. 179. Merece la pena resaltar un reciente estudio de la evolución jurisprudencial respecto a diversos aspectos relativos a los delitos contra los derechos de los trabajadores en: MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *In Dret* 2009, p. 10 y ss.

(66) LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 439 y ss.

(67) ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLO/ACALE/GALLARDO, *Siniestralidad laboral*, 2006, p. 17 y ss.; *RDS 35* (2006), p. 203 y ss.

to en peligro concreto a varios trabajadores y resultan lesionados únicamente algunos de ellos, se apreciará concurso de delitos entre el correspondiente delito de lesión y el delito de peligro(68). Un sector doctrinal también ha defendido esta tesis, aunque matizando que cuando el resultado lesivo sea constitutivo de una falta habrá que apreciar concurso de delitos en todo caso por entender que el desvalor de peligrosidad del art. 316 CP no queda suficientemente abarcado por la falta de homicidio o lesiones(69).

Otros autores, sin embargo, defienden en todo caso la solución del concurso ideal de delitos, por entender que en el tipo de peligro y el de lesión se protegen dos bienes jurídicos autónomos y diferentes(70). Y, por último, un sector minoritario defiende la tesis del concurso de normas, aunque sean varios trabajadores los que han sido puestos en peligro y solo algunos los lesionados, argumentando que el número de trabajadores es intrascendente para el marco penal. No obstante, Lascurain Sánchez, defensor de esta tesis, excepciona aquellos casos en los que el resultado lesivo sea leve(71).

En fin, y volviendo al tema que originó estas reflexiones, se constata la escasa, aunque cada vez mayor, aplicación práctica de estos delitos de peligro. Me parece interesante reseñar en este punto las observaciones y la propuesta que realiza Schünemann en torno a la regulación española de los delitos laborales(72). Según este autor, un tipo de delito compuesto por la combinación de una infracción abstracta de la regla con un mero resultado de peligro, en el ámbito interno de la empresa, no puede llegar de ningún modo a ser eficaz político-criminalmente. Opina que una combinación de esta cla-

(68) SSTS 1654/2001, de 26 de septiembre; 1036/2002, de 4 de junio; 1600/2002, de 30 de setiembre; SAP Cuenca 16/2001, de 21 de febrero; SAP Valladolid 45/2004, de 30 de enero; SAP Alicante 69/2005, de 11 de febrero.

(69) BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *DPT*, 2ª, 1997, p. 123 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *RDS 3* (1998), p. 173 y ss.; *Delitos contra la vida*, 2002, 103; *Siniestralidad laboral*, 2006, 90; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo*, 2002, p. 501 y ss.; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), 48; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 2005, p. 315 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ 80* (2005), 21 s. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, 2005, p. 785 y ss.; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 462 y ss.; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios PE*, 6ª, 2007, 1088.

(70) ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, 188 ss.; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios CP*, 1996, 1567; BARTOMEUS PLANA, en: ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1998, 260; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos*, 1998, 161; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo*, 2001, 105; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PE*, 2004, 647; MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X*, 2006, 443; MUÑOZ CONDE, *PE*, 16ª, 2007, 355; MATA Y MARTÍN, *RGDP 10* (2008), p. 7 y s.

(71) LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene*, 1994, p. 118 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *DPE*, 2001, p. 663.

(72) SCHÜNEMANN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La política criminal en Europa*, 2004, p. 253 y ss.

se es practicable, por ejemplo, en el Derecho penal del tráfico rodado, pues aquí la puesta en peligro discurre en el trato externo de los ciudadanos, de modo que la víctima de una acción peligrosa está por lo general motivada y también en condiciones de permitir que la realización del tipo penal acabe desembocando en un proceso penal a través de la denuncia. Por el contrario, cuando se infringen normas destinadas a la prevención de riesgos en el trabajo, el mero hecho de generar la situación de peligro no conducirá a un proceso penal, porque todo el proceso tiene lugar internamente, y porque los trabajadores afectados tienen por lo general buenas razones para no arruinar sus posibilidades laborales en la empresa presentando una denuncia penal. Schünemann propone la creación de un tipo cualificado de homicidio o lesiones imprudentes, para el caso de que el resultado haya sido causado a través de la infracción de una norma de prevención de riesgos laborales(73).

La reflexión de Schünemann es, sin duda, sugerente y desde luego resultan obvias las dificultades de los trabajadores para denunciar las situaciones peligrosas. No obstante, creo que reducir la protección a los tipos de lesión no resulta satisfactorio puesto que supone olvidar la completa potencialidad lesiva de estas conductas. En ese sentido creo que los problemas planteados por este autor se resolverían en buena parte si las labores de control de la Administración, a través, por ejemplo, de las inspecciones de trabajo fueran más eficaces (mayor frecuencia, mayor exhaustividad, etc.) que lo que lo son en la actualidad(74). En los estudios empíricos realizados se constata que en las grandes empresas, donde los sindicatos tienen mayor control y fuerza, la siniestralidad laboral es menor; por tanto, donde hay más control hay menos siniestralidad. Si a eso uniéramos controles externos serios realizados por la Administración, encaminados a exigir el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y a denunciar los incumplimientos, probablemente se reducirían los accidentes laborales(75). Esta solución mantendría los delitos de peligro, recogiendo así el mayor desvalor que suponen es-

(73) Ibídem, p. 268 y ss.

(74) En igual sentido, COROCOY BIDASOLO, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 25 y ss.

(75) En este sentido convienen señalar el último Protocolo Marco de Colaboración firmado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Ministerio de Interior *para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias*. Según el propio Protocolo el motivo principal que justifica su elaboración se encuentra en *la previa constatación empírica de la alta siniestralidad laboral existente en nuestro país –con los graves perjuicios individuales y colectivos, económicos y sociales que conlleva– y por otra, el escaso número de procesos penales seguidos contra los sujetos que a través del incumplimiento de sus obligaciones preventivas han terminado provocando graves daños profesionales a los trabajadores o les han colocado en una situación de grave riesgo para su vida, su integridad psicofísica o su salud*. Sobre este protocolo y sus antecedentes, MARTÍN HERNÁNDEZ, *RDS 40* (2007), p. 183 y ss.

tas conductas y no limitando la punición a aquellos supuestos en los que ya se ha producido un resultado lesivo(76). Desde luego, la legitimación de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa por incriminar únicamente las conductas más graves, cuestión que creo que el legislador del 1995 ha respetado. A partir de ahí la eficacia preventiva del Derecho Penal resulta evidente frente a otras ramas del ordenamiento jurídico, y, en cuanto al merecimiento de protección penal, desde mi punto de vista, está fuera de toda duda la enorme lesividad de estas conductas. Por todo ello, y en contestación a las observaciones de Shünemann, se puede afirmar que si se parte de que el Derecho Penal está legitimado para intervenir en este ámbito, la eficacia real del mismo dependerá de que haya voluntad –política, judicial, etc.–. Si no se abren procesos judiciales, si no funcionan los órganos que deben controlar que se cumplan las medidas de seguridad, si los sindicatos y otros agentes sociales no toman en serio el problema de la inseguridad, parece evidente que el Derecho Penal no será eficaz. Pero esto no puede servir para justificar la desaparición de determinados delitos, porque la tipificación de estas conductas está justificada por la gravedad y la potencialidad lesiva de las mismas. Lo que habrá que reclamar es una mayor disposición a la aplicación de estos tipos penales.

3. Conclusión: Relevancia de los delitos de peligro en la consideración de la gravedad de la imprudencia

Hasta aquí he tratado brevemente de explicar cuáles son las conductas tipificadas como delitos de peligro en el ámbito relacionado con la actividad laboral. He tomado posición sobre las conductas más discutidas y se puede concluir que las conductas tipificadas son correctas y respetan los principios de última ratio y subsidiariedad propios del Derecho Penal.

A partir de aquí entiendo que cuando un sujeto ha cometido un delito de peligro y el peligro se materializa en un resultado lesivo se podrá afirmar, siempre que se den determinados requisitos, que dicho resultado lesivo será imputable como imprudencia grave y no será posible la imputación a título de imprudencia leve.

(76) Así se manifiesta mayoritariamente la doctrina en España, ARROYO ZAPATERO, *Manual de DP del Trabajo,* 1988, p. 15 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal,* 1994, p. 202 y ss.; *Cuadernos penales-Lidón, 3* (2006), p. 43 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra la vida,* 2002, pp. 32 y 99; *Cuadernos penales-Lidón, 3* (2006), p. 17 y ss.;CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), p. 45 y ss.; HORTAL IBARRA, en: MIR/CORCOY (dirs.), *La política criminal en Europa,* 2004, p. 244; FIGUEROA NAVARRO, *LLpenal 19* 2005, p. 52; GALLARDO GARCÍA, *RDS 30* (2005), p. 190 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, *RDS 35* (2006), p. 204; MARTÍN HERNÁNDEZ, *RDS 40* (2007), p. 180 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *RECPC 10* (2008), p. 9; incluso a favor de un incremento de la respuesta penal se manifiestan: MARTÍN LORENZO/ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *In Dret* 2009, p. 56.

Los requisitos para poder afirmar lo expuesto son:

1. Que el sujeto cumpla los criterios para poder ser considerado autor del resultado lesivo que se haya producido. Es decir, siempre que con su conducta haya determinado objetiva y positivamente el hecho o en aquellos casos en los que sea titular de un deber específico extrapenal, haya incumplido tal deber.
2. Que se pueda afirmar la imputación objetiva entre el resultado lesivo y la conducta tipificada como delito de peligro. Esto es, que el resultado sea concreción de la conducta realizada.
3. Que no haya dolo eventual. Sigo a Luzón Peña cuando considero que habrá dolo eventual cuando el sujeto no pueda confiar racional y fundadamente en la no producción del resultado. Es decir, la aceptación o consentimiento, propio del dolo eventual, solo se excluye por una confianza mínimamente fundada de forma objetiva, aunque errónea, en que no se produzca el hecho(77).

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, la conducta podrá calificarse de imprudencia grave. Ello, porque cumplirá las características que con carácter general he mencionado que debía reunir la imprudencia para ser calificada de grave. La conducta, que habrá rebasado el riesgo permitido, será peligrosa sin lugar a dudas puesto que el propio legislador penal la habrá escogido y tipificado como delito de peligro precisamente por la constatación de que se trata de un tipo de conducta especialmente peligrosa, tanto cuantitativa como cualitativamente. En cuanto a la clase de norma que infringe el sujeto, se trata de una norma penal, por lo que se podrá afirmar que el propio CP considera dichas conductas graves. En cuanto a la previsibilidad objetiva del resultado tampoco será discutible, porque precisamente para cualquier sujeto deberá ser previsible que, de una conducta tipificada como peligrosa en el CP, se podrán derivar resultados lesivos, en la medida en que se tipifiquen como delitos de peligro aquellas conductas en las que se constata estadísticamente su potencialidad lesiva. El CP ejerce, en este sentido, una importante función de llamada de atención para los ciudadanos. Esto sirve tanto para los delitos de peligro dolosos como para el delito imprudente regulado en el art. 317 del CP. En este precepto se exige que la conducta del precepto anterior (no facilitar los medios necesarios) se realice por imprudencia grave. Pues bien, si a esa conducta (cometida por imprudencia grave) le es imputable un resultado lesivo, se deberá afirmar que el sujeto responderá por los delitos de homicidio o de lesiones por imprudencia grave.

(77) LUZÓN PEÑA, *PG I,* 1996, p. 418 y ss.

Por ello, no me parece plausible ni correcto, como hace la doctrina, hablar de los posibles concursos entre un delito de peligro y una falta de homicidio o de lesiones, por haber actuado el sujeto con imprudencia leve, puesto que, desde mi punto de vista, los homicidios o lesiones que se deriven de una conducta tipificada como delito de peligro deberán ser considerados de imprudencia grave, por lo tanto, constitutivos de delito. Debe recordarse lo que se ha dicho más arriba en torno a que en el proceso de creación de los delitos de peligro el legislador debe atender a tres criterios: el grado de riesgo y la importancia del bien jurídico, la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, que permite constatar la potencialidad lesiva de ciertas conductas. Ello debe unirse al carácter fragmentario del Derecho Penal, conforme al cual no deben sancionarse penalmente todas las conductas lesivas para bienes jurídicos, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos(78), carácter fragmentario que, como se ha visto, respetan los delitos tipificados en los arts. 316 y 317 del CP.

La jurisprudencia también considera en algunas ocasiones que la imprudencia es leve y lo fundamenta en dos razonamientos distintos.

En algunas ocasiones considera que la imprudencia es leve porque no se omitieron todas las medidas de seguridad, esto es *a sensu contrario,* para considerar grave la imprudencia exige que el trabajador haya desempeñado su actividad sin ninguna medida de seguridad(79). Esta tesis es criticada, con razón, por la doctrina que afirma que si bien es correcto afirmar que la imprudencia será grave cuando se hayan omitido todas las medidas de seguridad, no será correcto entender que la imprudencia solo será grave cuando se hayan omitido todas las medidas, sino que habrá que valorar el carácter más o menos elemental de la norma de cuidado infringida(80).

En otras ocasiones, la calificación de imprudencia leve viene motivada por la conducta de la víctima, por la aplicación de lo que se ha denominado "concurrencia de imprudencias". Debido a la entidad que va alcanzando este razonamiento, creo conveniente dedicar un epígrafe a su estudio.

3.1. La conducta imprudente de la víctima en la actividad laboral

En el ámbito de la actividad laboral ya hay bastantes resoluciones judiciales que aluden a la relevancia de la conducta de la víctima(81).

(78) Por todos, MIR PUIG, *DP PG,* 8ª, 2008, p. 118.

(79) SAP Cuenca 21-2-2001; SAP Valladolid 30-1-2004; SAP Las Palmas 11-3-2005; SAP Barcelona 15-3-2005; SAP La Rioja 13-5-2005.

(80) Por todos, TERRADILLOS BASOCO, *Siniestralidad laboral,* 2006, p. 108 y ss.

(81) Así, por ejemplo, SAP Granada 10-7-1999; SAP Zaragoza 17-12-1999; SAP León 3-3-2000; SAP La Rioja 31-7-2001; SAP Huelva 10-4-2003; SAP Barcelona 2-9-2003; SAP Madrid 10-10-2003; SAP Madrid 26-4-2004; SAP León 3-6-2004. La conducta de la víctima sirve en algunos casos para justificar

Considero importante empezar señalando que el art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) indica que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador" de aquí se deduce que entre los deberes del empresario estará el de vigilar y controlar los focos de peligro, uno de los cuales vendrá configurado por los posibles comportamientos descuidados o imprudentes de los propios trabajadores. Se puede afirmar, por tanto, como hace la mayoría de la doctrina, que en el ámbito laboral rige el principio de desconfianza del empresario hacia los trabajadores, en el sentido de que el empresario debe desconfiar de que el trabajador sea prudente y aplicar una diligencia tal que le permita reconocer y evitar los peligros que los trabajadores puedan generar contra sí mismos(82).

Por otra parte, es importante también recordar que en la empresa existe un desequilibrio entre las posiciones del empresario y las posiciones del trabajador. El trabajador, como afirma Lascurain Sánchez, no se autoorganiza, sino que ayuda a otro a organizarse, trabaja por cuenta ajena y bajo dirección ajena. El consentimiento del trabajador no será válido tanto por defectos de conocimiento (porque no conocerá el ciclo completo de producción y por la engañosa evaluación de los riesgos al estar familiarizado con ellos) como por defectos de voluntad (por su limitada capacidad de reclamación)(83). Esta situación de desequilibrio se recrudece cuando se opta por propiciar la flexibilidad, la descentralización productiva, la externalización de las actividades de producción en empresas subcontratadas, que muchas veces suponen interminables cadenas de subcontratación, las políticas de desregularización de la mano de obra, el trabajo temporal, el empleo informal, etc.(84), factores que, lamentablemente, se producen cada vez con más frecuencia.

---

que una imprudencia *a priori* grave del empresario se rebaje a leve, por entender que el resultado lesivo producido no es materialización únicamente del riesgo proveniente de la conducta del empresario. En otras ocasiones la conducta del trabajador sirve para exonerar completamente al empresario por entender que se trata de una "autopuesta en peligro".

(82) ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo,* 1981, p. 178 y ss.; *Manual de DP del Trabajo,* 1988, p. 90; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente,* 1989, p. 177 y ss. *El delito imprudente,* 2ª, 2005, p. 344 y ss. Según esta autora igual que en otras actividades, por ejemplo en la actividad rodada, el principio de confianza cede ante el principio de defensa cuando la víctima sea un niño, un anciano, un minusválido, etc. de manera que se amplía el ámbito de responsabilidad del autor, también en el ámbito laboral el empresario debe desconfiar de la actitud del trabajador, aunque, añade esta autora, habrá que limitar este deber del empresario; LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene,* 1994, p. 264 y ss.; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo,* 2002, p. 415 y ss., TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida,* 2002, p. 59 y ss. ; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* 2005, p. 299 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción,* 2006, p. 524 y ss; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP,* 2009, p. 296 y ss.

(83) LASCURAIN SÁNCHEZ, *Cuadernos penales Lidón, 3* (2006), p. 58 y ss.

(84) Ampliamente, SÁEZ VALCÁRCEL, *CDJ 2005-XV,* p. 50 y ss.

Por ello, resulta preocupante una última tendencia jurisprudencial que tienden a desplazar la responsabilidad de los accidentes laborales hacia las víctimas, a la vez que, o bien exculpan a los empresarios como sujetos irresponsables, o degradan el grado de la imprudencia de grave a leve(85). Estoy de acuerdo con Sáez Valcárcel cuando afirma que algunas de estas decisiones judiciales parten de un desconocimiento de las condiciones en las que se labora en algunos sectores de actividad, de la posición subordinada del trabajador en la empresa y una clara incomprensión de las razones por las que muchas personas aceptan cotidianamente riesgos elevados en sus trabajos, deficiencias y prejuicios que permiten construir la figura de la víctima como la de un actor libre, autónomo y responsable, que puede rechazar órdenes, exigir medidas de seguridad o cuestionar las decisiones de un empresario o de sus mandos intermedios(86).

3.1.1. Posiciones doctrinales en torno a la relevancia de la conducta del trabajador en los accidentes laborales

La doctrina, en su mayoría, trata de delimitar en qué supuestos, atendiendo a la conducta de la víctima, podrá decaer la responsabilidad del empresario, bien completamente o bien degradando una imprudencia, en principio grave, a leve.

a) Posiciones restrictivas

Algunos autores parten de tesis muy restrictivas. Así, Lascurain Sánchez afirma que la responsabilidad del empresario y de sus delegados solo decaerá si el trabajador actúa con completa autonomía, conocimiento y voluntad. Así, por ejemplo, en los casos en los que el trabajador actúa con dolo (suicidio). Para este autor la imputación a la víctima será harto excepcional, solo en aquellos casos en los que el accidente se deba a una iniciativa gravemente imprudente del trabajador, habiendo observado el empresario o sus delegados su deber objetivo de seguridad(87). También muy restrictivo se muestra Dopico Gómez-Aller, cuando afirma que para el empleador el accidente laboral es una de las circunstancias que está obligado a precaver y a evitar, de manera que las imprudencias de los trabajadores solo exonerarán al empresario cuando sean objetivamente imprevisibles. Por otro lado, afirma este autor, que la imprudencia del empresario podrá ser considerada leve cuando concurra con una imprudencia (no temeraria) del trabajador, pero sí de es-

(85) SAP Murcia 19-2-2001; SAP Jaén 18-1-2001; SAP Madrid 11.1.2002; SAP Alicante 20-4-2002; SAP Baleares 30-6-2003; SAP Barcelona 2-9-2003; SAP Sevilla, 12-3-2004; SAP Sevilla 24-3-2004.

(86) SÁEZ VALCÁRCEL, *CDJ 2005-XV,* p. 44; en el mismo sentido BAYLOS GRAU, *Por experiencia 23* (2004).

(87) LASCURAIN SÁNCHEZ, *Cuadernos Penales Lidón 3* (2006), p. 61 y ss.

pecial relevancia. Dopico lo fundamenta en dos motivos: el primero en que la previsibilidad del suceso lesivo será menor cuanto más grave sea el descuido del trabajador (el descuido notable es menos frecuente, y por tanto menos previsible, que el descuido leve). El segundo motivo lo concreta en que al ser un suceso evitable mediante una diligencia más básica del trabajador, el deber del empresario será de menor entidad(88).

b) Posiciones intermedias. Soluciones desde los criterios de la imputación objetiva

Una posición intermedia viene representada por Corcoy Bidasolo/Cardenal Montraveta/Hortal Ibarra(89), para quienes es preciso definir, a la hora de hablar de la relevancia de la conducta del trabajador en los accidentes laborales, el concepto de autopuesta en peligro. La autopuesta en peligro exige una conciencia exacta del peligro por parte de quien lo asume y las consecuencias de esa conducta para la víctima. La falta de conocimiento exacto del riesgo que se está asumiendo puede provenir en el ámbito laboral de la falta de preparación y/o formación del trabajador o de su habituación al riesgo. Además, la autopuesta en peligro exige una asunción libre del mismo. Afirmar que concurre una "autopuesta en peligro del trabajador" implica decir que el empresario no creó el riesgo y que, además, tampoco tenía el deber de evitarlo, por cuanto fue asumido consciente y libremente por el trabajador. A continuación, estos autores diferencian tres tipos de supuestos: a) Autopuesta en peligro del trabajador irrelevante: en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el empresario –por ejemplo: en la obra no hay barandillas de protección y el trabajador cae por el hueco sin llevar el casco de protección, comprobándose *ex post* que la muerte se hubiera producido igual aunque hubiese llevado el casco–; b) Autopuesta en peligro del trabajador relevante: en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el trabajador. No habrá responsabilidad penal del empresario porque no habrá relación de riesgo entre su conducta y el resultado –por ejemplo: en la obra no hay barandillas de protección y el trabajador utiliza para poner unas baldosas un trípode, en vez de un pequeño andamio que el trabajador tenía a su disposición. Debido a la inestabilidad del trípode el trabajador cae al suelo y se rompe una pierna. Respecto de la lesión será irrelevante el que hubiera barandillas o no–; c) Autopuesta en peligro del trabajador parcialmente relevante: en el resultado lesivo concurren tanto el riesgo creado por el empresario como el creado por el trabajador, por lo que no todo el riesgo que

(88) DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: POZUELO (dir.), *DP de la construcción,* 2006, p. 530 y ss; *RGDP 6* (2006), p. 13 ss y p. 26 y ss. En parecido términos, ALFONSO LASO, *LLPenal 19* (2005), p. 14; PAVÍA CARDELL, *LLPenal 19* (2005), p. 30; SÁNCHEZ ICART, *CDJ 2007-IX,* p. 94 y ss.

(89) COROCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), p. 56 y ss.

se realiza en el resultado es imputable al empresario, lo que determina que, aun cuando su infracción de cuidado hubiera podido calificarse como grave, no toda ella se ha realizado *ex post* en el resultado y deberá calificarse, por consiguiente, la conducta del empresario como imprudencia leve –por ejemplo en una obra en la que no hay barandillas de protección y el trabajador se pone a trabajar cerca de uno de los huecos en una situación completamente inestable, que podía haber evitado solicitando ayuda a otros compañeros. Si el trabajador cae y queda tetrapléjico el resultado lesivo será imputable a la conducta del empresario y a la del trabajador y, en consecuencia, al empresario se le hará responsable por imprudencia leve(90).

Recientemente Castiñeira Palou/Llobet Anglí/Montaner Fernández también se han mostrado partidarios de aplicar los criterios de imputación objetiva para resolver los supuestos de "concurrencia de culpas"(91). Estos autores parten de la premisa de que en muchos supuestos en los que los tribunales hablan de la concurrencia de culpas son supuestos en los que en realidad no existe culpa de una de las partes o el resultado es consecuencia clara del riesgo creado solo por una de ellas. Distinguen, por un lado, los casos en los que no existe una infracción de la norma de cuidado alguna por parte del empresario, siendo la única conducta negligente la del trabajador, por lo que no habrá imputación objetiva de primer nivel. Por otro lado estarán los casos en los que, pese a que el empresario haya infringido una norma objetiva de cuidado, no sea este el riesgo que explique el resultado, por lo que quedará excluida la imputación objetiva de segundo nivel(92). Por otra parte, respecto al deber del empresario de prever y adoptar las medidas de seguridad para neutralizar las posibles imprudencias del trabajador, opinan estos autores que se trata de un criterio demasiado amplio y confuso y que además, cuando se analizan las sentencias se demuestra que no se aplica estrictamente, puesto que cuando la jurisprudencia alega este criterio es en dos grupos de casos: a) casos en los que en realidad no hay imprudencia penalmente relevante del trabajador, porque se ha limitado a acatar las órdenes del empresario o b) casos en los que pese a existir una conducta descuidada por parte del trabajador, concurren muchas conductas descuidadas por parte del empresario,

(90) CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), p. 61 y ss. Otros autores mantienen posiciones similares, ARROYO ZAPATERO, *Manual del DP del trabajo,* 1988, p. 111 y ss. Para este autor solo se excluirá la imputación del empresario en los supuestos en los que el trabajador desobedezca órdenes expresas. Se podrá rebajar la imprudencia del empresario cuando se vea que el riesgo es asumido voluntariamente por el trabajador pero el fin de la norma sea también evitar esa forma peligrosa de trabajar; FIGUEROA NAVARRO, *LLPenal 19 (2005),* p. 62*;* TERRADILLOS BASOCO, *CDJ 2005-XV,* p. 431; *Cuadernos penales Lidón 3* (2006), p. 35; MATA Y MARTÍN, *RGDP 10* (2008), p. 9.

(91) CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ, *InDret 2005* p. 3 y ss.

(92) Ibídem, p. 7 y ss.

y no solo la omisión del control y de la vigilancia. En opinión de estos autores estos supuestos deben resolverse a partir de los criterios de la imputación objetiva(93). Por último, critican la solución de degradar de imprudencia grave a leve la conducta del empresario cuando haya una conducta imprudente por parte del trabajador. En su opinión, no resulta fácil entender porqué el comportamiento descuidado del trabajador puede degradar la culpa del empresario hasta el punto de convertirla en leve o en irrelevante para el Derecho Penal. Si la imprudencia del empresario era grave, lo seguirá siendo por mucho que concurra un comportamiento descuidado, incluso gravemente descuidado del trabajador(94).

c) Posiciones amplias

Hay un sector doctrinal, absolutamente minoritario, que afirma que la actividad laboral es una organización conjunta en el que cada parte asume una parcela de actuación. Así, el trabajador, conforme al art. 29 de la LPRL está obligado a asumir las medidas de seguridad aportadas por el empresario, de manera que, si no las asume, su comportamiento constituye una autopuesta en peligro y, por lo tanto, los posibles resultados lesivos serán imputables exclusivamente a dicho trabajador(95).

d) Opinión personal

En mi opinión las tesis más acertadas para resolver la cuestión de la relevancia de la conducta de la víctima en el ámbito laboral son las que se remiten a los criterios de imputación objetiva, aunque creo que se deben realizar algunos matices.

Las tesis que he denominado restrictivas concluyen que los supuestos en los que el empresario no responderá serán aquellos en los que este no haya infringido ninguna norma objetiva de cuidado(96) o cuando la conducta descuidada del trabajador sea objetivamente imprevisible para él(97). Lógicamente si el empresario ha actuado cumpliendo todas las normas de cuidado o cuando la imprudencia del trabajador sea objetivamente imprevisible, el empresario no responderá porque su conducta no será imprudente, bien porque no habrá infringido el deber objetivo de cuidado o bien porque el resultado lesivo proviene de una conducta imprevisible. La cuestión que nos

(93) CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ, *InDret 2005* p. 10 y ss.
(94) CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ, *InDret 2005*, p. 22. En parecidos términos, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo,* 2002, p. 429 y ss.
(95) COTILLAS MOYA, *LLPenal 19* (2005), p. 80 y ss.; MORALES, *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social 2005,* p. 8.
(96) LASCURAIN SÁNCHEZ, *Cuadernos Penales Lidón 3* (2006), p. 61 y ss.
(97) DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: POZUELO (dir.), *DP de la construcción,* 2006, p. 530 y ss; *RGDP 6* (2006), p. 13 ss y 26 ss.

planteamos es si cabe exonerar o rebajar la responsabilidad del empresario a pesar de haber infringido una norma de cuidado cuando el trabajador haya actuado descuidadamente.

No me parece correcta la tesis que he denominado amplia porque parte de que la actividad laboral es una organización en la que parece que todos los intervinientes en ella están en una posición de igualdad, y, como he dicho más arriba, creo que es importante recalcar la idea de que en la actividad laboral no hay una relación de igualdad entre el empresario y los trabajadores, sino una relación de desequilibrio entre ambas partes.

Creo por ello que lo más acertado es partir de las tesis intermedias, aquellas que tratan de solucionar la cuestión a partir de los criterios de imputación objetiva, pero matizándolas. Para ello entiendo que se deben diferenciar distintos grupos de supuestos:

1) Casos en los que la infracción del deber de cuidado por parte del empresario proviene de no haber facilitado los medios de seguridad necesarios. Es decir, aquellos casos en los que la imprudencia del empresario encaja en los delitos de peligro tipificados en los arts. 316 o 317 CP, limitándose el trabajador a trabajar en las condiciones impuestas en la empresa. En estos supuestos, desde mi punto de vista, la conducta del trabajador será irrelevante a efectos de exonerar o de rebajar la responsabilidad del empresario. Por supuesto, en los casos en los que la conducta descuidada del trabajador no se ha concretado en el resultado, los denominados por Corcoy Bidasolo/Cardenal Montraveta/Hortal Ibarra de "autopuesta en peligro irrelevante del trabajador"(98) no hay duda de que tal conducta no influirá en la responsabilidad del empresario, puesto que no cabrá imputar objetivamente el resultado a la acción del trabajador. Pero en mi opinión, tampoco en los casos de "autopuesta en peligro parcialmente relevante del trabajador", cuando la conducta del empresario encaje en los delitos de peligro podrá ser relevante la conducta del trabajador. Analicemos el ejemplo de Corcoy Bidasolo/Cardenal Montraveta/Hortal Ibarra cuando se refieren a este caso. El ejemplo es el de una obra en la que no hay barandillas de protección y el trabajador se pone a trabajar cerca de uno de los huecos, sin cubrir, en una situación completamente inestable, que podía haber evitado solicitando ayuda a otros compañeros. En mi opinión no cabe hablar en este caso de autopuesta en peligro porque parto de que la decisión del trabajador no es libre. Creo que es iluso entender que un trabajador puede negarse a realizar el trabajo que le ordenan. Pero es que, además, quien infringe una norma objetiva de cuidado relevante es el empresario, tan relevante que incluso está tipificada

(98) COROCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ 71* (2003), p. 56 y ss.

como delito en el CP, por no facilitar al trabajador las medidas de seguridad adecuadas (tales como barandillas, tapar convenientemente los huecos, etc.). Es al empresario al que el ordenamiento jurídico le exige facilitar las medidas de seguridad y es él, por tanto, quien crea con la omisión de las medidas de seguridad un riesgo jurídicamente relevante. Al trabajador no se le puede exigir que adopte unas medidas de seguridad, debido a que el empresario, que es quien tiene la obligación de tomarlas, no lo ha hecho. Es decir, al trabajador no se le puede exigir que pida ayuda a sus compañeros precisamente porque quien debe tomar las precauciones necesarias no lo haya hecho. La conducta del trabajador no puede ser relevante a efectos de rebajar la responsabilidad del empresario porque esto supondría que el empresario podría descargar su responsabilidad por el incumplimiento de las normas de seguridad en el comportamiento del trabajador. En mi opinión, el posible descuido del trabajador que no pide ayuda a sus compañeros para realizar el trabajo no puede ser considerado penalmente relevante. No podemos olvidar que el fin que tiene la norma que obliga al empresario a facilitar las medidas de seguridad es proteger a los trabajadores de los focos de peligro. La propia legislación indica que el trabajador puede ser para sí mismo un foco de peligro, por lo que obliga al empresario a controlar las propias imprudencias no temerarias del trabajador (art. 15.4.LPRL). Pues bien, sería absurdo considerar que la actuación del trabajador que acata las órdenes del empresario pudiera considerarse una imprudencia temeraria del trabajador o una imprudencia suficiente como para rebajar la responsabilidad del empresario que ha ordenado dicha actuación. En conclusión, en aquellos casos en los que el empresario no haya facilitado las medidas de seguridad y haya generado un riesgo que se concreta en el resultado y a la vez, el trabajador se haya limitado a acatar las órdenes del empresario, aunque dicha conducta del trabajador pueda ser descuidada desde un punto de vista naturalístico, no será relevante jurídicamente, por lo que la conducta del empresario constituirá una imprudencia grave (puesto que como se ha dicho más arriba las conductas que encajan en los delitos de peligro se pueden considerar imprudencias graves respecto a los resultados lesivos).

2) Cuestión diferente será aquel supuesto en el que el trabajador desobedece las órdenes del empresario o realiza una conducta distinta a la ordenada. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que el empresario ha facilitado a los trabajadores los medios de seguridad suficientes, tanto materiales como inmateriales, y los trabajadores no los utilizan. Aquí también se pueden diferenciar dos grupos de casos. El primero será aquel en el que de manera habitual y/o generalizada los trabajadores no usan las medidas de seguridad que se les han facilitado. En estos casos, aunque se faciliten los medios de seguridad, en el fondo se permite tácitamente que los trabajadores no los utilicen.

Entre las normas de cuidado impuestas a los empresarios o a las personas en quienes estos deleguen está el deber de exigir que se utilicen dichos medios. Debe tenerse en cuenta que el empresario es el que tiene el poder de conocimiento, de decisión y de disposición sobre los riesgos y es él quien puede anular y/o sustituir las decisiones del trabajador. También es importante resaltar que el trabajador debido al ejercicio continuado de la actividad puede llegar a habituarse al riesgo y no ser consciente del mismo. Teniendo en cuenta estas premisas se deberá valorar, en caso de que se produzca un resultado lesivo como consecuencia de la no utilización de una medida de seguridad, hasta qué punto es relevante la conducta del trabajador. En mi opinión, a la hora de valorar la gravedad de la imprudencia de, por un lado el empresario que infringe su deber de control, y por otro de los trabajadores, que infringen su deber de utilizar los medios de seguridad facilitados (art. 29 LPRL), debe tenerse en cuenta que el principio de desconfianza que rige en este ámbito del empresario hacia el trabajador puede traer como contrapartida un reforzado principio de confianza del trabajador hacia el empresario. Esto es, podría afirmarse que el trabajador en la medida que se percata de que el empresario no exige que utilicen las medidas de seguridad puede llegar a considerar que tales medidas no son tan necesarias, o que la actividad no es tan peligrosa. En este sentido podría afirmarse que quien crea el riesgo más grave, quien infringe más gravemente la norma de cuidado es el empresario, por lo que las conductas de los trabajadores no servirían para rebajar la responsabilidad del empresario. En el fondo es el empresario el que decide cómo debe llevarse a cabo una determinada actividad, porque es él quien tiene el conocimiento completo del proceso productivo.

En segundo lugar, estarán aquellos supuestos en los que un trabajador concreto decide desobedecer la orden de un empresario. El ejemplo sería el del trabajador que, a pesar de que el encargado le ha prohibido subir a un tejado por estar este en muy malas condiciones, decide subirse. Se rompe el tejado y le trabajador cae y muere. En este caso la infracción de la norma de cuidado que infringe el encargado sería el no impedir subir al trabajador. Otro ejemplo sería el del trabajador que decide trabajar en un andamio sin anclar el cinturón de seguridad porque así trabaja más cómodo, a pesar de que el resto de los compañeros lo tienen anclado. El trabajador cae y muere. En este caso la infracción de la norma de cuidado para el encargado sería la infracción del deber de vigilancia o de control. No obstante, este deber de vigilancia y de control no puede ser absoluto o ilimitado(99). Creo que,

(99) Extensamente, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP,* 2009, p. 141 y ss. Este autor distingue entre los deberes de vigilancia, control o supervisión y los deberes de doble aseguramiento. En los deberes de vigilancia, control o supervisión (propios del ámbito laboral) el principio de confianza queda limitado, pero no completamente anulado, puesto que una vez realizados los controles oportunos,

para valorar si la infracción del deber de control es grave o leve se deberá atender al nivel de información que tenga el trabajador, cuanto más información tenga más libre y autónoma será su decisión, al grado de peligrosidad de la conducta, cuanto más peligrosa sea la actividad, más alto será el nivel de control exigido al empresario y a la relación entre la actividad concreta realizada y el trabajo. En los casos en los que el trabajador tiene completa información sobre la peligrosidad de la actividad y sobre la peligrosidad de realizar el trabajo sin las medidas de seguridad se podría afirmar que quien crea el riesgo más grave es el propio trabajador y que el empresario, si se produjera el resultado lesivo, podría ser sancionado únicamente por imprudencia leve.

Concluyendo se puede decir, por un lado, que, considerando acertadas las tesis que aluden a criterios de imputación objetiva para resolver la posible relevancia de la víctima en la actividad laboral, debe tenerse en cuenta que el mercado laboral es un mercado desequilibrado en el que existe una relación vertical, tanto a nivel de decisión como de conocimientos, entre los empresarios y los trabajadores y no una relación horizontal. Por ello, cuando se analiza la gravedad del riesgo creado y la gravedad de la infracción de la norma de cuidado habrá que tener en cuenta que el trabajador no decide libremente en buena parte de los casos y que el nivel de conocimiento de la peligrosidad de la conducta también es menor. Por ello el Derecho no exige el mismo cuidado al empresario que al trabajador. Además, se puede hablar de un principio de confianza reforzado del trabajador hacia el empresario, que puede llegar a entender que si el empresario permite que se realice de forma general una actividad peligrosa, será porque la actividad no es tan peligrosa. Creo, además, que *a priori* se podrán delimitar los supuestos en los que la infracción de la norma de cuidado es grave o leve por parte del empresario.

Volviendo al núcleo de este trabajo sobre la relevancia de los delitos de peligro en la calificación de la gravedad de la imprudencia, se puede afirmar que, si el trabajador se limita a trabajar tal y como le han ordenado, sin que le hayan facilitado las medidas de seguridad oportunas, el trabajador no está obligado jurídicamente a suplir esas medidas no facilitadas por otras, por lo que su comportamiento no será relevante para rebajar la responsabilidad del empresario. Por lo tanto, se podrá concluir que cuando el empresario ha incurrido en un delito de peligro, que supone una infracción grave de la norma

el sujeto podrá confiar en que el tercero realice correctamente su tarea. Sin embargo, los deberes de doble aseguramiento son aquellos que se imponen para evitar conductas incorrectas de terceros, de manera que si se produce la lesión por una de estas conductas incorrectas de terceros no se podrá alegar el principio de confianza.

de cuidado y, por lo tanto, una imprudencia grave respecto al resultado lesivo, tampoco la conducta de la víctima podrá servir para rebajar el grado de la imprudencia de grave a leve.

III. BREVE REFLEXIÓN FINAL

En el trabajo he tratado de aportar algunos criterios que sirvan de pautas para determinar cuándo estamos ante una imprudencia grave o leve. En este sentido se puede aportar tres reflexiones finales.

- La primera es que se puede afirmar la conexión entre la realización de un delito de peligro y la imputación del resultado lesivo, cuando se produzca, por imprudencia grave. Ello siempre que se cumplan dos requisitos: que el sujeto no haya actuado con dolo eventual respecto a dicho resultado lesivo y que el legislador haya seleccionado correctamente las conductas peligrosas, es decir, que haya una tipificación adecuada de los delitos de peligro, esto es, respetando los principios de última ratio, subsidiariedad y fragmentariedad propios del Derecho penal, como sucede en los tipos analizados y con la interpretación propuesta. Si como consecuencia de esas conductas se produce un resultado lesivo, imputable a ellas y del que el sujeto es autor, considero que la calificación será en todo caso de imprudencia grave, en ningún caso leve.
- En cuanto a la posible relevancia de la conducta descuidada del trabajador en aras a poder rebajar la imprudencia grave del empresario a imprudencia leve, considero que en aquellos casos en los que la infracción del deber de cuidado por parte del empresario proviene de no haber facilitado los medios de seguridad necesarios, esto es, en aquellos supuestos en los que la conducta del empresario encaje en las conductas tipificadas en los arts. 316 o 317 CP, la conducta del trabajador no será relevante penalmente, porque esto supondría la posibilidad de descargar la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de las normas de seguridad en el comportamiento del trabajador, que se limitase a acatar las órdenes de aquel.

NOTA FINAL

Agradezco al Prf. Dr. Manuel Abanto la posibilidad de participar en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Klaus Tiedemann.

Es un honor para mí colaborar en tan merecido homenaje a un Profesor de reconocido prestigio, no solo en Alemania, sino en todo el mundo.

Conocí al Prof. Tiedemann en el año 1993 durante mi estancia de investigación en el Institut für Wirtsschaftstrafrecht de Friburgo, del que él era el

Director. La estancia en dicho centro me permitió un enorme avance en mi investigación ya que, por un lado, me permitió in situ acercarme a la dogmática alemana y, además, me dio la posibilidad de participar en distintos seminarios organizados por el propio Prof. Tiedemann y contar con sus opiniones personales acerca de distintas cuestiones penales. Mi agradecimiento más sincero al Prof. Tiedemann por sus enseñanzas y por su gran cercanía.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María. *Puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores en el ámbito de la construcción: análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 433/2005, de 27 de septiembre de 2005*. En: Revista de Derecho Social 35 (2006).

AGUADO LÓPEZ, Sara. *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal,* Valencia, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria.* En: La Ley Penal 10 (2004).

ALFONSO LASO de, Daniel. *¿Siniestralidad laboral punible? Análisis de los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal.* En: La Ley Penal 19 (2005).

ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal de la seguridad en el trabajo,* Madrid, 1981.

ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual del Derecho Penal de Trabajo*. Madrid, 1988.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General.* 4ª ed., Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico,* Madrid, 2001.

BARTOMEUS PLANA, Daniel. *El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo.* En: ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores y contra la Seguridad Social,* Barcelona, 1998.

BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich/ MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 11ª ed., Bielefeld, 2003.

BAYLOS GRAU, Antonio/ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal del trabajo,* 2ª ed., Madrid, 1997.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Sentencias alarmantes: un fenómeno de inaplicación del derecho.* En: Por experiencia 23 (2004).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan /HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito,* Volumen II, Madrid, 1999.

CASTIÑEIRA PALOU, Mª Teresa/LLOBET ANGLÍ, Mariona/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales.* En: InDret 2005, 1-25.

CARMONA SALGADO, Concepción. *Delitos contra la seguridad del tráfico,* en: COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Parte Especial,* Madrid, 2004.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/II,* 5ª ed., Madrid, 1997.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/I,* 6ª ed., Madrid, 2006.

COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal Parte General,* 5ª ed., Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado,* PPU, Barcelona, 1989.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales,* Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi/ HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Protección penal de los accidentes laborales.* En: Revista de Poder Judicial 71 (2003).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores.* En: Cuadernos de Derecho Judicial 2003-II.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos.* En: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *La política criminal en Europa,* Barcelona, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado,* 2ª ed., IBdeF, Buenos Aires, 2005.

COTILLAS MOYA, José Carlos. *La intervención culpable del trabajador en los delitos contra la seguridad en el trabajo.* En: La Ley Penal 16 (2005).

DEMUTH, Heinrich. *Zur Bedeutung der "konkreten Gefahr" im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte,* VOR 1973.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. *Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes.* En: *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social* (http://www.uoc.edu/sympsosia/dretsocial/esp/index.html), 2005.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El delito contra la seguridad en el trabajo: algunos problemas del dolo y la imprudencia, concursales y relativas al art. 318 del Código Penal.* En: Revista de Poder Judicial 80 (2005).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Del riesgo al resultado. Homicidios y lesiones imprudentes en la construcción*. En: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo,* Granada, 2006.

DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. *El argumento de la "imprudencia temeraria del trabajador" (art. 15.4.LPRL) y la responsabilidad penal del constructor, arquitectos y otros garantes por lesiones o muertes laborales.* En: Revista General de Derecho Penal 6 (2006).

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. *Autoría y participación. Problemas de asignación de responsabilidad. Delegación, especialización y trabajo en equipo. El caso de la construcción. Subcontratación,* en: Cuadernos de Derecho Judicial 2005-XV (Ejemplar dedicado a la Siniestralidad laboral y derecho penal), 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado",* Barcelona, 2001.

FIGUEROA NAVARRO, Mª Carmen. *La responsabilidad penal por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales,* en: La Ley Penal 19 (2005).

GALLARDO GARCÍA, Rosa Mª. *La ausencia de resultado lesivo en los artículos 316 y 317 del Código Penal*. En: Revista de Derecho Social 30 (2005).

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos/ESCUDERO MORATALA, José Francisco/FRIGOLA VALLINA, Joaquín. *El artículo 317. la imprudencia en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores.* En: ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social,* Barcelona, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich /WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General,* 5ª ed. Alemana, Comares, Granada, 2002. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.* En: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *La política criminal en Europa,* Barcelona, 2004.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular (A propósito de la SAP Granada de 8 de noviembre de 1999, Pte. Flores-Domínguez), "inicio" de una línea constante en nuestra jurisprudencia menor).* En: Anuario de Derecho Penal 2004.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Barcelona, 2005.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Delimitación del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP): especial atención a la relevancia jurídico-penal de la infracción del deber de vigilancia.* En: Cuadernos de Política Criminal 96 (2008).

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch,* 2ª ed., Berlin-New York, 1991. También, traducción de la misma edición por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo: *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Madrid, 1995.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat. Rechtstheorestische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten un konkreten Gefährdungsdelikte,* Frankfurt am Main, 1989.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Baden-Baden, 2005.

KÜHL, Kristian: *§ 15,* en: LACKNER/ KÜHL, *StGB Kommentar,* 25ª ed., München, 2004.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/ MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho Penal español Parte General,* 7ª ed., Madrid, 2004.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La prevención penal de los riesgos laborales.* En: EH-Cobo del Rosal, Madrid, 2005.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La imputación penal del accidente de trabajo.* En: Cuadernos penales José María Lidón 3 (2006).

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La protección penal de la seguridad en el trabajo: penar menos y mejor. (Recensión a Juan Carlos Hortal Ibarra, Protección penal de la seguridad en el trabajo: Una aproximación a la configuración del derecho penal en la sociedad del riesgo).* En: InDret 2007.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I,* Madrid, 1996.

MAGALDI PATERNOSTRO. En: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II,* Barcelona, 2004.

MAIWALD, Manfred. *Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierten Delikts.* En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1974.

MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva,* Pamplona, 2009.

MARTÍN HERNÁNDEZ, Mª Luisa. *Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación causa-efecto.* En: Revista de Derecho Social 40 (2007).

MARTÍN LORENZO, María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Los delitos contra los trabajadores en el ámbito de la construcción.* En: POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo,* Granada, 2006.

MARTÍN LORENZO, María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Guía InDret Penal de la Jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales. Un análisis empírico y dogmático.* En: *InDret* Mayo 2009.

MARTÍNEZ –BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial,* 2ª ed., Valencia, 2005.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Derecho Penal y siniestralidad laboral: los concursos de infracciones,* en: Revista General de Derecho Penal 10 (2008).

MAURACH, Reinhart. *Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts beim Menschenraub Geiselnahme und Luftpiraterie,* Fs- Hienitz,1972.

MIR PUIG, Santiago. *Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. Comentario a la STS de 17 de julio de 1990,* en: Anuario de Derecho Penal 1991.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General,* 8ª ed., Barcelona, 2008.

MORALES GARCÍA, Oscar. *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral,* en: *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social* (http://www.uoc.edu/sympsosia/dretsocial/esp/index.html), 2005.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral.* En: Cuadernos de Derecho Judicial 2004-XIV (Ejemplar dedicado a la Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios), Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Artículo 316 del CP.* En: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda Época, Tomo X, Vol. I,* Madrid, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial,* 16ª ed., Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General,* 7ª ed., Valencia, 2007.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores.* Valencia, 1998.

ORTS BERENGUER, Enrique. "Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico". En: VIVES ANTÓN; ORTS BERENGUER; CARBONELL MATEU; GONZÁLEZ CUSSAC y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho Penal Parte Especial.* Valencia, 2004.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas),* Madrid, 1995.

PAVÍA CARDELL, Juan. *Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal.* En: La Ley Penal 19 (2005).

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Delitos contra los derechos de los trabajadores,* en: Relaciones Laborales 1997-I.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín. *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona, 2005.

REVELLES CARRASCO, María. *El comportamiento típico del artículo 316 CP: Análisis jurisprudencial del elemento comisivo.* En: Revista de Derecho Social 33 (206).

REVELLES CARRASCO, María. *El delito contra la vida y la salud de los trabajadores al hilo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de julio de 2006.* En: Revista de Derecho Social 38 (2008).

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia,* Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Responsabilidades penales: análisis jurisprudencial.* En: FERNÁNDEZ PASTRANA (dir.), *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación,* Madrid, 1999.

ROPERO CARRASCO, Julia. *¿Hay que "merecer" la protección del Derecho penal?: Derechos y deberes de las víctimas.* En: CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8,9 y 10 de marzo de 2005,* Madrid, 2006.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito.* En: PJ 46 (1997).

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4ª ed., München, 2006. También, traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, *Derecho Penal Parte General Tomo I,* Madrid, 1997.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. *Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales.* En: Cuadernos de Derecho Judicial 2005-XV (Ejemplar dedicado a la *Siniestralidad laboral y derecho penal*), 2005.

SÁNCHEZ ICART, Javier. *La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo.* En: Cuadernos de Derecho Judicial 2007-IX (*Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo),* 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd: *Prevención de riesgos laborales.* En: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *La Política criminal en Europa,* Barcelona, 2004. Traducción de Marina Sacher y Carolina Bolea.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*. En: Revista Penal (10) 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Comentario al artículo 12 CP.* En: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal Tomo I,* Madrid, 1999.

TAMARIT SUMALLA, Josep. *Artículo 316 CP.* En: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* 6ª ed., Pamplona, 2007.

TENCKHOFF, Jörg. *Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen,* en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 88 (1976).

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Seguridad en el trabajo. Cuestiones concursales. Calificación de la Imprudencia,* en: Revista de Derecho Social 3 (1998).

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores,* Valencia, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas.* En: Cuadernos de Derecho Judicial 2005-XV (Ejemplar dedicado a la *Siniestralidad laboral y derecho penal)*, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La siniestralidad laboral como delito,* Albacete, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral,* en: Cuadernos penales José María Lidón 3 (2006).

TERRADILLOS BASOCO, Juan/ ACALE SÁNCHEZ, María/ GALLARDO GARCÍA, Rosa María. *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial.* Universidad de Cádiz, 2006.

VICENTE MARTÍNEZ de, Rosario. *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona, 2001.

VICENTE MARTÍNEZ de, Rosario. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores,* Valencia, 2008.

VOLK, Klaus. *Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr,* en: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1976.

WEGSCHEIDER, Herbert. *Zum Begriff der Leichtfertigkeit.* En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo.* En: Revista Española de Ciencia Penal y Criminología 10 (2008).

Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: La distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño

Rafael REBOLLO VARGAS
(España)

SUMARIO: I. La distinción entre el delito de estafa y el fraude civil. **1.** Consideraciones previas. **2.** Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos de estafa. **3.** Notas sobre el dolo civil. **4.** Criterios interpretativos para la distinción entre el delito de estafa y el fraude civil. **4.1.** El engaño precedente o coetáneo al acto de disposición de la víctima y la estafa. **4.2.** La intensidad del engaño: el engaño bastante y el engaño cualificado. **4.3.** El criterio del resultado: el perjuicio y el acto de disposición. **4.4.** La opción del concurso de leyes y el principio de especialidad. **4.5.** El ambigüo criterio jurisprudencial de la tipicidad penal para afirmar la presencia del ilícito penal. **4.6.** Toma de posición: el ánimo de lucro como elemento clave de la distinción. **II.** La reinterpretación del engaño. **1.** Consideraciones previas. **2.** El concepto de engaño. **3.** El engaño bastante. **4.** Engaño bastante e imputación objetiva. **5.** Excurso: *Phishing*, engaño e imputación objetiva.

I. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL FRAUDE CIVIL

1. Consideraciones previas

"Un delito tradicional sin concreción". El entrecomillado se corresponde con el título del primer epígrafe de un artículo de Quintero Olivares[(1)] donde, en su inicio, medita acerca de la dificultad que a primera vista supone el hecho de plantear alguna cuestión novedosa sobre la que previamente no se haya reflexionado en un delito clásico como es el de estafa; aunque,

(1) QUINTERO OLIVARES, G. "Mitos y racionalidad en el delito de estafa (Apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad), RDPP, 2000, nº 3, p. 45.

a pesar de esa prudencia inicial, más adelante realiza unas observaciones de lo más atinado. Pues bien, –salvando las distancias– esa es la misma tesitura que se me planteaba al iniciar este trabajo y, ahora, llegado el momento de poner en blanco sobre negro algunas de las conclusiones a las que he llegado me parece que lo mucho dicho acerca de este delito son solo unas muestras referidas a una figura poliédrica que presenta una multitud de complejas y discutibles facetas. Una de ellas es, precisamente, la delimitación entre el delito de estafa y el fraude civil sobre el que recae una parte de esta investigación(2). Obviamente con lo que sigue no pretendo cerrar una discusión de tal envergadura sino, simplemente, aportar o abundar en distintos elementos de discusión que permitan abordar la cuestión con un mínimo de garantía para que un problema de tal entidad se sitúe en los parámetros de la seguridad jurídica; esto es, el hecho de que no se califique un ilícito como un simple fraude civil o como un delito de estafa en función de la vía procesal elegida por el perjudicado(3), sino que, efectivamente, se castiguen determinados comportamientos porque reúnen todos y cada uno de los elementos requeridos en el tipo o, dicho de otra manera, el comportamiento ilícito será constitutivo de delito cuando presenta un mayor contenido del injusto y de la culpabilidad que la inherente a un ilícito civil.

Sea como fuere, y en atención al punto de partida adoptado (sobre lo que más adelante nos detendremos) no es infrecuente encontrar afirmaciones en la doctrina que, entre otras, alertan sobre la imposibilidad de establecer una distinción entre el fraude civil y los contratos civiles criminalizados, por lo que se adoptan criterios jurisprudenciales para resolver el conflicto(4); o, bien, a otros tan dispares que atendiendo a la posibilidad de que un mismo comportamiento sea contemplado tanto como un delito de estafa y, a la vez, como uno de los supuestos de causa de nulidad de los contratos (art. 1269 CC) se llega a proponer que atendiendo al principio de especialidad del concurso de leyes se opte por la calificación penal(5). En todo caso, el hecho de dilucidar si nos hayamos ante una ilicitud civil o una estafa continúa mayoritariamente dirimiéndose de forma casuística en los Tribunales atendiendo, a mi juicio, a discutibles criterios interpretativos sin reparar, en algunos casos, en la discutible justificación de la intervención coactiva ni, desde luego, en la contundencia de la respuesta punitiva en el caso de optar por

(2) Al respecto, ampliamente, VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*. Barcelona, 1987, pássim.

(3) VIVES ANTÓN, T.S. –GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 482, quienes traen a colación la STS de 4 de octubre de 1985, en la que se afirma lo siguiente: "por lo que en el presente caso habiéndose elegido por el perjudicado la vía penal y siendo perfectamente típico el hecho así como grave el engaño…el hecho debe ser calificado como un delito de estafa".

(4) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Estafas*. Valencia, 1997, p. 63.

(5) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid, 2004, pp. 70-71.

la jurisdicción penal. Así, en esa misma línea de consideraciones, no es una cuestión baladí que la consecuencia de realizar determinada conducta sea una sanción civil (rescisión de un contrato, nulidad, reparación por daños y perjuicios, etc.) o, que un delito de estafa lleve aparejada una pena privativa de libertad que ya en la hipótesis del tipo básico puede alcanzar hasta los tres años de privación de libertad(6).

2. Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos de estafa

En la Sección 1ª, Capítulo VI, **De las defraudaciones**, del T. XIII, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, se tipifican los delitos de estafa. No voy a abundar en la caracterización del delito de estafa como un delito contra el patrimonio. Hoy es una cuestión sobre la que existe un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina; sin embargo, un aspecto que continúa suscitando controversias es el de perfilar un concepto de patrimonio que atienda a la estructura y a las funciones del delito de estafa. El consenso doctrinal alcanza también, al menos mayoritariamente, a la afirmación de que en la estafa se lesiona un bien jurídico de carácter individual (el patrimonio), que se caracteriza por un comportamiento distinto a los denominados delitos de apropiación, ya que no se caracteriza por la aprehensión de la cosa, sino por la entrega voluntaria de esta por el sujeto pasivo o, incluso, por la cesión de un crédito o de un derecho, en suma, por un hacer o por un no hacer, de modo que el comportamiento engañoso afecta al patrimonio en su conjunto y no a bienes concretos pertenecientes a su titular (como es el caso del hurto, o del robo), por lo que es necesario distinguir entre el objeto material sobre el que recae la acción (que será un elemento del patrimonio), del bien jurídico protegido: el patrimonio en su conjunto entendido como *universitas iuris*(7).

Sin embargo, como anticipaba, el debate continúa abierto con relación al concepto de patrimonio. Se trata de una discusión sobre la que ya se ha dicho mucho y que no voy a reproducir volviendo a traer a colación argumentos a favor o en contra de determinadas posiciones que doctrinalmente ya están superadas(8). En este caso, baste señalar que para la denominada **concepción jurídica del patrimonio**, el patrimonio venía constituido por la suma de los

(6) GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. *Fraude informático y estafa*. Madrid, 1991, pp. 260-261.

(7) Tesis mayoritaria en la doctrina. A título simplemente ilustrativo, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Ob. cit., p. 18 y ss; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Estafas*, ob. cit., pp. 34-35; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. (CÓRDOBA RODA, J – GARCÍA ARÁN, M., Directores), T. I, Madrid, 2004, pp. 741-742; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid, 1988, pp. 52-53.

(8) Por todos, vid., los excelentes trabajos de GALLEGO SOLER, I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Valencia, 2002, p. 103 y ss; PASTOR MUÑOZ, N. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid, 2004, p. 32 y ss.

derechos subjetivos patrimoniales de una persona, identificándose prácticamente el concepto de patrimonio con el de propiedad, pues, lo esencial era el derecho sobre la cosa y no la cosa en sí: "donde no hay ningún derecho no hay ninguna estafa"(9). Obviamente, tal concepción suponía convertir al Derecho penal en subsidiario del Derecho Civil. Con ello, se decía, se respetaba el principio de unidad del ordenamiento jurídico y se evitaban las contradicciones entre ambos. Las críticas que se le realizan a la concepción jurídica del patrimonio son distintas. En este sentido, una de las más relevantes es que una consecuencia directa de ella es que convierte a la estafa en un delito contra la libertad de disposición; sin olvidar, también, que excluye del concepto de patrimonio los valores no integrados en un derecho subjetivo(10).

Por otro lado, para el **concepto económico de patrimonio** (en su momento con una importante adscripción doctrinal y jurisprudencial en Alemania), el patrimonio viene conformado por la suma de valores económicos, expresada en dinero, que se encuentran a disposición de una persona, aunque no goce de reconocimiento jurídico para ello(11). Como se desprende de lo anterior, se trata de una fórmula particularmente amplia que tiene como consecuencia el que también se consideren objeto de tutela penal los bienes que el titular del patrimonio posee ilícitamente. Con ello se extiende la protección penal a auténticas situaciones fácticas en las que concurre un poder de disposición sobre las cosas o valores sin considerar que su posesión puede ser antijurídica. Es más, en sentido estricto, habrá estafa siempre que los referidos valores económicos se encuentren a disposición de una persona y se detraigan del patrimonio mediante engaño. En suma, –con independencia de la inexistencia de la cobertura jurídica de quien en ese momento ostente la posesión de la cosa– será constitutivo de un delito de estafa el hecho de cualquier disminución patrimonial que tenga origen en una conducta engañosa. La razón de lo anterior es la objetivización de los valores económicos; por ello, como decía Antón Oneca(12), un concepto económico de patrimonio nos lleva a concluir que: "habrá defraudación cuando no se pague al estraperlista el precio abusivo prometido, sino el reglamentario; y cuando el

(9) Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Estafas.* Ob. cit., p. 36, quien atribuye la frase a BINDING.

(10) PASTOR MUÑOZ, N. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa.* Madrid, ob. cit, p. 33, con detalladas notas bibliográficas.

(11) Me parece más adecuado la utilización de la fórmula *poder de disposición* propuesta por BAJO FERNÁNDEZ, loc. ult. cit., p. 22, que la sugerida por ZUGALDÍA ESPINAR. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid, 1988, p. 54, quien se refiere a patrimonio como suma de los valores económicos que **pertenecen a una persona**, aunque no goce de reconocimiento por parte del Derecho. Entiendo que no puede hablarse de pertenencia a una persona de determinados valores que no gozan de reconocimiento por parte del Derecho ya que, entonces, se trataría de una pertenencia ilícita que no estaría amparada por el Derecho Penal.

(12) ANTÓN ONECA, J. voz "Estafa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* T. IX, Barcelona, 1958, p. 68. Igualmente, vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio.* Ob. cit., p. 55.

ladrón sea burlado en el reparto del botín que tenía en su poder; porque en ambos casos hay disminución de la situación económica del perjudicado".

El **concepto mixto o jurídico-económico de patrimonio** es el mayoritario en la doctrina española[13], aunque, como veremos seguidamente, con alguna variante que suscita una cierta controversia. En síntesis, los partidarios del concepto mixto de patrimonio, al que me adscribo, toman de la teoría jurídica el que los bienes o valores sean poseídos en virtud de una relación jurídica, lo cual supone una restricción de la teoría estrictamente económica y, de esta, adoptan la exigencia de que el derecho subjetivo tenga un valor económico, lo cual matiza el concepto estrictamente jurídico[14]. Por lo tanto, forman parte del patrimonio de una persona, "la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico…quedando descartados aquellos que solo tengan un valor afectivo o sentimental"[15].

Un aspecto que me parece importante traer a colación en este momento, desde la perspectiva de la concepción mixta o jurídico económica del patrimonio, es la cuestión de si pertenecen o no al patrimonio las denominadas **expectativas (inciertas aunque posibles) de futuro.** Piénsese, por ejemplo, en las del poseedor de una participación de lotería en ser agraciado en el sorteo[16], o en el empresario que confía en que su negocio sea adquirido por un tercero. En este último caso hay que preguntarse si existe una defraudación de las expectativas de futuro, en la hipótesis de que al empresario le compren su participación en el negocio por su valor real si posteriormente este –ya en poder del resto de los socios– es adquirido por una multinacional del sector por un precio superior al valor de mercado. Sobre esta cuestión, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que, efectivamente, las expectativas de futuro pertenecen al patrimonio, pero no las inciertas; esto es, para entender que las expectativas forman parte del patrimonio han de venir sustentadas por un fundamento jurídico[17]. Así, la expectativa de futuro, la **expectativa de poseer, la expectativa de incrementar** ha de tener una

(13) Entre otros, ANTÓN ONECA, J. voz "Estafa". Ob. cit., p. 68; HUERTA TOCILDO, S. *La protección penal del fraude inmobiliario*. Madrid, 1980, p. 34 y ss; VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa,* ob. cit., p. 84 y ss. Igualmente, aunque con matices, GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*. Valencia, 1998, p. 29; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial,* T. I. Ob. cit., pp. 745-746.

(14) Expresamente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas.* Ob. cit, p. 38; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas.* Valencia, 1999, p. 29.

(15) HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del fraude inmobiliario.* Ob. cit., p. 35.

(16) Vid. STS 16 de septiembre de 1994, donde el TS considera que no se causa perjuicio patrimonial en el caso de la venta de unas participaciones falsas de lotería de un número que posteriormente resulta premiado dado que, afirma, la estafa protege los bienes que componen el patrimonio, no las expectativas de incrementarlo. Al respecto, GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro.* Madrid, 2006, p. 184.

(17) ANTÓN ONECA, J. Voz "Estafa". Ob. cit., p. 69; VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa.* Ob. cit., p. 83.

base jurídica plenamente reconocida, comprobada y con contenido económico indubitado; en definitiva, para disponer de la correspondiente tutela penal, las expectativas deben de ser más que verosímiles, esto es, han de poseer una fundamentación jurídica de la que se desprende que se tiene pleno derecho a las mismas.

Con independencia de lo acabado de referir y en relación a las variantes en la concepción mixta que he mencionado con anterioridad, Bajo Fernández propone un matiz que me parece controvertido. Así, afirma expresamente que pertenece al patrimonio "todo bien de carácter económico mientras revista una **apariencia jurídica**"(18). Añadiendo a lo anterior, lo inadecuado que resultaría admitir que solo pertenecen al patrimonio las posiciones jurídicamente reconocidas ya que, atendiendo a algunos casos en particular (por ejemplo, el de la estafa al ladrón), la doctrina da explicaciones inaceptables para sostener el delito de estafa. Vayamos por partes. Acabamos de ver que una de las objeciones más sólidas a la propuesta del concepto económico de patrimonio es que en ella tendrían cabida la suma de valores económicos que se encuentran a disposición de una persona aunque no disponga de reconocimiento jurídico, por lo cual –desde ese criterio– serían objeto de tutela los bienes que se poseen ilícitamente. Luego, si la propuesta de Bajo Fernández ampara también la protección de las posiciones de poder sobre una cosa que revisten **apariencia jurídica**, a mi entender, está no solo ampliando excesivamente el concepto de patrimonio, sino que retorna de forma indirecta a la concepción económica del patrimonio lo cual, por las razones apuntadas, no me parece coherente(19). Por otro lado, añade que al prohibir el ordenamiento jurídico las vías de hecho para la solución de conflictos obliga al particular a acudir a la vía judicial, por lo que la apariencia jurídica es suficiente para otorgar derechos y exigir deberes. Sin embargo, creo que una cuestión es que el Derecho Civil proteja relaciones jurídicas ilícitas (por ejemplo, la del poseedor sin justo título), mientras que otra cosa distinta es que se dispense protección jurídica –penal en este caso– a situaciones fácticas de apariencia jurídica que tengan su fundamento en un comportamiento delictivo previo(20). Se trata, por otro lado, de una antigua discusión en la doctrina alemana donde se plantea, precisamente, el caso del "ladrón burlado" al que ya aludía Antón Oneca y que dado el punto de partida adoptado sobre el concepto de patrimonio, les llevaba necesariamente a concluir la punibilidad de esas situaciones, mientras que atendiendo a una concepción

(18) BAJO FERNÁNDEZ, M. "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago". ADPCP, 1975, p. 367; del mismo, *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Ob. cit., p. 23.

(19) Vid., también, PASTOR MUÑOZ, N. *La determinación típica en el delito de estafa*. Ob. cit., p. 39, quien con argumentos distintos llega a la misma conclusión.

(20) GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto*. Ob. cit., p. 28.

mixta de patrimonio la solución correcta no puede ser otra que la impunidad, pero no ya solo porque quien realiza un comportamiento delictivo no merece la protección del ordenamiento, sino porque no existe un auténtico perjuicio patrimonial dado que la pretensión de obtener una ganancia ilícita no es susceptible de integrarse en el patrimonio(21).

Por último, un concepto distinto de patrimonio defendido por un sector de la doctrina es el denominado **concepto personal y funcional de patrimonio**(22). Concepciones muy próximas cuyo presupuesto común es el de entender la función del patrimonio como fundamento del desarrollo de la personalidad donde destaca la finalidad que se pretende con el patrimonio que, desde esta perspectiva, va más allá de su valor considerado en abstracto. Tesis que cuentan con un importante reconocimiento en la doctrina alemana. Es en los trabajos de Bockelmann donde se encuentran los antecedentes inmediatos de esta concepción personal de patrimonio al definirlo desvinculándolo en sentido estricto de derechos y de bienes, ya que lo define como el "ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses en el ámbito económico(23)". Otto, más tarde, vuelve a incidir en el ámbito patrimonial personal distinguiendo entre dos conceptos distintos de patrimonio; por un lado, el referido a los delitos contra el patrimonio en su totalidad, el caso típico es el del delito de estafa, donde señala que únicamente deben ser protegidos los bienes con valor monetario; y, por otra parte, los delitos contra los objetos parciales del patrimonio –es el caso del hurto o del robo–, donde pueden ser objeto de protección bienes con un simple valor afectivo. Propuesta que le lleva a distinguir entre los delitos contra el patrimonio en su totalidad, donde este se determina por su valor de cambio o su valor monetario, mientras que el resto de delitos se determina por su valor de uso(24). Como decía, estrechamente vinculado con ese concepto personal del patrimonio, el concepto funcional dota de contenido al patrimonio reprobando una atribución puramente economicista al desarrollarlo profundizando en la función que se le asigna al bien. Por lo tanto, es preciso atender a la decisión del titular, a los fines individuales que pretende, ya que el conjunto

(21) HUERTA TOCILDO, S. *La protección penal del fraude inmobiliario,* ob. cit., pp. 38-39, en especial nota a pie de página nº 69.

(22) Entre otros, ASUA BATARRITA, A. "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin". ADPCP, 1993, p. 81 y ss; DE LA MATA BARRANCO, N. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación.* Barcelona, 1994, p. 69 y ss; GALLEGO SOLER, J. I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, ob. cit., p. 229 y ss. Vid., asimismo, p. 206 y ss., donde analiza detalladamente las posiciones de algunos de los autores españoles partidarios de esta opción.

(23) Vid., GALLEGO SOLER, J.I.. Ob. cit., p. 180.

(24) Ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, N. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación.* Ob. cit., pp. 66-69. Críticamente, vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio,* ob. cit., pp. 57-60.

patrimonial no solo viene constituido por los derechos o cosas, sino que se debe tener en cuenta en cómo quiere disfrutar su titular de los bienes que le pertenecen. Por ello, habrá un comportamiento penalmente relevante cuando se afecte al valor de uso de las cosas, ya que la protección total de la personalidad (el patrimonio es expresión de la persona) únicamente se alcanza no con la protección del valor monetario, sino con la del valor de uso de la cosa(25). Como señala Zugaldia, desde esa perspectiva, sería constitutivo de un delito de estafa la compra de un cuadro de un artista de renombre vendido por un precio de mercado cuando en realidad el autor de la obra es otro pintor con el mismo reconocimiento que el anterior, a pesar de que con ello no hubiere una afección al patrimonio del comprador. Sin embargo, desde esta concepción sí que se ocasionaría un perjuicio en el patrimonio del comprador dado que con la adquisición se ve frustrado el fin pretendido con la operación(26).

Las objeciones que se le han formulado a esta propuesta son de distinto calado, desde la dudosa legitimidad de la distinción entre dos conceptos distintos de patrimonio a otras que me parecen muy sólidas que, en realidad, no son más que una consecuencia lógica de la propuesta, como es el que con esta formulación se amplía el ámbito de la tipicidad delictiva(27), ya que devienen típicas conductas por el hecho de que resultan mermadas las expectativas de satisfacción de los intereses de su titular aunque no haya existido un perjuicio valorable económicamente, lo cual inexorablemente nos conduce a una subjetivización del delito (que no creo que se corresponda con un **tener en cuenta al sujeto**, como entiende Pastor Muñoz(28)) presidido por el incumplimiento de los fines que el titular le asigna al patrimonio aunque ello no haya supuesto un menoscabo patrimonial.

Con independencia de lo anterior, parece que el TS en su Sentencia de 23 de abril de 1992(29) (caso del aceite de colza), asume un concepto personal de patrimonio:

> "(…) Sin embargo, en la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad

(25) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Ob. cit., p. 25.
(26) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Ob. cit., p. 58. Asimismo, vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. T. I. Ob. cit., p. 745.
(27) Expresamente, GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto*. Ob. cit., p. 21, 23 y ss.
(28) PASTOR MUÑOZ, N. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Ob. cit., p. 46.
(29) Vid., GALLEGO SOLER, J. I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Ob. cit., p. 212 y ss, donde, además, trae a colación otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en el mismo sentido, aunque el mismo autor subraya que no cree "que pueda hablarse propiamente de la existencia de una línea jurisprudencial que acoja un concepto personal de patrimonio".

> personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con este, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial".

Es indiscutible que el Tribunal Supremo en esta resolución se adscribe nominalmente a un concepto personal de patrimonio, aunque no creo que sea aventurado concluir también que argumenta en base a criterios jurídico económicos, en tanto que atiende a un criterio objetivo-individual para determinar el daño patrimonial. En otras palabras, tiene en consideración el perjuicio económico ocasionado desde una perspectiva objetivo-subjetiva aunque, a la vez, exige la cuantificación económica del perjuicio desde el punto de vista de la víctima(30).

3. Notas sobre el dolo civil

Una primera aproximación al concepto general de dolo, aún y sin propósito de exhaustividad por razones evidentes, debe pasar por su caracterización; tarea, por cierto nada fácil. Así, en el ámbito civil se le atribuyen distintos significados (realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico, de maquinaciones insidiosas, de determinación de la voluntad en el engaño) que, probablemente, recogen parcialmente los distintos elementos que lo configuran(31). A pesar de esa pluralidad de acepciones e incluso de que un determinado sector doctrinal es partidario de interpretarlo atendiendo a los contextos precisos en los que se aplica, como el del momento de la formación de la voluntad contractual o el de la perfección del contrato(32), me parece particularmente sugerente la propuesta formulada en

(30) GARCÍA ARÁN, M. *El delito de hurto*. Ob. cit., p. 23. Asimismo, vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. T. I. Ob. cit., p. 745, quien al hilo de esta sentencia afirma de forma concluyente lo siguiente: "el concepto de patrimonio que maneja la Sala Segunda en esta sentencia sigue siendo, a mi juicio, un concepto jurídico-económico…".

(31) ROJO AJURIA, L. *El dolo en los contratos*. Madrid, 1994, p. 100.

(32) DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid, 1993, p. 170.

su día por Puig Peña, quien, afirmaba que dolo es "la voluntad consciente de producir un acto injusto", lo cual –añade–, en algunos casos, supone la existencia o el nacimiento de un vínculo contractual que en el terreno de la buena fe no debió haberse originado; y, en otros, el "incumplimiento de un vínculo obligatorio que también en el campo de la buena fe no debió producirse"(33).

En esa misma línea de consideraciones es imprescindible acotar las clases de dolo civil; por lo tanto, es preciso diferenciar: el dolo como un vicio de la voluntad en la formación de los contratos, art. 1269 CC, el denominado dolo-vicio, como causa de la acción de anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento; y, por otro lado, el dolo obligacional, donde, a la vez, cabe distinguir entre el dolo en la responsabilidad por actos ilícitos o una causación dolosa de daños, art. 1902 CC y el dolo en el incumplimiento de las obligaciones, art. 1101 CC (mala fe). En este caso, **el dolo en el incumplimiento de obligaciones** no se encuentra expresamente definido en el Código Civil, aunque este lo equipara a la mala fe (art. 1107 CC); dolo que implica la negativa consciente y voluntaria del deudor para incumplir con su obligación teniendo conciencia de que realiza un acto injusto. Como señala la STS de 24 de noviembre de 1997, se trata de una infracción del deber o una deliberada intención de no cumplir; añadiéndose a lo anterior, que el dolo implica una conciencia del deudor de que su incumplimiento genera o puede provocar un daño sin que adopte las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo. Obviamente, generada esa situación de incumplimiento de la obligación, ya fuere provisional o definitiva, se le otorgan al acreedor una serie de medidas dirigidas a obtener la ejecución forzosa de la prestación y, en su caso, las vías para el resarcimiento económico, además de por los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya supuesto(34).

Sin embargo, más que el dolo obligacional, ya sea en su modalidad de dolo en el incumplimiento de las obligaciones, art. 1101 CC, o del dolo en la responsabilidad por actos ilícitos (art. 1902 CC), el dolo civil que nos interesa sobre manera es el dolo vicio en la formación de los contratos, art. 1269 CC., por su similitud con la tipificación del delito de estafa. Como es de sobras conocido, el referido precepto del Código Civil dispone lo siguiente: "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas

(33) Vid., PUIG PEÑA, F., voz "Dolo Civil", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* T. VII. Barcelona, 1955, p. 684 y ss, quien, a su vez, diferencia entre el dolo en la formación del negocio jurídico y dolo en el incumplimiento contractual.

(34) SUÁREZ GONZÁLEZ, M.J., en *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones y Contratos.* T. III, Vol. 1º. Madrid, 2002, p. 172 y ss.

no se hubiera producido". Téngase en cuenta, además, que el art. 1265 del CC. establece que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

En este dolo-vicio de la voluntad en la formación de los contratos o dolo *in contrahendo*, es necesario diferenciar también –tal y como prevé el art. 1270 del CC– entre el dolo grave, dolo causante (*dolus causam dans)*, que determina el consentimiento y produce la nulidad del contrato y, por otra parte, el dolo incidental (*dolus incidens),* que tiene lugar cuando se hubiera concluido el contrato en todo caso aunque, como consecuencia del dolo, se concluye en condiciones distintas, por ejemplo, más onerosas(35). En este caso, el dolo incidental no es causa para invalidar el contrato, pero cuando origina un perjuicio al contratante, evidentemente, da lugar a la correspondiente acción por daños y perjuicios; así lo dispone el art. 1270.2 CC, que solo obliga a quien lo empleó a indemnizar por daños y perjuicios. En cambio, el dolo grave, *el dolus causam dans,* produce como efecto la nulidad del contrato cuando ha provocado un error a la otra parte que le induce a contratar. Un dolo, por otro lado, puesto de manifiesto a través de cualquier clase de palabras o de maquinaciones insidiosas capaces de determinar el consentimiento que provoca el error en la otra parte y que le induce a contratar (*animus decipendi*). En suma, ese dolo como vicio del consentimiento se caracteriza por un comportamiento malicioso llevado a cabo con la intención de engañar; un dolo determinante que consigue provocar el error en la otra parte para que manifieste su consentimiento y, por ello, se celebre un contrato que de otra forma no se hubiera conformado. Así, si concretamos los elementos constitutivos del vicio del consentimiento, en primer lugar, es necesaria la existencia de un acto ilícito que consiste en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas para engañar a otra persona; en segundo lugar, la presencia del dolo implica la intención de engañar; además, el autor del dolo ha de ser una de las partes del contrato y no debe de haber mediado dolo recíproco; y, por último, el dolo debe de haber sido la causa que determina la suscripción del contrato(36).

Una cuestión polémica en relación a los elementos constitutivos del vicio del consentimiento, es el concluir si este requiere que el acto ilícito llevado a cabo con la intención de engañar suponga, a la vez, la producción de un perjuicio. En este sentido, De Cossío rechaza el automatismo de tal posibilidad al afirmar que, de ser así, se confundirían los requisitos del dolo, en cuanto este vicia el consentimiento, "y los requisitos del dolo como fuente

(35) ROJO AJURIA, L. *El dolo en los contratos.* Ob. cit., p. 147 y ss.
(36) Vid., ampliamente, DE COSSÍO Y CORRAL, A. *El dolo en el Derecho Civil.* Granada, 2005, p. 176 y ss.

de una obligación de daños y perjuicios". Es cierto, añade, que normalmente coincidirán ambos aspectos, esto es, dolo como causa del contrato y causa de daños y perjuicios para la víctima del engaño. Sin embargo, y comparto plenamente la afirmación, sostiene que para que el vicio del consentimiento exista y produzca la anulabilidad del contrato es suficiente con que el dolo haya sido causa determinante del contrato aunque no haya producido perjuicio alguno(37). Téngase en cuenta, además, que el Código Civil –a diferencia del Código Penal– no requiere la causación expresa de un perjuicio económico, dado que lo esencial es que se haya producido un engaño que haya motivado a la otra parte a contratar.

En definitiva, resulta que en este dolo *in contrahendo* una de las partes entra en contacto con la otra con el propósito de concertar un contrato, aunque aquella procede dolosamente contra esta, ya sea durante los tratos preliminares, ya sea en el momento de perfeccionarse. En otras palabras, señala De Cossío, "se trata de un dolo previo o simultáneo a la celebración de un contrato, o lo que es lo mismo, de un dolo producido antes de que haya surgido la relación contractual"(38). Como se puede observar, las similitudes del dolo *in contrahendo* con la tipificación del delito de estafa son evidentes por lo que el escenario se torna verdaderamente complejo a la hora de delimitar el fraude civil con el ilícito penal, lo que se acrecienta si adoptamos como punto de referencia –lo que veremos seguidamente– la que hasta ahora ha sido la interpretación dominante en la Jurisprudencia y que todavía encuentra una cierta acogida en la doctrina.

4. Criterios interpretativos para la distinción entre el delito de estafa y el fraude civil

4.1. El engaño precedente o coetáneo al acto de disposición de la víctima y la estafa

Una de las fórmulas tradicionales de distinción utilizada por la jurisprudencia para la delimitar el delito de estafa y el fraude civil ha sido (y es) el del momento del engaño. Opción interpretativa por la que todavía opta alguna

(37) DE COSSÍO Y CORRAL, A. *El dolo en el Derecho Civil.* Ob. cit., p. 190. En el mismo sentido, vid., LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*. T. II, V. I (nueva edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F), Madrid, 1999, p. 374, donde se afirma: "*el animus decipendi* se contrae con la intención de engañar a la otra parte con la finalidad de inducirle a contratar y no requiere, para que el dolo dé lugar a la impugnación del contrato, propósito de perjudicar al otro contratante o de obtener un beneficio, siquiera lo ordinario será que estos móviles decidan a emplear el dolo a quien lo utiliza. **No se requiere ni siquiera que el dolo propiamente dicho o invalidante cause perjuicio alguno** (art. 1270.2) aunque, naturalmente, si causa daño da lugar también, como cualquier hecho ilícito (cfr. Art. 1902) a la obligación de resarcimiento". (subrayado añadido)

(38) DE COSSÍO Y CORRAL, A. *El dolo en el Derecho Civil.* Ob. cit., p. 158.

reciente Sentencia del Tribunal Supremo y que encuentra también acomodo en un determinado sector doctrinal(39).

En efecto, en orden a situar el contexto de la discusión, permítaseme la transcripción de parte de una resolución, en la que se dice que la estafa supone básicamente la configuración de la figura delictiva más clásica de fraude engañoso, a lo que se añade lo siguiente:

> "(…) La doctrina emanada de esta Sala ha ido perfilando sus caracteres, distinguiendo el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil. En definitiva, el dolo civil frente al dolo criminal. La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio" (STS 25 de marzo de 2004).

Una vez identificada la, llamémosle así, situación de conflicto en orden a la configuración de las respectivas esferas de tutela, resulta que para dilucidar el ámbito material de los negocios jurídicos criminalizados, a juicio del Tribunal Supremo, se ha de atender al momento del engaño, esto es, a si en el momento de la celebración del contrato o previamente a él, el sujeto ya tenía la intención de incumplirlo se trataría de un delito de estafa. Ahora bien, si la intención de incumplir surge en un momento posterior a la celebración del contrato, se trataría de un fraude civil. Así se manifiesta el TS en una Sentencia reciente:

> "(…) Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un 'dolo subsequens' que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Solo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente…. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96). Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al

(39) ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona, 2005, pp. 24-26. Vid., igualmente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas.* Ob. cit., pp. 78-79.

> momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo 'subsequens' del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.9.91 [RJ 1991, 6198] , 24.3.92 [RJ 1992, 2435] , 5.3.93 [RJ 1993, 1841] y 16.7.96 [RJ 1996, 5915]). Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo 'subsequens', sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa (…)" (STS 23 de junio de 2005)[40].

Desde este criterio es esencial, por lo tanto, el momento de aparición del dolo, ya que si es *subsequens,* esto es, que no surge al inicio de la contratación sino que la intención de incumplir aparece con posterioridad, se trata de un dolo **inidóneo** "para dar vida al delito de estafa, ni por tanto para criminalizar el incumplimiento contractual" (STS 26 de diciembre de 2005).

Como hemos visto con anterioridad, esta opción doctrinal parece no tener en cuenta que el art. 1269 del CC establece que hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, "es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido". Ese dolo, por lo tanto, puede ser igualmente un dolo anterior a la perfección del contrato, con la particularidad de que los efectos que de él se desprenden son los previstos en el artículo siguiente: una indemnización por daños y perjuicios. Obviamente, ese dolo *in contrahendo* puede ser también un dolo anterior a la celebración del contrato ya que consiste en un engaño que se causa a la otra parte mediante la utilización de palabras o maquinaciones engañosas. Por lo tanto, el dolo vicio precisa de la utilización de cualquier tipo de ardid engañoso que resulta determinante para inducir a la otra parte a celebrar un contrato. Obviamente las similitudes o, incluso, la

(40) Si bien es cierto que existen discrepantes con la Sentencia citada, también es verdad que se trata de una línea interpretativa consolidada y, me atrevería a decir, que, mayoritaria en la Jurisprudencia del TS. En el mismo sentido, entre otras muchas, vid. SSTS 16 de marzo de 1995, 20 de julio de 1998, 11 de diciembre 2000, 20 de enero de 2004 o 14 de junio de 2005: "en los negocios jurídicos criminalizados se sabe *ex ante* que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan solo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante".

superposición con el concepto de "engaño bastante" característico del delito de estafa son más que evidentes, hasta el punto de que Choclán Montalvo se refiere al engaño como el "medio típico para la inducción a la disposición patrimonial"(41). Es cierto, con independencia de los problemas de delimitación típica entre el fraude civil y el delito de estafa, que de continuar aceptándose la vía interpretativa propuesta por el Tribunal Supremo no existen criterios normativos para diferenciar entre ambos, con la particularidad de que las consecuencias de optar por una u otra vía no son intrascendentes. Añadásele a lo anterior, para complicarlo aún más, que los conflictos se resuelven de forma casuística por los Tribunales, de lo que se desprende que conductas esencialmente idénticas llevan aparejadas consecuencias jurídicas radicalmente distintas(42); conclusión que, en todo caso, además de ser cierta me parece inaceptable.

Opción interpretativa que un importante sector de la doctrina reprueba por inconsistente e, incluso, la califica de "ingenua". Es el caso de Valle Muñiz, quien ya en la introducción de su monografía afirma que, ciertamente, el engaño en la estafa precede a la defraudación, así como que es evidente que las palabras o maquinaciones insidiosas, por ser causa, "preceden al consentimiento viciado"(43). Criterio que, únicamente, sería válido para diferenciar el delito de estafa del incumplimiento contractual doloso(44), pero no para diferenciar el delito del fraude civil. Ahora bien, yendo más lejos, la conclusión de lo anterior, en que la interpretación del Tribunal Supremo atiende al momento del engaño para concluir que se trata de un dolo penal obviando con ello que el dolo civil (1269 del Cc), es también anterior o coetáneo al acto de disposición, en realidad se constituye como una presunción *iuris et de iure* acerca de la presencia de un delito de estafa para descartar con ello la posibilidad de la presencia de un dolo civil como vicio de nulidad del consentimiento.

En suma, no puede afirmarse que la diferencia entre el fraude civil y el delito de estafa resida en el momento de aparecer el dolo, ya que no existe entre ambos una diferencia sustantiva que permita delimitar cuando nos encontramos en presencia de uno u otro(45). Es indiscutible, por otro lado, que

(41) CHOCLÁN MONTALVO, J.A, *El delito de estafa.* Barcelona, 2000, p. 87.
(42) GUTIÉRREZ FRANCES, M.L. *Fraude informático y estafa,* ob. cit., p. 260. Igualmente, GARCÍA RIVAS, N., "Estructura jurisprudencial del delito de estafa (una revisión crítica de sus elementos objetivos), en *Falsedades y estafas -Análisis Jurisprudencial-* (BOIX REIG, J. Director), Madrid, 2005, p. 31.
(43) VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit., p. 19.
(44) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo.* (POZUELO PÉREZ, L., Coordinadora), Granada, 2006, p. 197.
(45) MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* T. I. Ob. cit., pp. 763-764.

el ilícito civil supone una vulneración de la buena fe contractual y que esas palabras o maquinaciones insidiosas que lo caracterizan se pueden llegar a superponer con el engaño bastante que genera el error que determina la disposición patrimonial. Por lo tanto, los criterios de diferenciación entre ambos deben ser otros.

4.2. La intensidad del engaño: el engaño bastante y el engaño cualificado

En este caso, la vía interpretativa gira en torno a la intensidad del engaño como criterio delimitador entre el fraude civil y el delito de estafa. Así, Choclán Montalvo afirma que la diferencia entre el ilícito civil y el ilícito penal es de carácter "meramente cuantitativo o de intensidad o gravedad del ataque," añadiendo que tal intensidad en el ataque hay que ponerla en relación con las posibilidades de autotutela de la víctima; esto es, no se trata de un problema de dolo, sino que precisa una delimitación objetiva que tenga en cuenta la actitud de la víctima, que será esencial para comprobar la necesidad de tutela penal(46). Se trataría, por lo tanto, de determinar la idoneidad del engaño y su capacidad para generar el error en la víctima atendiendo a la diligencia que quepa exigirle a esta en cada caso.

Consecuencia de lo anterior resulta que el engaño burdo, el engaño que no fuera bastante para producir error sería imputable a la propia víctima. Opción que, no olvidemos, tiene como punto de partida a Groizard(47), quien refiriéndose al engaño ya afirmaba que para suponer su eficacia se requerían determinadas condiciones de defensa por parte del engañado, ya que "una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de diligencia debida". (vid., en el mismo sentido, la reciente STS. 02/02/2007). Tendencia interpretativa, es verdad, que tiene un cierto reconocimiento en la Jurisprudencia donde, actualmente, no es infrecuente encontrar fallos que no consideran la existencia de un engaño *bastante* dado que –por ejemplo– el empleado de una entidad de crédito no actuó como requieren las más elementales normas de precaución impuestas con carácter general por la misma actividad bancaria: hizo un abono en cuenta de forma inmediata por la presentación de un simple talonario de cheques sin realizar ninguna confirmación previa (SSTS, 16/02/2001, 19/06/2002). Es indudable que el engañado actúa con negligencia en el caso acabado de mencionar, aunque también es verdad que algún autor señala que

(46) CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *El delito de estafa*. Ob. cit., pp. 91, 93, 95.
(47) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. T. VII. Salamanca, 1897, p. 128.

el reproche hacia la negligencia del engañado no puede llegar hasta extremos como los de que su conducta negligente excluyan la relevancia del engaño, castigándose con ello a quien es víctima del engaño y no al autor del mismo(48). No es el momento de detenerse ahora en las distintas cuestiones que se desprenden de la intensidad el engaño, esto es, de que se trate de un engaño **bastante** susceptible de integrar el ilícito penal. Ahora bien, no puedo dejar de mencionar que el punto de partida me parece extraordinariamente discutible. Dicho de otra manera, cabe preguntarse qué tiene que ver la actitud de la víctima, el que esta sea diligente o no, o sus posibilidades de autotutela para de ello inferir la distinción entre el ilícito penal y el fraude civil; y más discutible resulta si atendemos al tan cuestionado criterio del **hombre medio imaginario** víctima del engaño , (como diría Quintero Olivares: una "víctima estándar y un agresor prefigurado") o, en el mejor de los casos, a las condiciones concretas del sujeto pasivo de manera que las condiciones de la víctima serán determinantes para la imputación objetiva del hecho, lo cual "puede ser satisfactorio desde un punto de vista de justicia material pero es frontalmente incompatible con la seguridad jurídica"(49). Es más, resulta que no podemos obviar que el art. 1269 del CC establece que: "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido". Es decir, que ese dolo ha sido determinante para contratar, por lo que si no ha sido idóneo para producir el error en la víctima, no habría ni fraude civil ni tampoco estafa(50). En suma, se trata de un argumento circular que no creo válido para establecer la diferencia entre el fraude civil y el delito de estafa.

En una línea similar, Magaldi formula una propuesta que incide particularmente en lo que denomina el engaño cualificado(51) (al modo de la "manoeuvre frauduleuse" del Código francés, o al "artificio o raggiri" del Código italiano)(52), es decir, en el carácter cuantitativo del engaño para proponer los criterios de distinción entre ambos ilícitos, resaltando los siguientes aspectos: que el ataque al bien jurídico ha de ser grave y revestir una especial peligrosidad para merecer la atención del Derecho Penal (desvalor de acción); el engaño es un engaño cualificado, esto es, objetiva y subjetivamente idóneo para inducir a error al sujeto de que se trate; y, finalmente, debe ser idóneo para vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima(53). A lo anterior, desde un estricto punto de vista fáctico, se le opone el hecho de

(48) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas.* Ob. cit, p. 53 y ss, p. 72 y ss.
(49) QUINTERO OLIVARES, G. "Mitos y racionalidad en el delito de estafa..". Ob. cit., pp. 49, 54.
(50) En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario…". Ob. cit., pp. 200-201.
(51) MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., pp. 764-765.
(52) Asimismo, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal*, ob. cit., p. 33.
(53) Vid., SAP Barcelona, 9 de septiembre de 2004.

que existen engaños que pueden ser calificados como bastantes para producir error que no han precisado de especiales aportaciones o puestas en escena por parte de quien los provoca que, en una palabra, no han requerido un grado de elaboración cualificado, sino que aún y siendo, por ejemplo, afirmaciones tácitas son susceptibles de configurar el desvalor de acción preciso que configura el delito de estafa. Tratándose esa puesta en escena, como muy bien señala Dopico, no de un elemento típico necesario sino, más bien, de un elemento probatorio(54).

Las aportaciones que inciden en el engaño cualificado para delimitar el fraude civil del delito de estafa, podíamos calificarlas como una de las tesis tradicionales propuestas por la doctrina y que, ya en su momento, fue rebatida con distintos argumentos. Así, Quintano Ripollés la cuestionaba al afirmar que la entidad del engaño, "su cantidad, ha de ser medida no exactamente con cómputos cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa". Añadiendo que lo cuantitativo es irrelevante en el engaño siempre y cuando resulte idóneo al fin delictivo propuesto(55). En el mismo sentido, Valle Muñiz afirmaba que la delimitación del engaño típico debía de obedecer a "criterios normativos" entre los que cabe destacar su adecuación concreta para "mediante el preceptivo acto de disposición, dañar el patrimonio", y no recaer en la exigencia de una determinada gravedad objetiva para confirmar el injusto del delito de estafa(56).

Como he referido con anterioridad, creo que está fuera de cualquier consideración que para que una conducta sea calificada como un delito de estafa debe de tener un mayor contenido del injusto y reportar una mayor reprochabilidad que la propia del fraude civil; no obstante, los criterios de índole cuantitativo y/o cualificado del engaño son insuficientes para dirimir el conflicto.

4.3. El criterio del resultado: el perjuicio y el acto de disposición

En relación al resultado típico del delito de estafa son dos las propuestas doctrinales formuladas como criterio delimitador entre el ilícito penal y el fraude civil. La primera es la relativa a la existencia o inexistencia de un perjuicio económico ocasionado a la víctima. Al respecto, Vives Antón y González Cussac afirman que la línea divisoria entre la estafa y el ilícito civil, determinante de la nulidad del contrato, "radicará en la existencia o inexistencia de perjuicio logrado o intentado"(57). Perjuicio económico que para Martos

(54) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario". Ob. cit., pp. 199-200.
(55) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (Edición a cargo de GARCÍA VALDÉS C.), T. II, Madrid, 1977, p. 590.
(56) VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit., p. 144.
(57) VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia, 2004, pp. 479-480.

Núñez[58], puede caracterizarse como un enriquecimiento injusto que obtiene la parte que incumple la contraprestación a la que se obligó, "a cambio de la entrega de la cosa o el dinero recibido".

Se trata de un criterio diferenciador que ha sido criticado, me atrevería a decir, con inusual dureza por un sector de la doctrina. Así, Choclán Montalvo arguye que con ello se renuncia a la distinción ya que supone admitir que no es posible delimitar ambos ilícitos atendiendo al desvalor de acción, sino considerando exclusivamente el resultado y, con ello, al azar[59]. O, en un sentido similar, el propio Bajo Fernández alude al criterio diferenciador referido al perjuicio como un argumento: "con una simplificación no explicada"[60]. A ese respecto, a la exigencia o no de perjuicio económico, al analizar el dolo civil (*supra* 3), ya hice referencia a que el Código Civil –a diferencia de su exigencia en la tipificación del delito de estafa–, no requiere tal requisito, dado que lo esencial es que se haya producido un engaño que motive a la otra parte a contratar aunque, también es verdad que normalmente coincidirán ambos aspectos, esto es, el dolo como causa del contrato y un perjuicio como efecto de la celebración del contrato[61]. Piénsese, por otro lado, en la posibilidad de que se irrogue un perjuicio económico a una de las partes como consecuencia de un contrato, lo cual no lleva aparejada necesariamente su ilicitud (ya que, por ejemplo, es fruto de una operación contractual determinada que posteriormente resulta lesiva para los intereses de una de las partes que ha calculado equivocadamente los costes de fabricación y distribución de un producto) ni, desde luego, implica la presunción de la existencia de un ánimo de lucro ilícito por la parte que ha resultado beneficiada en la transacción; obviamente, sin dejar de considerar que el art. 1270 del CC contempla la indemnización por daños y perjuicios en caso de dolo civil. Razones que me llevan a concluir las dificultades de aceptar tal propuesta como criterio válido de diferenciación entre el delito de estafa y el fraude civil.

En términos parecidos, atendiendo al resultado, García Rivas entiende que el único instrumento interpretativo útil para distinguir la estafa del incumplimiento contractual "estriba en el sentido literal posible de la expresión acto de disposición", puntualizando que el acto de disposición típico de la estafa solo puede consistir en "dar o entregar algo", mientras que cuando el sujeto pasivo reivindique el impago de un "hacer", el hecho debería

(58) MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa.* Madrid, 1990, p. 135. Vid., igualmente, GALLEGO SOLER, J.I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial,* ob. cit., p. 297 y ss.

(59) CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit., p. 93. Vid., MARTOS NÚÑEZ, J.A.. Ob. cit., p. 133.

(60) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit., p. 72.

(61) Supra nota a pie de página nº 37.

resolverse por la vía civil, lo cual le lleva a concluir la atipicidad de los supuestos que consistan en una prestación de servicios dado que estos no conllevan un acto de disposición de carácter transitivo, como puede ser –añade– el caso de la estafa de hospedaje(62). Realmente me parece una propuesta sugerente aunque, todo sea dicho, no por ello susceptible de ser compartida y ya no solo por las importantes divergencias doctrinales acerca de la potencial relevancia penal del acto de disposición derivada de la prestación de un servicio que no se paga según lo previamente estipulado(63), sino que de admitirse tal hipótesis se limita el ámbito material del delito de estafa sin considerar que lo esencial en el ilícito penal es que el acto de disposición del engañado aparezca como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, "el acto de disposición debe ser capaz de causar el daño patrimonial (…) se trata de una conducta que posee eficacia real sobre el patrimonio atacado(64)". En definitiva, la conducta engañosa dirigida a obtener la prestación de un servicio remunerado al que no se tiene derecho por falta de pago que, a su vez, es bastante para inducir a error en otro que genera el acto de disposición, causa un perjuicio patrimonial y, en ese caso, es susceptible de ser calificado como un delito de estafa(65), razón por la que no puedo compartir el criterio de distinción atendiendo a que el delito de estafa se circunscribe a "dar o entregar algo", mientras que el impago de un hacer debería dirimirse en la jurisdicción civil.

4.4. La opción del concurso de leyes y el principio de especialidad

Una opción interpretativa distinta, también asumida en reiteradas resoluciones por la Jurisprudencia y sobre la que seguidamente nos detendremos hace referencia a que:

> "La línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente aparece incluida en el precepto tipificador del delito de estafa, es punible tal acción, lo que permite establecer un criterio diferenciador entre el mero incumplimiento contractual para el que el Ordenamiento Jurídico establece remedios para restablecer el derecho conculcado por los vicios civiles" (STS 27/03/2003).

(62) GARCÍA RIVAS, N., "Estructura jurisprudencial del delito de estafa…". Ob. cit., p. 31, 39.
(63) Entre otros, vid., ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa". Ob. cit., p. 50; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit., p. 49, notas a pié de página nº 81 y 82. En el mismo sentido, vid., CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit., pág, 161; VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 485, quienes expresamente afirman "ese desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate…"
(64) VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit., p. 214.
(65) MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*.. Ob. cit., p. 134.

Según lo anterior, la distinción entre el ilícito civil y el penal es una cuestión de delimitación típica. Criterio que suscribo, como veremos más adelante, pero que es necesario precisar e ir más allá de la tan socorrida fórmula de la necesidad de atender al caso en concreto para dirimir las particularidades de uno u otro ilícito; e, incluso, de la propuesta que admite que se trata de un problema de tipicidad, pero que ante el supuesto de que un mismo hecho sea susceptible de subsumirse en los preceptos de nulidad civil del contrato y los de la estafa, la solución debe de articularse a través de un concurso de leyes que, en virtud del principio de especialidad, debe de atender al Código Penal por ser ley especial; a lo que acto seguido se le añade un criterio corrector referido al necesario deber de autoprotección de la víctima, ya que si el error se debe a la "intervención responsable de la víctima no es imputable a la conducta engañosa porque el error, como resultado intermedio del delito, no es la realización del riesgo en el engaño"(66). Solución que no comparto por distintas razones. En primer lugar, porque vendría a configurar un ámbito material de la estafa excesivamente amplio que iría más allá de su esfera de protección y que contraviene el principio de última ratio(67); por otro lado, porque me parece fuera de cualquier duda que el delito de estafa encierra un mayor contenido del injusto y una mayor reprochabilidad que la propia del fraude civil que es la que únicamente legitimaría la intervención penal; y, por último, porque el elemento subjetivo del *dolo in contrahendo* reside en la intención de engañar para que la otra parte contrate, mientras que en la estafa el dolo debe de abarcar, también, el ánimo de lucro(68).

4.5. El ambiguo criterio jurisprudencial de la tipicidad penal para afirmar la presencia del ilícito penal

Finalmente, para acabar de abonar la ceremonia de confusión anterior en la que, como hemos visto, las propuestas doctrinales se suceden en orden a tratar de establecer criterios válidos de distinción entre el fraude civil y el delito de estafa (tarea a la que no es ajena la propia Jurisprudencia del TS y a lo que –todo sea dicho– esta ha contribuido con indiscutible mérito) sin que ninguno de ellos resulte convincente, no es infrecuente tampoco encontrar pronunciamientos de la Sala Segunda, alguno de ellos recientes, en los que se señala que la línea divisoria entre ambos ilícitos no es otra que el de constatar la "tipicidad". Sin embargo, lejos de analizar los

(66) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal,* ob. cit., pp. 71-72. Vid., igualmente, en cuanto a la necesidad de autotutela de la víctima y su deber de diligencia, CHOCLÁN MONTALVO, J.A, *El delito de estafa,* ob. cit., pp. 93-95.

(67) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho Penal de la construcción,* ob. cit., p. 203. Asimismo, vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., p. 765.

(68) Vid., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, ibídem.

elementos que configuran el comportamiento típico del delito se limitan genéricamente a realizar tales afirmaciones sin aportar ningún otro elemento que nos permita concretar los criterios. Obviamente, desde tal punto de vista sería constitutivo de delito la conducta del sujeto que encuentra acomodo en el precepto penal, sin que ello suponga que cualquier incumplimiento contractual signifique la vulneración del Código Penal. Una muestra de ello, por citar alguna de las más recientes, es la STS de 30 de septiembre de 2005, donde se afirma:

> "(…) Procede por ello en sede teórica recordar la teoría de los negocios jurídicos criminalizados y la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS 17.11.1997, indica que: 'la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles (...)'. En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuridicidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la 'sanción' existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira (…)". (Restaltado añadido, Vid., en el mismo sentido, SSTS 27 de marzo de 2003, o 5 de noviembre de 1998).

Afirmación con la que no se puede estar en desacuerdo so riesgo de quebrar el principio de legalidad penal. No obstante, cabe preguntarse qué nos aporta semejante aseveración: es necesaria la adecuación de una conducta a la tipicidad penal para incurrir en un delito de estafa. Creo que, con rotundidad, nada. Es más, llegados a este punto incluso puede pensarse en la esterilidad de la discusión y en la certeza de la afirmación que pronosticaba que en la práctica la conducta ilícita será calificada como estafa o como civilmente ilícita en función de la vía procesal elegida por el perjudicado, o aquella otra que sostenía que conductas esencialmente idénticas podían ser resueltas por los tribunales en uno u otro sentido en función de pronunciamientos casuísticos sin ningún criterio cierto, con las consecuencias que podrían derivarse de todo ello[69]. Sin embargo no puedo aceptar tales conclusiones que, no ignoro, tras un análisis jurisprudencial exhaustivo se ajustan a la práctica forense más de lo que sería deseable; por ello, lo que sigue es

(69) Respectivamente, VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 482; GUTIÉRREZ FRANCES, M.L. *Fraude informático y estafa,* ob. cit., p. 260.

una toma de posición realizada no con la pretensión de cerrar un tema complejo, sino de abundar en un criterio que, a mi juicio, aporta elementos para clarificar el conflicto.

4.6. Toma de posición: el ánimo de lucro como elemento clave de la distinción

A pesar de lo anterior, a mi desacuerdo respecto a lo postulado por el Tribunal Supremo en alguna de sus resoluciones respecto a que la diferencia entre el ilícito penal y el fraude civil reside en la tipicidad, la discrepancia reside no en la conclusión sino en que utiliza una aseveración genérica huérfana de cualquier argumentación complementaria respecto a los motivos que le llevan a esa solución, hasta el punto que afirmar la diferencia entre ambos ilícitos remitiéndose genéricamente a la tipicidad entiendo que no es más que una fórmula huera. No obstante, a mi juicio, es precisamente en la tipicidad donde reside el criterio de distinción. Criterio al que, por otro lado, algún sector de la doctrina alude sin determinación, mientras que Valle Muñiz lo señala como elemento determinante para la distinción entre el fraude civil y el delito de estafa.

Así, Magaldi afirma que la exigencia del ánimo de lucro en el tipo subjetivo del delito de estafa comporta que la relevancia penal de la conducta se configura a su alrededor. No obstante, añade que la delimitación entre el ilícito civil y el ilícito penal no es un problema de dolo y, ni siquiera, solo o principalmente un problema de tipo subjetivo, sino que la clave reside en la interpretación del engaño que, apostilla, no se diferencia del vicio del consentimiento definido en el art. 1269 del CC y que conforma la conducta típica[70]. Ya me he referido a ello, pero no puedo dejar de insistir en que si el engaño no se diferencia del vicio del consentimiento del art. 1269 del CC, resultará más que complejo particularizar un concepto penal de engaño válido para diferenciarlo del vicio del consentimiento. Por otro lado, Bajo Fernández admite, como hemos visto (*supra* 4.4), que se trata de un problema de tipicidad aunque su propuesta la centra en la vía del concurso de leyes y en el principio de especialidad, esto es, en los supuestos en los que un mismo supuesto sea susceptible de ser subsumido en los preceptos de nulidad civil del contrato y en los que regulan la estafa, se produce un concurso de leyes que habrá que resolver atendiendo al principio de especialidad por lo que, en todo caso, prevalecerá la norma penal, que es especial y "más rica en requisitos"[71]. A pesar de ello, el mismo autor admite que la maquinación insidiosa del art. 1269 del CC es muy similar al engaño bastante para producir error y que el Código Penal al describir el comportamiento típico del delito

(70) MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., pp. 763-764.
(71) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal,* ob. cit., pp. 70- 71.

requiere además de ánimo de lucro, elementos que por sí mismos son suficientes para ser utilizados como criterios de distinción "en la mayor parte de los casos", aunque también existen otros supuestos en los que no es posible determinar la línea divisoria entre el ilícito penal y el civil, por lo que habrá que atender al principio de especialidad del concurso de leyes(72). Propuesta que solo puedo compartir parcialmente; por razones a las que ya he hecho referencia con anterioridad, no creo que el mecanismo idóneo para la solución del conflicto sea la del concurso de leyes pero, en cambio, sí me parece que la vía idónea para la distinción es el elemento subjetivo especial del injusto que requiere el art. 248 del Código Penal que, en cambio, no se requiere en el art. 1269 del CC. Veamos por qué y para ello permítaseme sintetizar algunos aspectos de lo hasta ahora dicho.

Así, el ya tantas veces referido art. 1269 del CC estipula que "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido". Es evidente la similitud de tal previsión con la tipificación del delito de estafa en el Código Penal, hasta el punto que resulta de gran dificultad –en realidad puede que sea objetivamente imposible– la distinción entre el **engaño bastante** característico de la regulación penal de las **palabras o maquinaciones insidiosas** que inducen a celebrar un contrato, lo cual indefectiblemente produce un error. Unas palabras o maquinaciones insidiosas que pueden perfectamente ser anteriores o simultáneas a la celebración del contrato, ya que si estas no se hubieran producido con anterioridad a que este se perfeccionara la otra parte jamás hubiera llegado a suscribirlo.

Téngase en cuenta que en ese acuerdo contractual las partes convienen el pago de un precio a cambio de la prestación de un servicio o la entrega de un objeto; a la vez que, como hemos visto, no es factible circunscribir el delito a "dar o entregar algo", ya que de admitirse tal hipótesis se excluiría inexplicablemente del tipo los impagos por las prestaciones de servicios(73). Se trata, por lo tanto, de unas circunstancias perfectamente extrapolables al ámbito civil, donde el contrato se perfecciona mediante el intercambio acordado del objeto o la prestación de servicios por un precio.

Es cierto que la descripción típica del delito de estafa requiere que se ocasione a la otra parte un perjuicio económico que, ciertamente, no se requiere de forma expresa en el dolo *in contrahendo*. Y, también, es verdad que un sector doctrinal hace recaer la clave de bóveda de la distinción entre el ilícito penal y el fraude civil en que se origine un perjuicio económico a la

(72) BAJO FERNÁNDEZ, M. ibídem.
(73) Cfr., GARCÍA RIVAS, N., "Estructura jurisprudencial del delito de estafa…". Ob. cit., p. 31, 39.

otra parte[74]. Al respecto hay que convenir que el dolo vicio no requiere que se ocasione un perjuicio económico dado que lo esencial es que se produzca un engaño que motive a la otra parte a contratar, pero también es más que evidente que resulta difícil de imaginar un supuesto en el que no coincidan ambos aspectos: dolo como causa del contrato y perjuicio económico como consecuencia de su celebración (sin olvidar que al perjudicado le asisten las correspondientes acciones civiles indemnizatorias). No creo que el rechazo a esta opción deba recaer en el argumento de que con ello se prioriza el desvalor de resultado o el azar, como señala algún autor[75], sino en que objetivamente –con independencia de que el Código Civil no lo requiera– la mayoría de las hipótesis de incumplimientos contractuales civiles tienen como efecto inmediato la causación de un perjuicio económico en la otra parte como consecuencia del incumplimiento.

Llegados a este punto hay que poner de manifiesto que el único elemento que no se puede identificar como común entre ambos preceptos, entre la descripción típica del delito de estafa y el dolo vicio del consentimiento, es el ánimo de lucro que se requiere expresamente en el primero y que no se precisa en el segundo. En definitiva, el ánimo de lucro es un elemento esencial de la descripción típica del delito hasta el punto que si concurre –junto al resto de elementos que se requieren en el tipo– tiene como consecuencia la constatación del injusto; mientras que, si no está presente, el comportamiento del sujeto que engaña, esto es, de quien emplea palabras o maquinaciones insidiosas que inducen a otro a contratar, carecerá del desvalor de acción suficiente como para constituir un comportamiento penalmente relevante, aunque ello no significa su irrelevancia ni, desde luego, el que no conlleve determinadas consecuencias jurídicas (la anulabilidad del contrato celebrado y/o las acciones indemnizatorias por los daños y perjuicios, ocasionados etc.).

Como es sabido, el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales se configura como un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, de ese conocer y querer de la realización típica, que se exige en el tipo para su realización[76]. Luego, en el delito de estafa, como consecuencia del principio de legalidad, el comportamiento del sujeto no puede estar presidido únicamente por el actuar doloso inherente a este delito sino, además, por un incuestionable ánimo de lucro que en este caso se constituye como un elemento de tendencia interna trascendente, esto es, por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico, en otras palabras, que trasciende

(74) VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial,* ob. cit., pp. 479-480.
(75) CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit., p. 93.
(76) Vid., ampliamente, GUARDIOLA GARCÍA, J., "Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho Penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general", RDPP, 2001, nº 6, p. 39 y ss.

al hecho típico. Obviamente, la ausencia de ese elemento subjetivo especial del injusto que se requiere en el tipo de la estafa, implica necesariamente la atipicidad de la conducta sin perjuicio, desde luego, de que puedan activarse las correspondientes vías civiles que correspondan en cada caso.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por ánimo de lucro?(77). Al respecto, hay que señalar que la jurisprudencia no ha sido demasiado afortunada en esa tarea. En algún caso ha llegado a interpretarlo indiferenciadamente junto con el dolo(78), para en la mayoría de los supuestos diferenciarlo de este adoptando una interpretación muy amplia del concepto. Una buena muestra de ello es la reciente STS de 21 de julio de 2006:

> "No está de más recordar que el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita de apoderamiento. Este ánimo es compatible con otros propósitos, como es el caso del recurrente que asocia a ese ánimo, según manifiesta, otro de financiación de su actividad empresarial".

Como se desprende del párrafo trascrito, la interpretación que le dispensa el TS al concepto de ánimo de lucro es amplísima lo cual, de compartirse el punto de partida propuesto, tendría como consecuencia –lo veremos seguidamente– la imposibilidad de distinguir el delito de estafa de otros delitos patrimoniales(79). No obstante, téngase presente que del extracto citado parece inferirse una construcción que me atrevería a calificar como contradictoria. Así, en la primera parte se le atribuye un significado abierto en el que se contempla el beneficio, ventaja o utilidad añadiéndose, incluso, las pretensiones que impliquen cualquier satisfacción de índole personal (lúdicas,

(77) Una exposición sobre las distintas propuestas formuladas por la doctrina y la jurisprudencia puede verse en DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación,* ob. cit., p. 242 y ss. Igualmente, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M., "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago". Ob. cit., p. 359; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas.* Valencia, 1999, p. 78 y ss.

(78) Al respecto, vid. STS 2 de julio de 2002, en la que refiriéndose al ánimo de lucro se afirma lo siguiente: "Este requisito, como elemento subjetivo del injusto o dolo en el sujeto activo de la acción, según la jurisprudencia y la doctrina aparece integrado por el elemento intelectivo de conocer que se está engañando y perjudicando a otro y el volitivo de obtener una ventaja o provecho, es decir, la propia norma al definir el tipo delictivo exige expresamente el ánimo de lucro u obtención de un provecho económico como contrapartida al perjuicio al que antes nos hemos referido (…)".

(79) Vid., GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro,* ob. cit., p. 232.

contemplativas o de ulterior beneficencia), lo cual responde a la línea interpretativa tradicional del ánimo de lucro; sin embargo, a continuación se incorporan dos circunstancias que sí creo esenciales para caracterizar el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales (con la particularidad que seguidamente añadiré) como son: el que le reporte al autor un provecho o utilidad de naturaleza económica y, en segundo lugar, que se obtenga mediante una conducta de apoderamiento ilícita. Construcción que, como se puede observar es por sí mismo contradictoria, ya que es antagónico fijar los requisitos del ánimo de lucro atendiendo a cualquier ventaja –incluidas las de índole personal– para más adelante acotarlo con una ventaja, cierto, pero de índole patrimonial obtenida mediante una conducta ilícita de apoderamiento. Un apoderamiento que, en realidad, preside los delitos caracterizados por la aprehensión ilícita de la cosa y no por la defraudación característica de la estafa. Lo anterior nos lleva a una conclusión evidente, y es que la Jurisprudencia maneja indistintamente el ánimo de lucro de los delitos de apoderamiento junto al ánimo de lucro de los delitos defraudatorios. Es cierto que existen unos elementos comunes, pero también es verdad que existen unas diferencias consustanciales a los mismos, el apoderamiento y el engaño o el fraude, que no pueden ser objeto de confusión en ningún caso(80). Con independencia de lo acabado de referir, es una constante en la Jurisprudencia que se caracterice el ánimo de lucro como: "cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser necesario un lucro propio, bastando que era para beneficiar a un tercero(81)".

Una concepción del ánimo de lucro con tan desmesurado ámbito material (que abarca toda clase de ventaja, beneficio o utilidad para el sujeto o para un tercero, a modo de *animus lucri faciendi gratia*(82)), en realidad, diluye la diferencia entre el delito de estafa con otros como los de hurto, los de daños, o los usos impunes sin ánimo de apropiación. Interpretación rechazada en su

(80) Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit., p. 100, quien refiriéndose al ánimo de lucro, remite a la STS de 5 de junio de 1987, la cual, afirma: "que, aunque dictada para el hurto, es extensible a la estafa". Ahora bien, lo que en realidad resuelve la sentencia es un asunto de falsedad en documento público y estafa donde, efectivamente, se resuelve la presencia de ánimo de lucro en el proceder del acusado atendiendo al "animus lucrandi" atendiendo a lo que en la resolución se denominan delitos "contra la propiedad de expropiación seguida de apropiación, como v.g., robo, hurto, estafa o apropiación indebida".

(81) STS 22 de septiembre de 2006.

(82) SÁINZ DE ROBLES, C., "El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología* (en homenaje al Profesor J.M: Rodríguez Devesa). T. II, Madrid, 1989, p. 301.

momento por Díaz Palos[83], quien ya puso de relieve las dificultades para deslindar las referidos tipos entre sí, ya que no puede negarse, apostillaba, que quien destruye un valioso objeto de su enemigo da satisfacción a su "insano apetito (…) y consigue, por tanto, aquel lucro desorbitado que precisamente combatimos". En otras palabras, una interpretación del ánimo de lucro desprovista de la ventaja patrimonial que supone la incorporación de la cosa al patrimonio haría imposible distinguir entre el delito de hurto y el delito de daños, entre el hurto de uso impune y el hurto de uso punible. Es más, como señala Bajo Fernández[84], el concepto de ánimo de lucro al venir caracterizado por la obtención de una ventaja patrimonial debe incluir también los casos de lucro propio y ajeno, además de abarcar –en los delitos de apoderamiento–, la sustracción de cosas sustituyéndolas por otras de igual valor.

En orden a concretar qué debe entenderse por ánimo de lucro, parece fuera de cualquier duda que no es admisible la abierta interpretación jurisprudencial en la que se incluye "cualquier ventaja, beneficio, provecho o utilidad", dado que en esa fórmula podría incluirse cualquier acto de disposición sobre la cosa, incluidos los usos penalmente impunes, lo que nos abocaría a la práctica imposibilidad de deslindar cualquiera de esos comportamientos con, en este caso, el delito de estafa. Evidentemente, lo anterior supone también desterrar del concepto de ánimo de lucro esas, como las denomina el Tribunal Supremo, "pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia". En definitiva y concretando el alcance y el contenido del ánimo de lucro ya he hecho referencia a que, en primer lugar, el ánimo de lucro tiene un indiscutible contenido económico, lo cual viene a configurarse como su requisito más importante[85]. Es más, no se trata de un valor de otra índole (ya fuere moral, afectivo, etc.), sino objetivo, de contenido económico o lucrativo. Y, en segundo lugar, el ánimo de lucro ha de ser de carácter directo, en el sentido de que el lucro va conectado "a la posesión de la cosa que es objeto material del delito", mientras que cuando se trata de un lucro que no está directamente relacionado con el objeto material en sí, sino que es consecuencia de acrecentar el patrimonio como consecuencia de la "destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa", no se trata de lucro sino

(83) DÍAZ PALOS, F voz "Ánimo de lucro", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* T. II, Barcelona, 1958, pág…674; PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, ob. cit., pp. 32 y ss; Vid., igualmente, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador", ADPCP, 1961, pp. 237-238, quien trae a colación el ejemplo del coleccionista que destruye la pieza de otro para revalorizar con ello la suya que, de ese modo, deviene única.

(84) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal,* ob. cit., p. 53. Igualmente, GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro*, ob. cit., p. 233.

(85) Vid., GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto,* ob. cit., p. 131.

de efectos indirectos derivados por la afección material o física de la cosa(86). En definitiva, podemos concluir que el ánimo de lucro se caracteriza porque "persigue una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico(87)".

A la vista de lo anterior, es indudable la complejidad existente para deslindar o para establecer los límites entre el fraude civil y el delito de estafa. Es cierto también que el fraude civil, que el dolo *in contrahendo* presenta unas características que lo hacen muy similar a la actual tipificación del ilícito penal, pero también creo que, analizadas todas las variables de ambos ilícitos, el ánimo de lucro se constituye como el único elemento esencial que nos puede permitir establecer los criterios de diferenciación entre ambos, todo lo cual me lleva a rechazar la clásica interpretación jurisprudencial que hace referencia a la existencia de un dolo anterior o coetáneo a la celebración del contrato para asegurar la existencia del ilícito penal, así como la del resto de propuestas formuladas por la doctrina, incluida la etérea aseveración jurisprudencial referida a la tipicidad penal, dado que esta se limita a una simple afirmación vacía de contenido sin precisar ningún elemento que nos permita aproximarnos al núcleo del problema para ahondar en la discusión.

II. LA REINTERPRETACIÓN DEL ENGAÑO

1. Consideraciones previas

La segunda parte de este trabajo tiene como objeto otro de los elementos controvertidos en el delito de estafa con el que, al igual que en el apartado anterior, al abordarlo únicamente pretendo poner de relieve algunas consideraciones que me parecen importantes para contribuir a delimitar uno de los conceptos más complejos de este delito.

Vaya por anticipado que no voy a referirme a los tipos de engaño y, por ello, no me detendré en si pueden ser considerados engaños los juicios de valor, en la admisibilidad o no del engaño omisivo(88), en que este sea o no reconducible a los actos concluyentes o en cualquier otra clase de engaño típicamente relevante, sin perjuicio de pueda hacer alguna referencia directa o indirecta a alguno de ellos. Sin embargo, además de abordar el engaño, sí que haré hincapié en un fenómeno relativamente reciente del que han sido objeto

(86) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador". Ob. cit., p. 238. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit., p. 54; GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto,* ob. cit., p. 132.

(87) BAJO FERNÁNDEZ, M., "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago". Ob. cit., p. 369.

(88) Al respecto, vid., PÉREZ DEL VALLE, C., "El engaño omisivo en la estafa". CPCr., 1996, nº 59, p. 373 y ss.; VALLE MUÑIZ, J.M., "Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa", ADPCP, 1986, p. 863 y ss.

la inmensa mayoría de las personas que tienen una dirección de correo electrónico, me refiero al *phishing* (comúnmente *fishing*) y que, como es sabido, consiste en enviar masiva e indiscriminadamente correos –con apariencia de tener origen en una entidad bancaria y con una similitud prácticamente exacta a los veraces– solicitando en ellos que se confirmen números de tarjetas de crédito, claves o cualquier otra información confidencial que permite al receptor fraudulento de la información utilizarla subrepticiamente para disponer libremente de sus cuentas. Fenómeno, como decía, frecuente y que, a mi entender, puede suscitar controversias –que no me parecen baladíes– acerca de si tal comportamiento es o no subsumible en el delito de estafa.

2. El concepto de engaño

Una de las cuestiones sobre las que existe un cierto consenso en la doctrina es que el delito de estafa es un "delito de relación"*;* como afirma Pastor Muñoz[89]: "un delito que el autor no puede consumar sin mover a la víctima a un determinado comportamiento" o, dicho de otra manera, la situación (o relación) en la que se encuentran las partes es desigual ya que existe un conocimiento distinto de la misma por los sujetos que intervienen al encontrarse en planos distintos: el autor –quien desfigura la situación– tiene un conocimiento de la realidad del que carece el disponente quien, a su vez, se la representa equivocadamente incurriendo con ello en un riesgo de lesión patrimonial[90] . Dicho lo anterior, resulta que ese "mover a la víctima a un determinado comportamiento" suscita ya las primeras controversias, en cuanto a si con ello se **utiliza** a la víctima para disponer o si, por el contrario, se le **determina** a disponer. Es indiscutible que lo que subyace en lo anterior es si cabe afirmar que la estafa es un caso de autoría mediata tipificada por el legislador o si, en el segundo caso, se trata de un supuesto de inducción. La primera de las hipótesis tiene como uno de sus puntos de partida las tesis de Kindhäuser en Alemania[91], a lo que añade que el engaño consiste en la lesión de un **derecho a la verdad**; mientras que, la segunda, es el criterio tradicional seguido en nuestra doctrina. Con independencia de la originabilidad de la propuesta, no voy a entrar en ella ya que en este momento me

(89) PASTOR MUÑOZ, N., "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", en *¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial.* Madrid, 2003, p. 70. Igualmente, PÉREZ MANZANO, M., "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", en *Hacia un Derecho penal económico europeo.* (L.H. Tiedemann), Madrid, 1995, p. 292.

(90) CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa* . Ob. cit., p. 87; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., p. 748.

(91) En nuestro país, expresamente, PASTOR MUÑOZ, N., "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa". Ob. cit., p. 77; la misma, *La determinación del engaño típico en e l delito de estafa,* ob. cit., p. 125 y ss. Igualmente, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho Penal de la construcción,* ob. cit., p. 142.

parece una discusión que no nos aporta demasiado, otra cosa –como luego veremos– es la consideración del engaño como lesión de un **derecho a la verdad**, sobre lo que sí me detendré. En cualquier caso, lo cierto es que el Código no define qué es el engaño ni tampoco se determina que deba de reunir unas características especiales(92). Seguramente como consecuencia de lo anterior, la doctrina ha sido particularmente generosa al conceptualizarlo y, permítaseme la liberalidad, existen casi tantas definiciones de engaño como autores se han dedicado a estudiar el delito de estafa(93), –la mayoría de ellas con apenas matices distintos con respecto a otras–; por lo tanto, para no contribuir más a la atomización conceptual adoptaré como punto de partida la propuesta formulada en su día por Antón Oneca, quien afirmaba que el elemento específico de la estafa es la conducta engañosa "consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas" (94).

Sin embargo, si bien es cierto que el **engaño** se articula como el elemento típico esencial que configura la tipicidad del injusto, también es verdad que no cualquier engaño tiene la relevancia típica capaz de inducir a error al sujeto pasivo, para con ello motivar el correspondiente desplazamiento patrimonial con el consecuente perjuicio económico que le reporta. Es en la reforma de 1983 cuando se acoge un concepto restrictivo de engaño que abandona la tipificación anterior en la que este se concebía con particular amplitud –rayano en la analogía– ya que hasta entonces se adoptaba un tipo abierto en el que se hacía mención expresa a **cualquier engaño** como una de las modalidades de estafa. En efecto, a partir de entonces el ámbito típico del delito de estafa se articula alrededor del engaño, pero ya no de cualquier engaño sino que, este, ha de ser **bastante** para inducir a error al sujeto pasivo. Otra cosa distinta es dotarlo de contenido material y ponderar si ha sido idóneo, esto es, si ha tenido la entidad suficiente para originar un error en el sujeto pasivo que le motive a realizar un acto de disposición.

En este orden de consideraciones, me parece también oportuno traer a colación la reciente STS de 23 de junio de 2005 quien, entre otras muchas, lo identifica expresamente con cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y, así, lo hace extensivo "a cualquier falta de verdad o simulación, cualquiera que sea su modalidad, que le determina a realizar la entrega de una cosa, dinero o prestación, que de otra forma no hubiera realizado". Se trata, en fin, de un engaño suficiente

(92) VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial,* ob. cit., p. 476.
(93) Para muestra de ello, vid., VALLE MUÑIZ, J., *El delito de estafa*, ob. cit., p. 142, nota nº 1, quien pone de relieve la multiplicidad de –curiosas– acepciones del engaño.
(94) ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa". Ob. cit., p. 61.

(bastante), precedente o coetáneo al acto de disposición de la víctima que le ocasiona, a él o a un tercero, un perjuicio patrimonial que consiste en la entrega de una cosa o en la prestación de un servicio por el que no obtiene la contraprestación acordada. Ahora bien, como se puede observar de la cita transcrita en ella se asume parcialmente la propuesta por Antón Oneca aunque con matices, ya que el TS hace referencia a "cualquier falta de verdad", cuando, en realidad, la simple mentira por sí misma no es constitutiva de delito, sino que lo penalmente relevante es la "incongruencia entre la realidad y lo que expresa el autor", no entre lo que se piensa y se dice(95).

Lo dicho hasta ahora acerca del concepto de engaño debe de situarse en el contexto que le corresponde, esto es, no se trata de determinar si un comportamiento engañoso se adecua a un concepto previamente determinado y, en consecuencia, si concurren el resto de los elementos del injusto pueda ser calificado como constitutivo de un delito de estafa; lo que se pretende con ello es establecer unos criterios de restricción de la conducta típica que, en un caso, parten de delimitar el concepto de engaño o, por el contrario, delimitar la conducta típica a través de criterios de imputación objetiva, como es nuestro caso.

3. El engaño bastante

Como anticipaba, a diferencia de lo previsto en el Código Penal anterior a la reforma de 1983, no cualquier engaño es suficiente o idóneo para determinar el error en el sujeto pasivo. Al respecto, las propuestas doctrinales y la evolución jurisprudencial han sido más que notables, por lo que me referiré a las particularidades más significativas de algunas de ellas.

a) En primer lugar, con relación a la entidad del engaño y a su idoneidad o suficiencia para producir el error en la víctima una línea interpretativa, me atrevería calificar como mayoritaria hasta hace no demasiado tiempo, viene caracterizada por la necesidad de acudir a un criterio mixto, **objetivo-subjetivo**. Así, se afirma que se ha de atender a un doble módulo para determinar la eficacia del engaño. En ese caso, desde un punto de vista objetivo "debe ser valorado como bastante para producir error aquella maquinación engañosa que adopte apariencias de veracidad y de realidad creíble por la media de las personas"; para, a la vez, subjetivamente, considerar el principio de buena fe y las condiciones personales del engañado,

(95) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal,* ob. cit., p. 32. Igualmente, ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa". Ob. cit., p. 61, quien afirma: "la mentira no es, pues, un delito…lo que la ley proscribe es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas, la organización de ardides…"; SILVA SÁNCHEZ, J., "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal", en *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica.* Madrid, 1999, p. 87 y ss.

"que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable, lo que significa que la condición de bastante se debe valorar intuito personae" (STS 24/04/2002)(96).

b) A pesar de esa referencia formal a la necesidad de atender a un doble módulo objetivo-subjetivo, el primero en relación a una puesta en escena fingida que no responde a la verdad y, en segundo lugar, al engañado para atender entonces a sus condiciones personales, como se afirma, a una valoración *intuito personae,* resulta que la determinación de la eficacia del engaño recae en el elemento subjetivo ya que en ese caso resultan determinantes la buena fe de la víctima y sus condiciones personales. En esta mima línea se han manifestado algunas resoluciones del TS al asumir expresamente que se ha adoptado una teoría subjetiva "que propugna la idoneidad del engaño en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño"(STS 12/05/2005), o cuando se afirma "es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa" (STS de 24/04/2002); señalándose únicamente como excepción a lo anterior hasta el punto de permitir exonerar de responsabilidad al sujeto activo del engaño cuando el "engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una inteligencia mínima o cuidado" (STS 11/07/2000)(97).

Tendencia interpretativa que, ciertamente, es coetánea a otras resoluciones de signo opuesto pero que parece poner de relieve una cierta involución con respecto a criterios anteriores y antagónicos con lo, en su día, postulado por Groizard, al que ya me he referido con anterioridad (supra, A. 4.2) pero a quien no puedo evitar una nueva referencia en cuanto a que: "una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosa, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de diligencia debida". En efecto, esa falta de perspicacia es lo que parece que el Tribunal Supremo protege en algunas de sus Sentencias hasta unos extremos difíciles de entender que, más bien, atienden a criterios de justicia material y que en absoluto se compadecen con la idoneidad de un engaño bastante. Valga como muestra de ello las siguientes:

(96) Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit., p. 48 y ss. Igualmente, ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, ob. cit., p. 27.

(97) Al respecto, vid., CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa* . Ob. cit., p. 135, quien advierte de la creciente subjetivización jurisprudencial con respecto al engaño: "la suficiencia del engaño deberá ponderarse con un criterio subjetivo y concreto –atendiendo a la personalidad del sujeto pasivo y a las circunstancias fácticas concurrentes- y no a un criterio objetivo y abstracto" (STS 24/03/1999).

> "Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la victima, hay tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones" (STS. 11/07/2000)
>
> "En el caso de las tarjetas de crédito la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio, sino que habrá que distinguir en cada supuesto. Es un hecho notorio de la realidad que no siempre se exige la identificación documental de quien paga con tarjeta, por ser –como reconocen los recurrentes en su recurso– <poco comercial>" (STS. 04/12/2000).
>
> "(…) las relaciones entre la entidad perjudicada y sus clientes estaba presidida por una desusada confianza que el acusado conocía y de la que dolosamente se aprovechó, siendo esta concreta situación la que explica que el ardid utilizado por aquel resultas, en el caso enjuiciado por la sentencia recurrida, un engaño bastante para inducir a error a los poco avispados empleados de la Caja perjudicada" (STS. 05/07/2001).

Tras una nueva lectura de las resoluciones que acabo de extractar me asaltan las dudas de si las mismas no se refieren a hechos que, en realidad y utilizando la terminología del propio Tribunal, se corresponden con esas situaciones fácticas **burdas, groseras o esperpénticas** que, a mi entender, no se compadecen con un concepto normativo de engaño **bastante**, sino que más bien se adecuan al **cualquier engaño** previo a la reforma de 1983[(98)]. Todo ello descartando de inicio que los hechos objeto de las Sentencias cuestionadas tengan relación alguna con las denominadas **mentiras permitidas o los engaños aceptados socialmente**[(99)], esto es, afirmaciones falsas que se permiten en el tráfico jurídico. No obstante, en directa relación con lo dicho al inicio, si partimos de la premisa de que la estafa es un delito de relación, "no habrá sanción cuando la inveracidad habría podido ser descubierta sin especiales dificultades por el sujeto pasivo"; es más, en caso de duda en cuanto a la veracidad de las manifestaciones de su interlocutor o, incluso, cuando

(98) La doctrina es, en general, crítica con este tipo de resoluciones al entender que el engañado no ha hecho uso de los mecanismos de protección que le son exigibles. No obstante, en un sentido similar a las resoluciones citadas, vid., PEDRAZZI, C., *Inganno ed error nei delitti contro il patrimonio*. Milano, 1955, pp. 232-253, con abundante bibliografía en el mismo sentido.

(99) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit., p. 75.

"los deberes de diligencia del sujeto pasivo, derivados de la posición ocupada por este en el tráfico", le demandan aclarar la apariencia de veracidad y con ello salir de su error(100).

c) Una interesante opción distinta a las anteriores, que en nuestro país tiene como exponente principal a Pastor Muñoz(101), propone normativizar el concepto de *engaño* a través de articular el núcleo del comportamiento típico de la estafa como una **infracción del deber de veracidad** (Kindhäuser, Pawlik)*;* por lo tanto, la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, a la vez que el desplazamiento de la responsabilidad hacia el autor del engaño viene fundamentado por la infracción de sus deberes de veracidad con respecto a la víctima. Ahora bien, el **derecho a la verdad** no se instituye como el objeto de protección del tipo sino que expresa una cuestión normativa de saber qué informaciones debía de conocer la víctima antes de tomar la decisión de realizar la disposición patrimonial, y qué informaciones le debían ser proporcionadas por el autor del engaño. En otras palabras, se deben precisar qué informaciones relativas al hecho debían ser averiguadas por la víctima y cuáles debían ser facilitadas por el sujeto activo(102).

Se trata de una tesis que ha encontrado acomodo puntual en alguna resolución del TS:

> "En la moderna doctrina de la estafa esta noción de engaño es consecuencia que se deduce de la concepción de este delito como un delito que protege el patrimonio a través de la libertad de disponer de él. Desde este punto de vista toda infracción del deber de informar sobre un punto esencial para la decisión jurídico-negocial del sujeto pasivo es bastante a los efectos del tipo del art. 248 CP" (STS 14/07/2004, subrayado añadido).

(100) SILVA SÁNCHEZ, J., "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal". Ob. cit., pp. 99-100. En un contexto distinto, refiriéndose a la posibilidad de la admisibilidad de la comisión por omisión en el delito de estafa, MAGALDI realiza la siguiente afirmación (que suscribo completamente, y que creo que son perfectamente extrapolables a este supuesto): "…pienso que tal entendimiento responde al actual modelo de Estado (protector y paternalista) que reduce al ciudadano a un eterno menor de edad objeto de protección en determinadas esferas (a efectos de que no devenga ciudadano adulto, responsable y pensante)…" . Vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., p. 749.

(101) PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, ob. cit., p. 133 y ss, p. 217 y ss.; la misma, "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa". Ob. cit., p. 80 y ss; la misma, "Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003", ADPCP, 2003, p. 565 y ss. Asimismo, parece adscribirse al mismo criterio, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho penal de la construcción,* ob. cit., p. 145.

(102) PASTOR MUÑOZ, N. "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa". Ob. cit., p. 84.

Ahora bien, las propuestas relativas al deber de veracidad que le incumbe a una de las partes, así como el correlativo derecho a la verdad que le corresponde al potencial disponente no son, precisamente, novedosas sino que, con distintos matices, tienen su origen en el S. XIX en Alemania(103), además de firmes partidarios con posterioridad en Italia(104). Sin embargo, la doctrina española se muestra poco receptiva a este criterio. Entre otros, Magaldi afirma que no existe un deber de garantía derivado de la buena fe en el tráfico o de la lealtad contractual cuya infracción sea penalmente sancionable(105); y, en el mismo sentido, Vives-González Cussac, niegan que la buena fe o las relaciones fiduciarias formen parte del objeto de protección en el delito de estafa(106). Asimismo, Bajo Fernández advierte que si lo tutelado es la buena fe en el tráfico, la consumación tendría lugar en el momento en el que tiene lugar el engaño, ya que es este el que lesiona la buena fe y, por lo tanto, no se debería de atender a la causación del perjuicio patrimonial que es lo que, en realidad, lesiona el patrimonio de la víctima(107).

Al margen de las reflexiones acabadas de mencionar, creo que se pueden formular otras consideraciones igualmente fundadas para no compartir esta opción. A mi entender, se trata de un planteamiento muy próximo a la protección de la buena fe en el tráfico jurídico, así como su exigencia en la interpretación de los contratos (arts. 7.1 y 1258 Cc). A este respecto, se afirma que la buena fe a que se refiere la norma (art. 7) "es la exigencia de una corrección en la conducta…una regla de conducta debida"(108); a la vez que en el caso del art. 1258 se entiende que es una consecuencia del principio general de buena fe en el desarrollo "de las relaciones de todas clases y del deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico"(109). Por lo tanto, su ausencia, o el que el engaño implique la existencia de mala fe supone ciertamente la ilicitud contractual, pero en ese caso no se trata de una ilicitud penal, sino civil, por lo que la vía adecuada para impugnar esa situación son las que se desprenden de la existencia de dolo como

(103) PASTOR MUÑOZ, N. ob. cit., p. 83, notas a pié de p. nº 53 y 55.
(104) PEDRAZZI, C., *Inganno ed error nei delitti contro il patrimonio,* ob. cit., p. 205 y ss.
(105) MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., p. 749.
(106) Entre otros, vid., VIVES ANTÓN, T.S. –GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 476. Igualmente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit., p. 32.
(107) BAJO FERNÁNDEZ, M., "El delito de estafa", en *Comentarios a la legislación penal*. Madrid, T. V., Vol 2º, p. 1161.
(108) CARRASCO PEREA, A., en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coordinador), Pamplona, 2001, p. 48.
(109) CAVALLÉ RUÍZ, A., en *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones y Contratos.* T. III, Vol. 2º, ob. cit., p. 239. Igualmente, vid., DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español.* Barcelona, 1965, p. 124 y ss.

vicio del consentimiento[110]. Por otro lado, creo que al introducir ese doble parámetro acerca de qué es lo que el sujeto debía de conocer, esto es, qué es aquello sobre lo que la víctima del engaño se debía de haber informado antes de realizar la disposición patrimonial y cuál es la información que el sujeto activo, el autor del engaño, le debía de haber proporcionado, se retorna indirectamente al doble criterio objetivo-subjetivo que ha prevalecido como criterio mayoritario de la doctrina para determinar el alcance **bastante** del engaño (vid., STS 11/07/2000, en la que al referirse al **modulo subjetivo** expresamente se refiere al principio de la buena fe).

4. Engaño bastante e imputación objetiva

Como he referido unas páginas atrás, lo que en realidad se dirime en la discusión de la delimitación típica del injusto no es solo el hecho de dotar de contenido material al engaño a partir de conceptualizaciones más o menos afortunadas, sino que la restricción de la conducta típica ha de atender a los criterios normativos de la imputación objetiva, tal y como ocurre en los delitos de resultado –es el caso del delito de estafa[111]–. Ahora bien, para ello no ha de atenderse únicamente a la producción de ese resultado que implica la lesión patrimonial, sino que **hay que considerar el cómo se llega a producir el resultado.**

En definitiva, si partimos del criterio de que no todo engaño es idóneo para provocar el error en el sujeto pasivo, esto es de que no todo engaño es por sí mismo típico, resulta que para valorar su idoneidad es imprescindible establecer la existencia de una relación de causalidad entre este y el error. Como anteriormente he mencionado citando jurisprudencia del TS, se trata de un juicio cuya eficacia no debe ser ponderada *ex post*, en ese caso se trataría de criterios de efectividad, sino de un juicio que debe ponderarse en abstracto, *ex ante*, donde se atienda a las particularidades concretas de la acción en atención a la capacidad o a la idoneidad potencial del engaño en relación a los criterios de experiencia, de idoneidad del medio empleado y de probabilidad (vid., entre otras, SSTS, 20/12/2005 y 16/02/2002). En definitiva, el nexo causal entre el **engaño bastante** y el error del sujeto pasivo se ha de establecer a partir de criterios de imputación objetiva en cuanto nos permitirán determinar la doble relevancia del engaño, por un lado en

(110) Vid., VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit., p. 172.

(111) Ampliamente, vid., PÉREZ MANZANO, M., "Acerca de la imputación objetiva en la estafa". Ob. cit., pp. 285 y ss. Asimismo, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El delito de estafa* . Ob. cit., p. 120; ORTIZ NAVARRO, J.F., "La conducta en el delito de estafa". En: *Estafas y falsedades,* ob. cit., p. 72 y ss; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*. Ob. cit., p. 164 y ss.

relación a la existencia de la relación de causalidad entre engaño y la disposición patrimonial y, por otro lado, acerca de la imputación del resultado al autor del engaño.

En sede de imputación objetiva(112), el primero de los criterios a considerar es el **ámbito (social) de protección de la norma**, esto es, el ámbito en el que se produce el engaño y el correspondiente error que motiva el acto de disposición. Situación en la que es preciso diferenciar dos ámbitos distintos en los que confluyen escenarios diversos. Así, cuando el patrimonio de la víctima potencial del engaño discurre en el seno de las actividades mercantiles, comerciales, de mercado, etc., es indudable que se encuentra sometido a factores plurales y si bien es cierto que la práctica o los usos mercantiles están también presididos por principios de confianza y buena fe, (STS 15.02.2005), por ello –a pesar de las fluctuaciones de las condiciones que tienen lugar en el ámbito mercantil– existirá un **engaño bastante** cuando se produzca un **aumento del riesgo** que sea mayor al habitual, esto es, un riesgo jurídicamente desaprobado por ser superior a lo permitido; o, dicho de otra forma, cuando en esos procedimientos se origine un peligro jurídicamente relevante o de mayor entidad al habitual en los usos o las prácticas comerciales usuales del sector en el que se llevan a cabo. Por el contrario, cuando el ámbito social es el estrictamente privado, lejos así de las incertidumbres o de los desajustes del mercado, donde los riesgos propios de la actividad de la libre competencia no concurren, el engaño será penalmente relevante cuando este implique la **creación de un riesgo** para los intereses del sujeto potencialmente víctima del engaño (no el aumento del riesgo como en el caso anterior). En suma, el criterio determinante para inferir que el **engaño es penalmente relevante** es el aumento o la creación del riesgo en función de cuál es el ámbito social en el que se desarrollan las actividades del sujeto pasivo.

Naturalmente, en este contexto de aumento o de creación del riesgo es un factor determinante el papel de la víctima del delito en cuanto a la necesidad (cuando no exigencia) de activar previamente los mecanismos de autoprotección. Creo que se debe enfatizar en que no todo engaño es bastante para ocasionar el error en la víctima, de ser así cualquier conducta engañosa sería constitutiva de un delito de estafa; por otro lado, está fuera de cualquier duda que debe exigirse al sujeto pasivo un deber de diligencia razonable, esto es, el sujeto debe asumir un nivel de diligencia estándar en el ámbito de las relación social en el que desarrolla su actividad. No se trata de que a la víctima se le requieran unos deberes que vayan más allá de los acostumbrados en el contexto en el que desarrolla su actividad, pero sí

(112) Vid., BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal.* Ob. cit., p. 38 y ss.

los exigibles en el ámbito social y cultural en el que se desenvuelve. Consecuencia lógica de lo anterior es que la víctima debe de obrar diligentemente según los usos generales de protección en cada contexto. En sentido contrario, si el sujeto ha asumido un riesgo excesivo la relación de casualidad queda excluida. Ahora bien, a la vez, es imprescindible que se atienda a las condiciones personales del engañado para concretar el nivel de diligencia exigible; así, no es lo mismo una víctima que habitualmente desarrolle su actividad profesional en un determinado ámbito social, que otro sujeto en una situación similar que desconoce las prácticas de aquella, de manera que lo niveles de diligencia requeridos a uno u otro individuo serán distintos en cada situación.

No obstante, las oscilaciones jurisprudenciales –tal y como hemos visto (supra B.3.b)–, en cuanto al nivel de diligencia exigible al sujeto pasivo van más allá de lo imaginable. Una simple ojeada a los repertorios de jurisprudencia pone de manifiesto cómo se suceden los fallos con carácter contradictorio a pesar de que, actualmente, existe una preocupante tendencia hacia la subjetivización y con ello a dotar de una relevancia –prácticamente en exclusiva– al desvalor de resultado(113).

Además de lo anterior, de que el comportamiento del sujeto activo ha supuesto un aumento o ha creado un riesgo penalmente relevante que va más allá de lo permitido en el ámbito profesional o social que le corresponde a la víctima, hay que dirimir si este es idóneo para producir el resultado. Así, permítaseme insistir de nuevo en una circunstancia que ya he mencionado: para determinar la idoneidad o la suficiencia del engaño se debe realizar un juicio *ex ante* desde la perspectiva de un observador estándar e imparcial sobre la conducta del engañado atendiendo a su diligencia, así como a los deberes de autoprotección exigibles en función de sus circunstancias personales y del peligro al que se encontraba sometido su patrimonio. En otras palabras, un engaño puede no ser idóneo en función del fin de protección de la norma, ya que esta no protege en todo caso al engañado cuando no actuó con la diligencia que le era exigible cuando, a la vez, tenía la posibilidad de conducirse de forma distinta.

En definitiva, es indiscutible que el delito de estafa requiere la producción de un resultado material, el perjuicio patrimonial, que consiste en la lesión del bien jurídico –el patrimonio del disponente–. Ahora bien, no se trata únicamente de que se constate ese perjuicio económico, sino que debe de tenderse también a cómo se produce(114).

(113) PÉREZ MANZANO, M.. Ob. cit., p. 302.
(114) GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro,* ob. cit., pp. 198-200.

5. Excurso: *Phishing,* engaño e imputación objetiva

Como decía al inicio de este apartado, el *phishing* es un fenómeno muy extendido del que son sujetos pasivos potenciales la inmensa mayoría de los usuarios de una cuenta de correo electrónico, a quienes mediante un mensaje se les solicita que confirmen sus datos personales así como sus números de cuenta o claves de tarjetas de crédito o de débito, con el fin aparente de corroborarlas con los datos que presuntamente obran en poder de la entidad que en apariencia los solicita aunque, lejos de ser realmente así, más tarde son utilizados subrepticiamente por quien los demanda. Práctica, como digo, extraordinariamente frecuente y en la que a pesar de las llamadas de alerta por parte de los medios de comunicación, así como de las propias entidades bancarias en las que denuncian tales hechos, además de advertir que el correo electrónico no es la vía usual que estas emplean para demandar datos de esa índole, resulta que un número indeterminado de personas facilitan la información y más tarde son víctimas del vaciado de sus cuentas o del doblado de sus tarjetas. ¿Se trata de un delito de estafa? Vaya por adelantado, una vez más, que con lo que sigue no pretendo dar una respuesta inequívoca a lo planteado sino, simplemente, hacerme eco de una situación de las que todos hemos sido (o somos) sujetos potenciales y sobre la que en este momento no me consta que haya demasiadas reflexiones doctrinales específicas al respecto(115), además de anticipar que no es posible establecer reglas generales para dirimir la infinidad de problemas dogmáticos que se plantean. No se trata, por otro lado, de una situación sencilla de dirimir y, desde luego, admite distintas soluciones en función de cuál sea el punto de vista adoptado en relación al criterio de delimitación típica adoptado en relación al injusto de estafa.

En primer lugar, si atendemos a la restricción de la tipicidad delimitando el concepto de engaño y con ello a su idoneidad para producir el error en el disponente y, además, asumimos como punto de partida un criterio subjetivo que, como hemos visto, es el que adopta el Tribunal Supremo en más resoluciones de las que sería deseable, se podría concluir sin demasiadas dificultades que se trata de un engaño penalmente típico dado que provoca un error en la víctima que le conduce a facilitar determinados datos sensibles cuya utilización subrepticia le produce un indudable perjuicio económico. Criterio de

(115) Vid., CRUZ DE PABLO, J.A., *Derecho Penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos.* Madrid, 2006, pp. 40 y ss; DESTITO,V.S.-DEZZANI, G.-SANTORIELLO, C., *Il diritto penale delle nuove tecnologie.* Milano, 2007, p. 71; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet.* Oviedo, 2007, pp. 29, 41. Desde ámbitos distintos, entre otros, vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal". En: *Derecho Penal económico.* Manuales de Formación continuada, nº 14. Madrid, 2001; AAVV. *Internet y Derecho Penal.* Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, pássim. MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho Penal. Hacking y otras conductas ilícitas en la red.* Pamplona, 1999, passim.

indudable justicia material que, como hemos dicho con anterioridad, atiende fundamentalmente al desvalor de resultado sin tener en consideración la entidad del desvalor de acto en el comportamiento pretendidamente típico y que, a mi entender, se basa en estrictos criterios de prevención general. En este sentido, permítaseme volver a reproducir un extracto que ya he citado de una resolución del Tribunal Supremo que, en este caso, es perfectamente ilustrativa:

> "Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, hay tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones" (STS 11/07/2000).

Un criterio distinto en orden a establecer la idoneidad del engaño es el denominado *mixto u objetivo-subjetivo*, en virtud del cual un engaño idóneo o bastante debe ser adecuado, eficaz o suficiente para producir un error esencial en otro, en el sujeto pasivo. Por lo tanto, la acción engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente. Se añade a lo anterior que "el engaño calificado de 'bastante' (…) debe atemperarse a las circunstancias del caso, considerando parámetros objetivos como subjetivos" (Entre otras, STS 23/06/2005, 14/05/2001).

Evidentemente no voy a referirme al engaño antecedente o precedente (supra A.4.1), pero sí me interesa destacar en este momento que el engaño objetivo posee en sí mismo, como señala Magaldi, "una entidad suficiente para inducir a error a cualquier ciudadano medio situado en la misma posición del sujeto al que se dirige". Se trata, añade la citada autora, de un engaño que crea una apariencia de realidad que con una probabilidad rayana en la certeza no es susceptible de ser advertida por el ciudadano medio. En otras palabras, es un engaño objetivamente idóneo –necesario pero no suficiente– para afirmar su relevancia típica, lo cual se confirmará posteriormente cuando se lleve a cabo el juicio de idoneidad subjetiva, esto es, en el caso concreto y para el sujeto determinado a quien se dirigió. Ahora bien, el juicio de idoneidad subjetiva debe responder a criterios igualmente objetivos y, por ello, al cumplimiento de los deberes de diligencia que son exigibles para salvaguardar su patrimonio[116].

(116) MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I.. Ob. cit., pp. 751-753.

A mi entender, si trasladamos esos parámetros al supuesto objeto de reflexión las conclusiones podrían ser distintas a las anteriores. Esto es, si adoptamos un criterio mixto objetivo subjetivo y atendemos, en primer lugar, a la idoneidad del engaño y a esa probabilidad rayana en la certeza de que este no sea susceptible de ser advertido por el ciudadano medio, para lo cual el juicio de peligrosidad se efectúa sin atender a la capacidad personal del sujeto, sino desde una perspectiva *ex ante,* parecería que admitiría (creo que bastantes) dudas el hecho de que la solicitud de determinada información sensible, relacionada con los datos bancarios de la víctima potencial no es una demanda que tenga origen en su entidad crediticia sino que obedece a las pretensiones espurias de terceros. Por lo tanto, creo que no se trataría de un engaño idóneo, relevante y adecuado para ser calificado como bastante. Es más, a efectos puramente dialécticos, si llegáramos a admitir la posibilidad contraria, esto es, su idoneidad para inducir a error, resta todavía determinar la idoneidad subjetiva del engaño en relación al sujeto a quien se dirige, esto es, habrá que atender a las circunstancias personales del sujeto en concreto y si, por otro lado, ha tenido o cumplido con los deberes de diligencia que le serían exigibles –que, es cierto, no son homogéneos o comunes sino que deben valorarse *intuito personae*–. Ahora bien, cabe preguntarse si sería exigible que este adoptara alguna medida de autoprotección que no fueran más allá de lo razonable como, por ejemplo, contactar con su entidad bancaria y confirmar que efectivamente es ella quien le solicita que confirme la información de la que ya dispone. Creo por lo tanto, volviendo a utilizar una fórmula potencial, que a la luz de este criterio mixto objetivo subjetivo la conclusión acerca de la idoneidad del engaño, podría ser distinta a la que se infiere de una fórmula subjetiva.

Por último, hemos visto como la restricción de la conducta típica en el delito de estafa es factible plantearla desde los criterios normativos de la imputación objetiva[117], para lo cual no se ha de partir exclusivamente de la producción del resultado que implica la lesión patrimonial, sino que hay que considerar el cómo llega a producirse. Así, si atendemos brevemente a los criterios de imputación objetiva resulta que, en primer lugar, hay que dirimir si la acción (el engaño) ha creado un riesgo típicamente relevante; para dirimirlo, esto es, para normativizar la adecuación del engaño, la doctrina española utiliza los módulos objetivos y subjetivos que hemos visto con anterioridad, y que no vamos a reiterar. En segundo lugar, se debe atender al fin de protección de la norma y con ello, desde luego, a la posibilidad de un incremento del riesgo derivado de la conducta del disponente, para lo cual adquiere una especial relevancia la adopción de medidas de

(117) PÉREZ MANZANO, M., "Acerca de la imputación objetiva en la estafa". Ob. cit., p. 292 y ss.

autoprotección por la víctima frente a las conductas potencialmente engañosas de terceros. Y, finalmente, se debe atender al fin de protección de la norma en el delito de estafa.

Efectivamente, además del enjuiciamiento de la adecuación del engaño y con ello la posibilidad de que haya creado un riesgo típicamente relevante, a mi parecer tiene aquí una importancia capital las medidas de autoprotección adoptadas por la víctima del engaño. A este respecto, un sector de la doctrina –de cuyas tesis participo– pone especial énfasis en aquellos casos en los que la conducta negligente de la víctima puede influir en el enjuiciamiento de la idoneidad objetiva del engaño(118), y, yendo más lejos, Choclán Montalvo concluye que en los casos en los que el disponente incumplió los deberes de protección que le son exigibles no hay necesidad de pena –dado que la prevención de la lesión del bien jurídico está en manos de su titular–, además de afirmar que no merece la protección del Derecho Penal la víctima que no se ha comportado de forma responsable en el cuidado de los bienes jurídicos de los que es titular(119). En este contexto me parece oportuno volver a traer a colación una afirmación que ya he recogido de Magaldi (supra nota a pie de página nº 100), en la que afirma lo siguiente: "(…) pienso que tal entendimiento responde al actual modelo de Estado (protector y paternalista) que reduce al ciudadano a un eterno menor de edad objeto de protección en determinadas esferas (a efectos de que no devenga ciudadano adulto, responsable y pensante).

Una situación distinta a la anterior son aquellos supuestos en los que la víctima alberga dudas acerca de la verosimilitud de lo pretendido por el autor, esto es, la solicitud de información relativa a sus datos bancarios. Como señala García Mosquera, el contexto es otro ya que la tesitura reside en decidir si esas dudas pueden reconducirse a los supuestos de error(120), para lo cual la mayoría de la doctrina apunta a la necesidad de acudir al criterio del nivel de diligencia exigible a la víctima en la protección de su patrimonio para, con ello, suscitarse todas las dudas con respecto a la exigencia de criterios que permitan atribuir la imputación objetiva del resultado dada la negligencia extrema del disponente(121).

(118) PÉREZ MANZANO, M.. Ob. cit., p. 296.

(119) CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit., pp. 109-111. Asimismo, vid. Nota a pie de página nº 100. Vid., manifiestamente en contra, DOPICO GÓMEZ ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario". Ob. cit., p. 157 donde rechaza los argumentos victimo dogmáticos que acabamos de referir.

(120) Vid., GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Función y contenido del error en el delito de estafa", ADPCP, 1985, p. 339 y ss. Igualmente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., "La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa". CPCr., 1993, nº 50, p. 529 y ss. Igualmente, vid., SILVA SÁNCHEZ, J., "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal". Ob. cit., pp. 99-100.

(121) Por todos, GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro,* ob. cit., pp. 202-204.

En definitiva, no puedo concluir de otra forma que no sea el volver a reiterar lo dicho al inicio, y es que lo anterior son solo unas breves reflexiones sobre el *phishing* y su idoneidad o, en su caso, el cuestionamiento de que pueda dar lugar a un engaño bastante susceptible de integrar el núcleo del injusto típico del delito de estafa. Fenómeno que, sin duda, merece un estudio en mayor profundidad que lo aquí simplemente esbozado, y no solo de ello, sino, de otras cuestiones capitales como la ley penal aplicable (algunos de estos mensajes se emiten a través de servidores situados en el extranjero), los problemas que se plantean en sede de formas imperfectas de ejecución o, y no por ser el último en enunciarse el menos importante, si realmente es posible argumentar en estos casos de *phishing* la existencia de un acto de disposición patrimonial realizado por la víctima cuando, este, se ha limitado a facilitar sus claves bancarias.

Korkengelder y otras medidas de promoción de venta desde la perspectiva del Derecho de la competencia alemán(*)

Rudolf RENGIER
(Alemania)

I

El *Korkengeld-Fall* RGSt 48, 291 del año 1914 forma parte de los casos clásicos en el Derecho de la competencia punitivo y civil alemán. Se trata de la constelación triangular de que un distribuidor en su calidad de vendedor ofrezca y conceda incentivos económicos a los empleados del comprador –a quien, según su papel respectivo, a continuación se le denomina empresario, titular de la empresa, comitente, patrón o principal– para promocionar la venta de un producto estandarizado, y todo esto con aprobación del empresario comprador. En este juicio histórico, el distribuidor concedía una "gratificación" de 35 peniques a los camareros de restaurantes por botella de champaña vendida a cambio de la entrega de los corchos correspondientes. El Tribunal Supremo del Imperio Alemán (*Reichsgericht*) tenía que pronunciarse sobre la cuestión si, a pesar del consentimiento del comitente, el distribuidor había cometido el delito del antiguo parágrafo 12 de la Ley de la Competencia Desleal alemana (UWG). El Tribunal contestó afirmativamente fundamentando su sentencia en el hecho de que la norma tenía por objeto tutelar la competencia:

> "Por este motivo, también está incluido en la norma (...) el supuesto de que se induzca al empleado a que este influya en la clientela de su comitente con el fin de que, en caso de compra, prefieran ciertos

(*) Traducido del alemán por Thomas Wostry.

productos, y que con esto se consiga indirectamente que su comitente se surta de más productos del competidor desleal."[1]

Como es sabido, la Ley de Lucha contra la Corrupción de 13 de agosto de 1997 (KorrBekG)[2] ha trasladado el tipo del antiguo § 12 de la UWG ("Cohecho de Empleados") al Código Penal alemán, dando vida al actual § 299 StGB ("Corrupción activa y pasiva en el tráfico económico"), "en cuanto al contenido casi inalterado"[3]. Ahora como antes, la sentencia RGSt 48, 291 en la mayor parte de la literatura jurídica-penal es considerada correcta y por lo tanto ahora subsumida en el § 299 StGB. Tiedeman y la opinión mayoritaria, por ello, lo atribuyen al hecho de que el principal no puede disponer del bien jurídico, de la lealtad en la competencia, que en primer lugar tutela el § 299 StGB[4].

No había falta de objeciones a la jurisprudencia fundada en la *Korkengeld-Entscheidung* que, por supuesto, no ha podido fraguar. Sin embargo, la categoría –a la que Wassermann atribuyó el término "entschleierte Schmiergelder" (sobornos revelados)[5]– requiere comprobación crítica, habida cuenta de las reformas recientes del Derecho de lealtad y de un modelo de consumidor cambiado.

II

El debate inical intenso sobre los sobornos –no "velados" sino– "descarados" tuvo lugar en los años treinta. Después de que Wassermann hubiera iniciado la discusión[6], al principio se preguntó críticamente por qué, en el fondo, habían sidos condenados los empleados y no el patrón ya que, en primer lugar, debería hacerse responsable al patrón[7]. Según Winkelbauer, que últimamente ha retomado esta idea, da que pensar el hecho de que la opinión mayoritaria "hasta ahora no ha encontrado una explicación de por qué el principal no incurre en responsabilidad penal cuando recibe prestaciones

(1) RGSt 48, pp. 291, 296. *Vid.* en cuanto a este caso TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht BT, 2ª ed., 2008, apartados 197 y ss.
(2) BGBl. I, p. 2038.
(3) TIEDEMANN, Leipziger Kommentar, StGB, 11ª ed., 2001, § 299/1.
(4) TIEDEMANN, Leipziger Kommentar, op. cit., § 299/47; DANNECKER, Nomos Kommentar, StGB, 2ª ed., 2005, § 299/6, 13, 80; *LACKNER/KÜHL*, StGB, 26ª ed., 2007, § 299/5; HEINE, en Schönke/Schröder, StGB, 27ª ed., 2006, § 299/12, 20; DIEMER/KRICK, en Münchener Kommentar, StGB, § 299/30. De opinión divergente es FISCHER, StGB, 56ª ed., 2009, § 299/18, según el cual el conocimiento del principal en no pocos casos llevaría a que la deslealtad enfrente a los competidores del prestador se suprimiera.
(5) WASSERMANN, GRUR 1931, p. 555.
(6) WASSERMANN, GRUR 1931, p. 549 y ss.
(7) WEISBART, GRUR 1931, p. 623 y ss.

de terceros, mientras que a sus empleados, haciendo lo mismo con aprobación del principal, se aplica todo el rigor de la ley"[8].

Por lo menos, habría que tomar en consideración la responsabilidad penal del principal por complicidad en § 299.1 StGB. Pero esta cuestión no se ha debatido en detalle. Detrás de esa moderación se esconde, probablemente, la idea de que no se puede evitar la decisión legislativa de dejar impune al comitente por medio de la complicidad del mismo. Sin embargo, no es tán fácil ya que el *extraneus* normalmente puede participar en delitos especiales. Con más claridad se puede explicar la impunidad del principal en la constelación del caso *Korkengeld*, a través de dirigir la mirada a su función de titular de la empresa y suponer, desde el punto de vista dogmático, su autoría por omisión, la que el delito especial no incluye[9].

Se discute el eliminar las contradicciones entre la responsabilidad penal del empleado y la impunidad del principal de manera que se incluya de lege ferenda al titular de la empresa en el círculo de autores del § 299 StGB[10]. Sin embargo, la solución armónica podría ser la exclusión de la responsabilidad del empleado.

Un punto de vista económico, concentrado en la unidad de la empresa, constituye un argumento a favor de la última solución. Por lo tanto, no hay diferencia con los modos de actuar que se le permiten indiscutiblemente al comitente. Las objeciones de tal naturaleza ya las han formulado Lion[11] y Culemann[12] en los años treinta: Si se le permite al comitente, sin duda alguna, recomendar aquellos productos con los que gana más, no se le debe prohibir a su empleado actuando bajo su consentimiento[13]. Además se advierte del caso similar y permitido, que el vendedor entregue la mercancía (en el caso *Korkengeld* la botella de champán) por un precio que posibilita al principal (explotador del restaurante) pagar a sus empleados la misma gratificación por corcho[14]. Después de todo el principio del § 331.3 StGB también constituye un argumento en favor de negar el cohecho punible en

(8) WINKELBAUER, en Libro-Homenaje a Weber, 2004, p. 386.

(9) En cuanto a la posición de garante del titular de la empresa *véase* en detalle TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2ª ed., 2007, apartados 181 ss.; HELLMANN/BECKEMPER, Wirtschaftsstrafrecht, 2ª ed., 2008, apartados 939 ss.; SCHALL, en Libro-Homenaje a Rudolphi, 2004, pp. 267 ss.; RENGIER, en Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3ª ed., 2006, § 8/47 ss. *Vid*. respecto a la delimitación entre autoría por omisión y participación en el delito de omisión en más detalle ROXIN, Strafrecht AT, tomo II, 2003, § 31/125 ss.; SOWADA, Jura 1986, pp. 399 ss.

(10) *Véase*, TIEDEMANN, en Leipziger Kommentar, op. cit., § 299/13; WINKELBAUER, cit., p. 386. *Véase* también más adelante VIII. al respecto.

(11) LION, MuW 1931, pp. 488 ss.

(12) CULEMANN, MuW 1935, pp. 245 ss.

(13) LION, MuW 1931, p. 490; CULEMANN, MuW 1935, p. 246.

(14) CULEMANN, MuW 1935, p. 246.

caso de la aceptación de ventajas por parte del empleado con consentimiento del principal(15).

En el debate de entonces Eller se encargó de defender la posición del Tribunal Supremo del Reich. Su argumentación, la que se remite al fallo de la instancia anterior, resulta revelador. Por lo menos y a pesar de su posición contraria, admite que se podría tener dudas sobre la aplicabilidad del antiguo § 12 UWG, pero no del antiguo(16) § 1 de la UWG. Eller escribe(17):

> Por consiguiente, a través de prometer y conceder recompensas, "se logra que las vendedoras no se dejen llevar exclusivamente por el afán de atender al cliente de la manera más ventajosa y como lo desee, sino sobre todo por la idea de recibir el regalo prometido." Que "el principal el mismo" –así y aprobatoriamente cita Eller al Tribunal Cameral de Berlín (*Kammergericht*)– "puede atraer a sus empleados a través de primas para que consigan resultados particulares en la venta de sus productos, es harina de otro costal y con esto no se atenta insinceramente contra un empresario competidor", lo que por el contrario hace el proveedor al prometer recompensas. "Esta manera de proceder surte efecto corruptible en los empleados. La clientela naturalmente supone que el halago concedido a la mercancía de la parte demandada se debe a la calidad, la que habría de ser mejor que la misma de la mercancía de otras empresas no tan elogiada. Con esto los empleados serían alentados a ser inveraces. Quién compra, siguiendo las indicaciones de la publicidad, sabe que corre el riesgo de que se le prometa más que de lo que un producto vale realmente." Pero quién compra, siguiendo el consejo de los empleados, confia en que "la recomendación de favorecer un producto tenga su orígen en razones neutrales."

III

En los años 60 el debate comenzó de nuevo. Fue iniciado por Hiersemann quién, bajo el título "Verkäuferprämien", se opuso a la opinión común que "no se debería resistir al amejoramiento del salario de los empleados."(18)

(15) LION, MuW 1931, p. 489; CULEMANN, MuW 1935, pp. 245 s.

(16) El antiguo § 1 UWG decía: "El que realiza actos por motivos competitivos en el tráfico económico, que vulneran las buenas costumbres puede ser demandado de abstenerse de ello y por daños y perjuicios." En la UWG reformada de 2004 y 2008, el catálogo de ejemplos del § 4 UWG principalmente debe delimitar las categorías que antes se habían formado dentro del antiguo § 1 UWG en la jurisprudencia de varias décadas. También forman parte de esto las medidas de promoción de venta tratadas aquí, a las que ahora es aplicable en particular el § 4 Nr. 1 UWG. Hay que volver sobre ello (*véase* abajo V.)

(17) ELLER, MuW 1931, pp. 612 s.

(18) HIERSEMANN, WRP 1964, p. 222.

Si se permitiera la prestación de incentivos económicos a los empleados de otros, "esto tendría por resultado un afán sin escrúpulos por las simpatías de los empleados del comprador por parte de los proveedores. La consecuencia sería un matorral de untos y sobornos que salta a la vista."(19) Además las expectativas del comprador a un asesoramiento objetivo serían defraudadas. Es cierto que el autor nota que esta objetividad igualmente puede sufrir en caso de la permitida aportación de prestaciones adicionales en beneficio de sus empleados por parte del empresario. Sin embargo, el cliente no contaría con que el empleado sea influido y recompensado por terceros en cuanto a su actividad vendedora. En esto se hallaría el aspecto crucial(20).

Contradiciendo a lo anterior, Hirschenkrämer repitió los contraargumentos formulados en el debate de los años treinta y entonces retomó la conclusión de Hiersemann, según la cual el cliente no espera la objetividad por antonomasia:

> "En ello no puede haber una diferencia, si la prima la que influya en su objetividad, es concedida al empleado por el mismo principal o por terceros con su consentimiento, sea directa o incluso indirectamente por medio del principal. Más bien, pertenecen solamente al sector del riesgo empresarial del principal las dimensiones en las cuales permite la influencia de sus empleados con respecto al asesoramiento al cliente dentro de su empresa"(21).

Esto también se puede formular así: El comitente es el interlocutor de confianza para su cliente. Con todo lo que ocurre con su conocimiento y también por empleados subordinados y sujetos a instrucciones, y que lleva a una pérdida de objetividad, tiene que contar el cliente. Mirándolo de otra manera: Si el empresario puede estimular ciertas ventas a través de primas, también lo puede dejar a cuenta de sus proveedores(22). En tanto que el principal está bien informado, siempre está a su discrecionalidad la de oponerse a una posible intromisión. En un buen ejemplo transmitido, a un proveedor, quien quería recompensar a los empleados por todas las ventas de noviembre y diciembre con una prima de navidad de 10 por ciento, el empresario había contestado como sigue:

> "He tomado nota de la rebaja y por esto tengo la impresión de que hasta ahora Ud. hubiera puesto precios demasiado elevados. Cuento con que el descuento también se extienda por el plazo fijado y será

(19) HIERSEMANN, WRP 1964, p. 223.
(20) HIERSEMANN, WRP 1964, p. 224.
(21) HIRSCHENKRÄMER, WRP 1965, pp. 130 ss., 132. En idéntico sentido HEISEKE, WRP 1969, p. 362.
(22) Así HARDER, GRUR 1931, pp. 182 ss., 185.

válido a lo largo. No obstante la recepción de la rebaja del precio, no acepto en modo alguno su ofrecimiento de transferir la diferencia a mis empleados, puesto que con eso mi clientela sería expuesta al peligro de ya no ser aconsejada de manera objetiva por parte de mis empleados. Aparte de eso, suelo conceder eventuales beneficios extraordinarios a mis empleados según mi parecer y en la mezcla la que Ud. efectúa entre el descuento y los aguinaldos, veo una amenaza para el esmero de mi personal"(23).

IV

En el debate siguiente, Lampe además intercedió a favor de excluir los casos de los "sobornos revelados" del ámbito típico de la corrupción empresarial(24). Indica las posibilidades variadas de fomentar la venta de ciertos productos con la ayuda de primas y no considera posible diferenciar lo permitido de lo prohibido de manera convincente. Por eso el Derecho penal, en vista de su naturaleza subsidiaria, tendría que retroceder.

Estudios de fecha reciente también llegan a la impunidad siguiendo, por un lado, el ejemplo de los mencionados críticos de la sentencia Korkengeld(25) o, por otro lado, comprendiendo el § 299 StGB como délito semejante a la administración desleal que protege al comitente(26). Por el contrario, otro autor se aferra a la responsabilidad penal del empleado en el caso *Korkengeld*, si bien admite las contradicciones del Derecho vigente. Su solución es incluir al principal en el círculo de posibles autores del § 299 StGB(27).

V

La revisión de la opinión convencional debe iniciarse con los cambios del Derecho de lealtad de fecha reciente y recordar la subsidiariedad del Derecho penal. Parece inimaginable subsumir los casos de la promoción de ventas en § 299 StGB, si el Derecho de la Competencia civil (ya) no los incluye. Sin embargo, en relación a esto los Tribunales competentes en materia de

(23) Citado por WASSERMANN, GRUR 1931, p. 555.

(24) LAMPE, Empfiehlt es sich im gesamtwirtschaftlichen Interesse, den Tatbestand des § 12 UWG zu ändern, insbesondere hinsichtlich des Kreises der Vorteilsnehmer zu erweitern und als Offizialdelikt auszugestalten?, en Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zu Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, tomo XI., 1976, p. 70 y ss.

(25) KOEPSEL, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB), 2006, p. 157 y ss. con la discusión actual más detallada. BLESSING, en Müller-Gugenberger/Bieneck [eds.], Wirtschaftsstrafrecht, 4ª ed., 2006, § 53/81 considera inequitativa la responsabilidad penal del empleado subordinado.

(26) JAQUES, Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG, 1996, p. 91 ff., p. 115 y ss., p. 183 y s.; SZEBROWSKI, Kick-Back, 2005, p. 187 y ss.

(27) HÖLTKEMEIER, Sponsoring als Straftat, 2005, p. 169 y ss., 173 s. *Véase* adicionalmente abajo VIII.

competencia han seguido durante varias décadas la línea de la sentencia *Korkengeld* del Tribunal Imperial alemán[28]. Después de que el legislador haya derogado la Ley de Rebajas y el Decreto Regulador de las Prestaciones Suplementarias, de que haya reformado la UWG y de que, habida cuenta del modelo de consumidor cambiado, el razonable consumidor medio sirva como patrón, se perfilan cambios los que surgieren la idea de una reorientación jurídica-penal y en el Derecho civil.

Hay que partir de la base de que el consumidor moderno, es decir el consumidor informado y razonable, incluso no se deje distraer de una decisión objetiva por incentivos de venta, como por ejemplo las rebajas, la concatenación de varias ofertas, las primas y los regalos de promoción. Estos supuestos, que en otros tiempos se habían subsumido en la cláusula general del antiguo § 1 UWG, hoy día ya no tienen ninguna influencia subjetiva subsumible en el delito del § 4 N° 1 UWG[29] sobre el consumidor[30]. Fundándose en estas observaciones, el Tribunal Federal Supremo (BGH), entretanto, ya no juzga estrictamente la prospección de clientela mediante el empleo de particulares (*Laienwerbung*) y, en caso de una compra por valor de 100 euros, no considera ilícita la correspondiente promesa de recompensas en forma de una prima de 30 euros:

> El Tribunal Federal Supremo, entre otros, se refiere a la exposición de motivos oficial[31], según la que el cliente toma la decisión respecto a la adquisición de productos de alta calidad no hasta la obtención de informaciones sobre productos competidores y la consideración detenida de las distintas ventajas y desventajas de los productos ofrecidos. Entonces el Tribunal continúa: "También hay que tomar en consideración el modelo de consumidor cambiado y la valoración del legislador, que sirve de base a la derogación de la Ley de

(28) *Véase* BGH WRP 1974, p. 202 – Verschlusskapsel-Prämie ("*primas para cápsulas de cierre*"); OLG Stuttgart BB 1974, p. 1265 – Prämiengewährung an Angestellte ("*prestación de primas en beneficio de empleados*"); OLG Köln WuW 1983, p. 615 – Beratungsprämien-Aktion ("*campaña de recompensas para asesoramiento*"); OLG Hamm NJW-RR 1986, p. 1235 – Deko-Stoff ("*tela para decoración*"); OLG Düsseldorf WRP 1999, p. 1197 – Verkaufswettbewerb ("*concurso de ventas*"); OLG Hamburg GRUR-RR 2004, p. 117 – sixperts; LG Rottweil WRP 1975, p. 379 – Prämien für Verkäufer ("*primas para dependientes*"); LG Frankfurt GRUR-RR 2002, p. 204 – Club-Klasse-Tickets ("*billetes de categoría club*").

(29) § 4 N° 1 UWG decía: "Actúa de manera desleal en particular, el que 1º realiza actos comerciales que son aptos para influir parcialmente en la libertad de decisión de los consumidores o de otros operadores en el mercado mediante el empleo de presión, de modo inhumano o mediante otra influencia inadecuada y parcial; (...)".

(30) En más detalle KÖHLER, en Hefermehl/Köhler/Bornkamm [eds.], Wettbewerbsrecht, 26ª ed., 2008, § 4 UWG/1.40 ss.; STEINBECK, en Fezer [ed.], UWG, 2005, § 4 UWG/79 ss.; STEINBECK, GRUR 2005, p. 540 y ss.; BÜLOW, GRUR 2006, p. 952 y ss.

(31) BT-Drs. 14/5441, p. 7.

> Rebajas, en la interpretación de las disposiciones de la Ley contra la Competencia Desleal. El efecto revulsivo que parte de una prima en cantidad no insignificante, no puede justificar como tal la anticoncurrencialidad de la *Laienwerbung*"[32].

Si estas medidas en el campo de la prospección de clientela mediante el empleo de particulares[33] –las cuales también son debatidas bajo el término de las 'rebajas con fin publicitario' (*Wertreklame*)[34]– no son anticoncurrenciales, esto debe aún más valer para la relación entre dos negociantes y también, por consiguiente, en particular para la relación entre un proveedor y un empresario. Ya que las:

"Rebajas con fin publicitario (*Wertreklame*) hechas entre productor o respectivamente mayorista y minorista han de ser juzgadas con menos severidad que las mismas en relación al consumidor final, porque los minoristas con regularidad e independiente de la dimensión de sus negocios, en primer lugar, al comprar sus mercancías destinadas para la reventa, son determinados por la calidad y la justa proporción del precio"[35].

Por consiguiente, como destaca la Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*) de Oldenburg, mediante la competencia en materia de ventas, la que un mayorista o comerciante intermediario organiza para sus clientes comerciales (comerciantes especializados) y en el que pueden ser ganados ciertos premios en especie, no se crea sin más un incentivo desleal para una conducta comercial inadequada y relevante desde el punto de vista del Derecho de la competencia[36]. En este juicio la Audiencia Territorial de Oldenburg con razón se opone a prohibir las primas revulsivas con el argumento de que impedirían el asesoramiento objetivo del cliente. Dadas las circunstancias económicas de hoy en día, el razonable consumidor medio no abrigaría la expectativa que el comerciante para este siempre escogiera la oferta más favorable, como si fuera el procurador de los intereses individuales del consumidor. Más bien, el consumidor atento partiriá con razón de la base de que el comerciante se dedicaría a sus propios intereses económicos, eventualmente competidores[37].

Siguiendo esta línea, resulta por sí mismo que las medidas intraempresariales para la promoción de ventas –entonces, los incentivos que el comitente usa frente a sus empleados para la promoción– son igualmente poco

(32) BGH GRUR 2006, pp. 949, 951 – Kunden werben Kunden ("*clientes atraen a clientes*").
(33) Más profundamente MÖLLER, WRP 2007, p. 6 y ss.
(34) KÖHLER (*véase* nota 30), § 4 UWG/1.40 ss.
(35) Así ya se pronunció el BGH GRUR 1979, p. 779 – Wert-Coupons ("*cupones de cierto valor*").
(36) OLG Oldenburg GRUR-RR 2004, p. 209 – Mittelmeerkreuzfahrt ("*crucero en el Mar Mediterráneo*").
(37) OLG Oldenburg GRUR-RR 2004, pp. 209, 210 – Mittelmeerkreuzfahrt ("*crucero en el Mar Mediterráneo*").

problemáticas en el Derecho de la lealtad. Esto nunca ha sido controvertido. Si, por consiguiente, el dueño del restaurante promete una prima a sus empleados solamente por los corchos no necesariamente del mejor pero del champaña más caro, no realiza los hechos constitutivos del § 4 N° 1 UWG(38). Visto por fuera, el restaurante se presenta como empresa homogénea(39) frente a la que el ciudadano razonable se comporta de la misma manera que frente al titular de la empresa como persona sola. Bien es posible que las primas prometidas como recompensa intraempresarial de hecho influyen tanto en el comportamiento del vendedor empleado como en el del consumidor comprador, y también pueden tener efectos en la posición de un competidor, pero desde el punto de vista del Derecho de la competencia, los efectos externos de este tipo no tienen relevancia.

VI

Hay que diferenciar la relación entre dos partes, a saber entre la empresa y el comprador/cliente mencionada anteriormente, de la relación tripartita con el triángulo entre proveedor, empleado y empresario, de la que se trata también en el caso *Korkengeld*. Es típico en este caso, que el proveedor cree incentivos, que por lo menos favorecen personalmente también a los empleados y por eso deberían incrementar su empeño de vender en beneficio del proveedor. Nos encontramos ante la cuestión de en qué medida son ilícitas tales iniciativas del proveedor en términos del Derecho de la competencia. Hay que diferenciar como sigue:

Es poco problemático que es ilegal si el proveedor se dirige a los empleados con incentivos para la promoción de ventas sin que lo supiera el empresario, entonces a espaldas de este. Tal comportamiento lleva a la situación de cohecho del § 299 StGB. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia: A causa del contrato de trabajo el empleado por regla general está obligado a un asesoramiento objetivo y neutral y en todo caso no debe pensar parcialmente en su propio provecho. Existe el peligro de que el empleado se comporte parcialmente cuando el interés del empleado de obtener la prima no armoniza con el interés, lo que el empleado ha de proteger a causa del contrato de servicio. Un caso típico en el cual este peligro aparece, es la concesión de ventajas a espaldas del principal. La concesión clandestina de primas por venta en beneficio de los empleados puede significar una inducción al quebrantamiento contractual(40). Tal cohecho incluye el peligro

(38) No es nada lejos, que en estos casos eso puede resultar en una publicidad engañosa conforme al § 5 UWG, pero no tiene nada que ver con la problemática discutida aquí.
(39) Así ya CULEMANN, MuW 1935, p. 247.
(40) Compárese § 4 N° 11 UWG; HEERMANN, WRP 2006, p. 11 y ss.

de una influencia parcial conforme al § 4 N° 1 UWG con la que el razonable consumidor no cuenta[41].

Por otro lado, los casos no prohibidos por el Derecho de lealtad son estos, en los que el proveedor, prometiendo las primas por venta, escoge el principal como contacto exclusivo y beneficiario. A continuación no tiene ninguna importancia lo que hace el empresario con las primas, sea que las guarde para sí mismo o sea que –con aprobación del proveedor o no– las pase.

Es más difícil la situación en el caso *Korkengeld*, según la que el proveedor promete las primas a los empleados con conocimiento por parte del titular de la empresa. Es la cuestión, si esa constellación con el mero consentimiento del titular merece otra valoración que la concesión directa y permitida de la ventaja en beneficio del empresario. Justamente hay que contestarla negativamente[42]. A través del consentimiento del comitente, el otorgamiento de beneficios obtiene carácter intraempresarial. En ello mantiene su carácter interno, en tanto que el comitente disponga de la concesión de beneficios, en virtud de su función patronal y de su potestad organizativa[43].

Por este motivo no es anticoncurrencial, si el proveedor profano promete recompensas para los empleados mientras que el empresario superior queda responsable de la entrega a los empleados. Con respecto a las rebajas, las que el vendedor/proveedor puede prometer justificadamente al empresario, también está permitido prometerlas a los empleados con el consentimiento del comitente –entonces, en cierto sentido, bajo el "dominio de hecho" de este. La expectación del consumidor no obstaculiza. Es que el consumidor razonable no tiene ningún motivo para suponer que los comerciantes no están sujetos a la influencia de "productores, mayoristas, prestadores de servicios u otros proveedores"[44].

Podría ser dudoso si todavía es posible hablar de un consentimiento en el sentido susodicho, cuando el empresario tiene noticia de la campaña publicitaria dirigida a sus empleados, pero únicamente no interviene[45]. En principio, tal omisión es equivalente a la conducta activa, ya que el comitente en su calidad de titular de la empresa con facultad de dirección tiene todas las posibilidades de impedir un comportamiento indeseado por parte de sus empleados. Dicho lo anterior en terminos jurídico-penales, se puede

(41) OMSELS/STUCKEL, en Harte/Henning/Omsels/Stuckel [eds.], UWG, 2004, § 4 UWG/142; KÖHLER (véase nota 30), § 4 UWG/1.174c.
(42) En el mismo sentido KÖHLER (véase nota 30), § 4 UWG/1.174c.
(43) *Véase* KÖHLER (nota 30), § 4 UWG/1.174c.
(44) OMSELS/STUCKEL, (*véase* nota 41), § 4 UWG/140.
(45) Contestando negativamente OMSELS/STUCKEL, (*véase* nota 41), § 4 UWG/143.

decir que este es un garante cuya pasividad equivale a una conducta activa (§ 13 StGB)[46].

Hay que tener en cuenta que conforme al § 4 N° 1 de la UWG, la deslealtad publicitaria solamente requiere un acto comercial, lo cual es "apto" para perjudicar la libertad de decisión del consumidor por medio de influencia parcial e inadecuada. Con el requisito de la aptitud se refiere a la existencia de una cierta probabilidad objetiva[47]. Por lo tanto, concerniente a las campañas publicitarias iniciadas por un proveedor con el fin de promocionar las ventas, y las que (también) se dirigen a los empleados de una empresa, hay que preguntar con respecto a la lealtad del comportamiento, si la atracción incluye al titular con tal claridad que en caso de su inactividad constante se puede hablar de un consentimiento tácito en relación a una posible influencia ejercida en sus empleados por las primas prometidas.

VII

Ahora nos dedicaremos a la concreción de esos juicios en las que se halla una misma relación triangular como en el caso *Korkengeld*:

En el mismo caso *Korkengeld*, las ventajas de valor monetario procedentes del proveedor fueron repartidas entre los camareros con la aprobación y bajo el "dominio de hecho" del explotador del restaurante. De ahí que no haya ninguna influencia subjetiva a efectos del § 4 N° 1 de la UWG[48]. Puesto que con esto el comportamiento (ya) no tiene carácter anticoncurrencial, al mismo tiempo hay que negar su carácter delictivo en vista de la subsidiariedad del Derecho penal. Bien es verdad que en el caso *Korkengeld* se había tratado, por lo general, de legitimar su tipicidad de acuerdo con el § 299 StGB, refiriéndose a la competencia protegida, mientras que el § 4 N° 1 UWG pone de relive el consumidor. Pero esto no cambia el hecho de que también el § 4 N° 1 UWG tiene relevancia competitiva y en su ámbito de aplicación limita la protección de competidores. Estos límites no deben ser eludidos con ayuda del § 299 StGB. Para justificar este resultado en relación al § 299 StGB, es apropiado entender el "de manera desleal" de modo accesorio a la competencia[49].

(46) *Véase* arriba II. alrededor de la nota 9.

(47) OLG Frankfurt GRUR 2005, pp. 1064, 1065; KÖHLER, (*véase* nota 30), § 4 UWG/1.8.

(48) En el mismo sentido HEERMANN, WRP 2006, pp. 12 s.; OMSELS/STUCKEL (véase nota 41), § 4 UWG/144.

(49) En este sentido y refiriéndose al antiguo § 1 UWG, BGH GRUR 1977, pp. 619, 620; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, StGB, 50ª entrega 2000, § 299/8; LAMPE (*véase* nota 24), p. 75 y ss. No queda sin dudas que el requisito de la deslealtad, como lo supone la opinión mayoritaria, sea redundante. También TIEDEMANN (op. cit, apartado 38) admite en cuanto a los casos de la promoción de ventas que hay una necesidad de concreción desde el punto de vista del Derecho de la competencia; *véase* además TIEDEMANN (nota 1), apartado 206.

El juicio BGH WRP 1974, 202 (*Verschlusskapsel-Prämie*, 'primas para cápsulas de cierre') es comparable al caso *Korkengeld*. Aquí se trata de recompensas –clasificadas como anticoncurrenciales por el Tribunal Federal Supremo– por la entrega de las cápsulas de cierre de una bebida. Puesto que en este caso la promoción fue dirigida a mesoneros, las rebajas con fin publicitario desde el punto de vista actual ya no son problemáticas a causa de la relación de dos partes. En caso de que el personal también beneficie de esto, se puede trazar una paralela al caso *Korkengeld*.

Además hay tres fallos, en los que se trata de primas para agencias de viajes, que requieren vigilancia:(50)

En el caso visto por el Tribunal Territorial (OLG) de Düsseldorf WRP 1999, p. 1197 –Verkaufswettbewerb ('concurso de ventas')– un proveedor de viajes aéreos había prometido vales de una cierta perfumería por valor de 25 marcos alemanes a cambio de la intermediación de ciertos viajes aéreos. Ya que la promoción fue dirigida a los titulares de las agencias de viajes, desde el punto de vista del Derecho de lealtad actual no hay objeciones y, a saber, esto es independiente de si el titular, lo que se ha de suponer, pasa los vales.

En el caso visto por la Audiencia Provincial de Francfort GRUR-RR 2002, p. 204 –Club-Klasse-Tickets ('billetes de categoría club')– el agente hacía publicidad para la línea aérea canadiense A frente a ciertas agencias de viajes mediante una circular, en la que fueron prometidos un vale de cine por cada reserva de A dentro de un cierto espacio de tiempo y además la participación de cada número de reserva en un sorteo de seis billetes de avión. La Audiencia Provincial no consideraba esto un falseamiento de la competencia contrario a las buenas costumbres, mientras que calificaba de ilícita la promesa adicional de cuatro billetes de avión atractivos en favor de los cuatro empleados que más reservas tenían. Desde el punto de vista sostenido aquí, en cuanto a todas las promesas de recompensa, es crucial si existía el riesgo de que los empleados pudíeran participar en la promoción a espaldas del titular de la agencia de viajes. Bajo ese aspecto habría que investigar en más detalle el procedimiento de distribución de las circulares.

En el caso visto por el Tribunal Territorial (OLG) de Hamburgo GRUR-RR 2004, p. 117 –*sixperts*– un cierto alquiler de coches X introducía un sistema de primas para los empleados de agencias de viajes bajo la dirección de internet <www.sixperts.de>. En consecuencia los empleados recibían por cada reserva de un coche de alquiler de la empresa X un abono en cuenta por valor de entre uno y cuatro euros. En caso de tal publicidad en internet sin destinatarios concretamente concernidos, no se puede suponer sin más

(50) En sentido parecido HEERMANN, WRP 2007, p. 16 y ss.

que los titulares de la agencia sean informados y en este sentido puedan decidir, si el sistema de primas puede ser utilizado con su consentimiento. De ahí que la promoción infrinja el § 4 N° 1 UWG y que también pueda resultar en responsabilidad penal conforme al § 299 StGB.

Según lo susodicho, ya no son sostenibles las sentencias siguientes: En el caso visto por el Tribunal Territorial de Hamm NJW-RR 1986, p. 1235 –Deko-Stoff ('tela para decoración')– el productor de ciertos tejidos había prometido en una campaña veraniega a comerciantes especializados una prima de cinco marcos alemanes por cada metro de tejido vendido, con la recomendación de hacer llegar las primas a los vendedores empleados. El Tribunal Territorial de Hamm aún suponía una infracción del antiguo § 1 UWG. En relación a su resultado no hay diferencia al caso visto por el Tribunal Territorial de Colonia WuW 1983, p. 615 – Beratungsprämien-Aktion ('campaña de recompensas para asesoramiento'). En este juicio un constructor de calefacciones había prometido primas económicas a los comerciantes de calefacciones suministrados para la venta e instalación de sus calderas de calefacción.

En el supuesto visto por la Audiencia Provincial de Rottweil WRP 1975, p. 379, una fábrica de muebles había iniciado un concurso de ventas entre los dependientes de las mueblerías suministradas por esa fábrica. La Audiencia Provincial de Rottweil suponía la penalidad conforme al § 12 UWG. Las objeciónes contra esta sentencia, argumentando que las recompensas hubieran sido efectuadas con el conocimiento y el consentimiento de los titulares de las mueblerías, fueron consideradas irrelevantes por la Audiencia Provincial de Rottweil. Pero el caso es al contrario.

De la misma manera es anticuada la sentencia que afirma la responsabilidad según el antiguo § 12 UWG dictada por el Tribunal Territorial de Stuttart BB 1974, p. 1265 – Prämiengewährung an Angestellte ('prestación de primas en beneficio de empleados'). En este supuesto, una empresa de distribución había tratado de promocionar la venta de sus mercancías mediante la prestación de "puntos de oro" de valor monetario a los empleados de clientes. Ya que la empresa de distribución se había dirigido cada vez al titular de la empresa compradora, no surgen dudas desde el punto de vista del Derecho de lealtad.

VIII

Nuestro estudio dedicado al homenajeado con los mejores deseos –y también doy las gracias cordiales especialmente para su excepcional obra de vida en el campo del Derecho penal, la que ha sido una reiterada sugerencia– da como resultado que la solución a la problemática alrededor del caso *Korkengeld* se halla en poner al corriente al comitente y en su consentimiento. Si el

proveedor presta una prima a los empleados con el consentimiento del principal, tampoco hay responsabilidad del empleado. Con ello ya de lege lata es remediada la contradicción con la impunidad del comitente lamentada parcialmente. Por lo demás, incluyendo conforme a unas exigencias de lege ferenda al empresario en el círculo de posibles autores del § 299 StGB, no habría cambios en este resultado. Ya que el titular de una empresa, prestando primas de la manera expuesta, no se comporta de forma anticoncurrencial y por lo tanto no de forma desleal(51).

Lo susodicho tiene validez en el gran campo que, hablando en paráfrasis, tiene como objeto los productos estándar. Hay que distinguirlo de actividades sobre todo en el sector terciario, en cuanto a las que el cliente espera del comitente una objetividad sin condiciones. Casos típicos son prestaciones de asesoramiento como por ejemplo de consejeros de inversiones y de arquitectos, así como prestaciones en el área de la sanidad(52). En la relación tripartita en cuestión, en cuanto a las prestaciones de recompensas en beneficio de empleados, el consentimiento del principal no tiene ningúna importancia ni desde el punto de vista del Derecho de la competencia ni del Derecho penal.

Sin embargo desde el punto de vista penal queda existente, a causa de la no inclusión del comitente en el círculo de posibles autores, por ejemplo la contradicción de que la exigencia de recompensa solamente puede ser punible en cuanto al empleado pero no en cuanto al comitente(53).

(51) *Véase* adicionalmente DANNECKER, en Nomos Kommentar, § 299/27; HÖLTKEMEIER (nota 27), p. 171.

(52) *Véase* BGH GRUR 2003, p. 624 – Kleidersack ("*bolsa portatrajes*"); *Köhler* (nota 30), § 4 UWG/1.174b; PRAGAL, NStZ 2005, p. 133 y ss.; SAHAN, ZIS 2007, p. 69 y ss.; STEINBECK, GRUR 2005, p. 19.

(53) Con respecto a la discusión politico-reformista *véase* TIEDEMANN, Libro-Homenaje a Lampe, 2003, p. 762 y ss.; *el mismo* (nota 1), apartado 213; DANNECKER, en Nomos Kommentar, § 299/27; BÜRGER, wistra 2003, p. 130 y ss.; KOEPSEL (nota 25), pp. 178, 182 y ss., 185 y ss.

Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ
(España)

Es ya un lugar común referirse a la muy diversa naturaleza de las situaciones incluidas en la categoría de la punibilidad de la teoría del delito. Así, se ubican en esta, tanto excusas absolutorias como condiciones objetivas de punibilidad, sean propias o impropias; tanto causas de levantamiento de la pena como incluso requisitos de procedibilidad. Es comprensible que sobre los contenidos de la punibilidad reine poco acuerdo más allá de que esta ha de acoger todos los conceptos que no encuentran debida ubicación en otras categorías más consolidadas (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad). Poco más acuerdo parece encontrarse. Con independencia de que esta indefinición de la punibilidad va siendo esclarecida de la mano de estudios que en tiempos más recientes han arrojado luz sobre el tema(1), lo cierto es que todavía quedan no pocas cuestiones abiertas.

Este homenaje al Prof. Tiedemann me brinda la ocasión de volver a una cuestión referida a la punibilidad, retomando una idea que, a modo de hipótesis, quedó expuesta en otro lugar(2). En concreto, en esta contribución, a propósito de la previsión en algunos sistemas jurídicos de una vía para declarar exento a quien "regularice" su situación tributaria tras un delito de

(1) Concretamente, en la doctrina española cfr. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, Madrid, 2007; MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997. Antes, cfr. los estudios de MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990; MARTÍNEZ PÉREZ, *las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985; BACIGALUPO, E., *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.

(2) Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 165.

defraudación (o autodenuncia), se propone atender a dos criterios de dos conceptos como ejes para clasificar las variadas situaciones que afectan a la punibilidad. Pienso que una forma de rendir debido homenaje a uno de los mayores cultivadores del Derecho penal económico es mostrar cómo las concretas previsiones de la "parte especial" requieren de las categorías de la "parte general", como él mismo ha puesto de manifiesto a lo largo de su dilatada obra(3).

Me referiré primero a la previsión legislativa conocida como regularización (I) y las diversas opiniones sobre su naturaleza dogmática (II), para concluir con esa anunciada propuesta de clasificación de los factores que afectan a la punibilidad del injusto culpable (III).

I

1. Entre los medios previstos en la legislación de ciertos países con el fin de evitar, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de la comisión de conductas tributarias ilícitas(4), se encuentra la autodenuncia del defraudador o "regularización", como se denomina en Derecho español. Previsiones como esta permiten eximir o atenuar de responsabilidad a quien, tras haber cometido una conducta defraudatoria (delito fiscal), saca a la luz su infracción y "hace las paces" con la Administración tributaria. La previsión legislativa tiene un alcance muy diverso según cada país. Así, las hay que suponen solo una atenuación de la sanción, como también la exención total de la pena, o incluso el premio del sujeto si colabora denunciando a defraudadores(5). Ahora nos

(3) También expresamente sobre la punibilidad: cfr. TIEDEMANN, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1975, pp. 129-135.

(4) Cfr. referencias de Derecho comparado en IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Valencia, 2003, pp. 104-151.

(5) Por ejemplo, en el Perú se previó otorgar recompensas en ciertos casos. Así, en *materia tributaria*, el Decreto Legislativo 815, de 20 de abril de 1996, que aprobó la "ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria" –tras conceder la exención de pena a partícipes y reducción de ella a los autores de delitos tributarios (art. 2), no alterado en este punto por la Disposición Final 12.ª de la Ley 27038, del 31 de diciembre de 1998– consideró "recompensa" (art. 11) una cantidad de dinero que se proporciona a "aquel que pone en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT, la comisión, mediante actos fraudulentos, de las infracciones contempladas en el Artículo 178 del Código Tributario"; y en su título II (arts. 11-20) se establece con detalle el régimen de denuncias y recompensas. Y en materia de "hechos punibles en *agravio del Estado*", cfr. el Decreto Ley 25582 (derogado por la Disposición Final 7.ª de la Ley 27378, del 21 de diciembre de 2000). Y para quienes hubieran participado en la comisión de delitos de *tráfico de drogas*, la Ley de lucha contra el narcotráfico (Decreto Legislativo 824, de 24 de abril de 1996: cfr. arts. 19-27) estableció recompensas consistentes en la exención, remisión o indulto de la pena, en casos de arrepentimiento que proporciona información eficaz a la investigación (esté o no en marcha el proceso contra él, o incluso se halle cumpliendo condena); también en materia de tráfico de estupefacientes, se estableció en la Ley 26320, de 2 de junio de 1994 (art. 2.3) la posibilidad de anticipar la terminación del proceso penal, incluso de alcanzar la exención de pena, de acuerdo con lo previsto en el CPp o el beneficio de reducción de la pena a la sexta parte, acumulable al que merezca

centraremos en la conducta de exención total de pena tras un delito de defraudación tributaria (pero lo que se diga, en buena medida puede servir para los sistemas que prevén la atenuación de la pena). La exención de responsabilidad penal se halla prevista, al menos en la legislación penal alemana (§ 371 AO)[6], peruana (arts. 2-8 Decreto Legislativo 815, de 20 de abril de 1996)[7] y española (art. 305.4 CPesp)[8], aunque con diferencias en su alcance. En estos, cumpliéndose una serie de requisitos en absoluto desdeñables (temporales y de información y pago), el regularizador puede quedar impune. Hablamos así en tales casos de "regularización", referida a aquellos actos por los que se subsana el incumplimiento inicial de deberes tributarios y que traen como consecuencia la exención de la responsabilidad penal del defraudador[9].

---

por la confesión, en su caso (art. 3). Disposiciones que parecen culminar en el Decreto Legislativo 901, de 30 de mayo de 1998, Ley de beneficios por colaboración, aplicable a un buen número de delitos, en los que puede reducirse la pena, eximirse de ella o concederse su remisión, si se aportaba información oportuna y veraz para la desarticulación y captura de bandas, asociaciones o grupos criminales. En cambio, para los delitos de *robo y secuestro agravado*, cfr. Ley 26630, que restringió los posibles beneficios. En materia de *delitos de* terrorismo el Decreto Ley 25475, de 5 de mayo de 1992, previó que "los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal" (art. 19), excepto lo previsto en el Decreto Ley 25499 y Ley 26220, que idearon beneficios en caso de arrepentimiento.

(6) El precepto alemán (§ 371 AO) reza así: "1. Quien en los casos del § 370 [*sc*. defraudación tributaria: 'Steuerhinterziehung'] rectifique o complete datos incorrectos o incompletos proporcionados a la autoridad financiera, o subsane datos omitidos, quedará en esa medida libre de pena.
2. No procederá a quedar libre de pena, si: 1) antes de la rectificación, complemento o subsanación, a] ha comparecido un funcionario de la autoridad financiera para la inspección fiscal o para la averiguación de una infracción o un delito tributarios; o b] se ha dado a conocer al autor o a su representante el inicio del procedimiento para imponer penas o multas a causa del hecho; y 2) en el momento de la rectificación, complemento o subsanación se hubiera descubierto ya, total o parcialmente, el hecho y el autor lo supiera, o debiera suponerlo con una apreciación sensata de la situación.
3. Si ya se hubieran producido reducciones, u obtenido ventajas tributarias, el interviniente en el hecho solo quedará libre de pena si y en la medida en que pague, dentro del plazo que se les señale, el importe de los tributos defraudados en su propio beneficio. […]".

(7) Cfr. *supra*, nota 5. Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Tomo II. Parte especial*, Lima, 2007, pp. 692-705.

(8) El precepto español (art. 305.4 CPesp) que prevé la llamada regularización tributaria es el siguiente: "4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquel dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.
La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria".

(9) Sobre este tema, en la doctrina española, además de las obras generales, cfr. IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 2003 y SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, 2002, con la bibliografía citada en ambas.

2. Frente a las previsiones de los Derechos alemán y peruano, la del código penal español puede valorarse, por su alcance, como extremadamente "generosa" para los defraudadores. Así, en concreto, el precepto español no exige expresamente el pago de la deuda defraudada ("el que regularice su situación tributaria")(10); se extiende a otras infracciones más allá de la defraudación ("alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales"(11)). Y rige también para deudas de cuantía inferior a la del delito (constitutivas de infracción tributaria administrativa)(12). A lo cual hay que añadir que se ha planteado que opere también para los partícipes en el delito (prevista en Derecho peruano con diverso alcance para partícipes y autores)(13). Por otro lado, solo es eficaz dentro de ciertos requisitos temporales ("antes de que se le haya notificado (…)" o "antes de que (…) interponga querella o denuncia" (…) o (…) "realicen actuaciones").

3. Resulta difícil encontrar una única y sólida justificación para tan inusitado alcance de la exención de responsabilidad penal por regularizar tras el delito de defraudación fiscal. Aquí el legislador ha previsto liberar de pena al defraudador, mientras que para otros delitos conductas semejantes lograrían a lo sumo una atenuación. Parece como si en esta materia la vuelta a la legalidad por parte del deudor-defraudador, o el cumplimiento extemporáneo de sus obligaciones, o la recaudación, poseyeran tal relevancia que el legislador se queda sin motivos para sancionar penalmente. Más aún, se ve movido a conceder generosamente la exención y se permite pasar por alto exigencias sistemáticas y valorativas en una materia nada irrelevante como es la responsabilidad penal(14). En la doctrina se reconoce que el sentido de esta exención de pena es un conjunto de consideraciones de política criminal

(10) Cfr. *supra*, nota 8, el texto del precepto del art. 305.4 CPesp. La conclusión no es, sin embargo, unánime, pues la doctrina suele entender que se exija el pago a efectos de merecer la exención: cfr. IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 330-338 (defensor de exigir el pago para la eficacia de impunidad); SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 93-113 (contrario a que se exija el pago).

(11) Cfr. nota 8. Lo cual da lugar, dentro de los requisitos establecidos en el art. 305.4.II, a que queden exentas también las conductas de delito contable tributario (art. 310 CPesp) e, incluso, falsedades documentales (facturas falsas) previas a la defraudación fiscal.

(12) En efecto, como se halla previsto en otro lugar (Disposición Final 5.ª del CPesp de 1995), la exención de responsabilidad penal se amplía también a las infracciones que, por su cuantía, por ejemplo, no rebasen la cifra exigida para el delito de defraudación. El sistema penal español prevé delitos (y faltas, de menor entidad, pero que ahora no interesan) y, separadamente, en el Derecho tributario sancionador, infracciones que dan lugar a procedimientos sancionatorios administrativos y, después, en su caso, judiciales (pero no penales).

(13) Con salvedades y no de manera unánime. No se trata de una cuestión pacífica. Cfr. para el Derecho peruano, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte especial*, pp. 698-699; y para el Derecho español, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 175-178; SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 119-127.

(14) Hasta el punto de que tal previsión mereciera el calificativo de "cuerpo extraño" en la doctrina penal (en expresión de WESTPFAHL, *Die strafbefreiende Selbstanzeige im Steuerrecht*, Múnich, 1987, p. 13).

(carencia de necesidad de pena, oportunidad […]) y fiscal (reparación, pérdida de contenido ilícito tributario […]) que abonan la decisión de dejar de sancionar(15). Tal alcance del precepto obliga a preguntarse por su naturaleza dogmática, cosa que haremos a continuación (II).

II

1. Respecto a la naturaleza dogmática se han defendido posiciones de muy diverso orden(16). Una rápida revisión a dichas posiciones puede aportarnos algunas claves para lo que después (III) se propondrá sobre los criterios clasificatorios dentro de la punibilidad. Se ha defendido que la autodenuncia o regularización afecta a la tipicidad (párr. 2), o la antijuricidad (párr. 3), pero también a la "responsabilidad por el hecho" (párr. 4), o a la punibilidad (párr. 5). De muy difícil conceptuación debe de ser una categoría que admite tan variada ubicación(17).

2. Para unos, se trataría de una peculiar forma de desistimiento de la tentativa, al entenderse que el delito de defraudación no se consuma al término del periodo voluntario para presentar la declaración, sino cuando proceda un acto de liquidación definitiva por parte de la Administración. Aunque dicha tesis no me parezca convincente(18) ni sea generalizada en la doctrina, debe reconocerse que sus partidarios tienen motivos para intuir un paralelismo. Quienes basan la regularización en el desistimiento tienen razón al destacar el aspecto de reparación o vuelta a la legalidad que la exención de pena podría exigir. Este elemento de retornar a la legalidad requiere cierta atención. Si se basa la impunidad de la tentativa en la idea de vuelta a la legalidad, es claro que el deudor defraudador también regresa a la legalidad(19); y si se basa en la ausencia (o, al menos, disminución) de la necesidad de pena(20), en la conducta de regularización tributaria se percibe también esas razones.

(15) Cfr. la cuestión en IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 189-260 (aunque crítico con el fundamento "tributario" de la exención); SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 162-170.

(16) Cfr. las diversas posiciones en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 153-159.

(17) Cfr. de nuevo nota 14.

(18) Me remito al lugar citado en nota 16, y en particular pp. 157-158.

(19) Es más, el regularizador entra por las vías que el propio legislador ha trazado (el "puente de plata") para evitar la definitiva lesión del bien jurídico. El propio JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1997, § 26, Nm 5, crítico con este fundamento político-criminal de la impunidad por desistimiento en la tentativa, no tiene reparo en reconocer que es precisamente en el ámbito de la autodenuncia por delito tributario (§ 371 AO) donde tiene sentido aquella idea.

(20) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio*, Madrid, 1995, p. 134, quien se remite a la opinión de Roxin (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 2.ª ed., § 23, Nm 17) en cuanto al fundamento de la liberación de pena en casos de desistimiento, que extiende a delitos ya consumados (cfr. *ibidem*, nota 117, donde Martínez-Buján se basa para proponer aplicarlo a la autodenuncia tributaria). La conceptuación que del desistimiento de la tentativa efectúa Roxin en dicho lugar se

3. Otros han afirmado que la regularización excluye la antijuricidad proveniente del Derecho tributario. Así, este ofrecería una peculiar previsión que prevalece sobre la amenaza penal del delito de defraudación, haciendo que la conducta pueda al fin considerarse ajustada a Derecho, o al menos carente de contenido material(21). Dejando ahora la posible crítica a dicha posición, lo relevante me parece ser que resalta la vinculación de esta figura con los contenidos tributarios incluidos en la antijuricidad penal; es decir, el carácter tributario de la defraudación como también de la regularización: es precisamente el sistema tributario según se ha configurado, lo que logra dar entrada a las instituciones propias de este, y permitir la exención(22).

4. También se ha ubicado la regularización tributaria en la llamada "responsabilidad por el hecho"(23) (aunque en ocasiones se le denomine "excusa absolutoria"), como vía para valorar aquellos casos en los que se da una compensación total o parcial de la culpabilidad mediante una conducta positiva del sujeto. Dicha compensación de la culpabilidad ha de ponerse en relación con la categoría de la "responsabilidad por el hecho"(24), referida a la desaprobación jurídico-penal de la conducta, y no meramente a la antijuricidad, como tampoco solo a la culpabilidad en sentido habitual o común. Así, según dicha posición, aun siendo la conducta antijurídica y su agente culpable, faltaría en algunos casos la desaprobación jurídico-penal por el hecho. Hasta tal punto no se da esta desaprobación, que el Estado renunciaría a sancionar(25). En lo que ahora más nos interesa, destaca que los actos postejecutivos

basa en la falta de necesidad de resocialización de quien desiste mediante su regreso a la legalidad; sin embargo, dicha carencia de la necesidad de resocialización no puede asumirse de forma apodíctica, sino que requiere ser probada, pues precisamente en materia tributaria no cabe excluir que desistir de (mantener oculta) la defraudación suponga una vuelta a la legalidad que suprima la necesidad de resocialización.

(21) Así se percibe en la exposición de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte especial*, 5.ª ed, Barcelona, 2008, pp. 755-756, para quien se trata de una "*peculiar causa de exclusión de la antijuridicidad*, derivada del ordenamiento fiscal, por haber dado *satisfacción a la víctima*" (resaltado del autor). Contra, LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización", en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, *Manuales de Formación Continuada*, 4, Madrid, 1999, pp. 366-367.

(22) Cfr. la exposición que trazo en *La exención de responsabilidad penal*, pp. 69-72.

(23) Así, "se trata de una compensación –al menos de una parte esencial– de la culpabilidad mediante un *actus contrarius*, en el sentido de una 'actuación socialmente constructiva'": BACIGALUPO, E., "El nuevo delito fiscal", *AP*, 1995, p. 893, cursiva y entrecomillado del autor, con referencias (Id., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dtor.], *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3109; ID., [dtor.], et ál., *Curso de Derecho Penal económico*, Madrid, 1998, p. 226).

(24) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 278 y ss.

(25) "La categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho se fundamenta, por un lado, en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuricidad, que implica una falta total de desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la falta de desaprobación jurídico-penal, es decir, la que se expresa en la renuncia del Estado a sancionar una acción típica y antijurídica *aunque haya sido realizada culpablemente*": cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*. p. 287 (cursiva del autor), donde incluye el estado de necesidad por colisión de

puedan resultar relevantes, como también que los efectos de la impunidad se extenderían por igual a los partícipes[26].

5. Más común y generalizada es la posición doctrinal de entender que la regularización se ubica en la punibilidad. Que afecta a la punibilidad me parece defendible, por cuanto se refiere a una vía de exención de pena por motivos diversos a los vinculados a injusto y culpabilidad. Se recurre entonces a la falta de necesidad de castigar, o a criterios de oportunidad, o a otros factores que impiden la sanción. En efecto, la conducta regularizadora opera como un factor que hace desaparecer la punibilidad, que elimina la cualidad de sancionable de una conducta contraria a Derecho y propia de un sujeto culpable, porque se ve afectada la necesidad de sancionar. La sanción, como ha expuesto García Pérez[27], no se basa solo en antijuricidad y culpabilidad, sino que "se justifica y es necesaria una categoría distinta del injusto culpable en la que se recojan las consideraciones vinculadas al principio de subsidiariedad"[28]. En ese sentido, estas confluirían en la categoría de la punibilidad, entendida como portadora de un contenido material. De este modo, si los contenidos que las normas penales pretenden alcanzar pueden obtenerse por medios menos costosos, sin que por ello peligre la finalidad misma de las normas, habrá de darse entrada a aquellos. Dicha fundamentación me parece la más defendible para la regularización. Sin embargo, esta ofrece cierta resistencia a ser clasificada con los tópicos habituales en sede de punibilidad.

Así, aunque se sostiene que esta exención de responsabilidad penal constituye una excusa absolutoria[29], albergo dudas sobre la consideración de este supuesto como tal[30]. Y ello por dos razones. La primera, porque las excusas

---

intereses de igual jerarquía, el miedo insuperable, los casos de no punibilidad en el delito de aborto, la exclusión de responsabilidad parental en delitos patrimoniales (excluyendo aquí a los partícipes), etc.

(26) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, p. 288: "en principio", pues caben excepciones, dado que la responsabilidad por el hecho no afecta siempre por igual a los partícipes. Además, no se aplica la pena ni la eventual medida de seguridad.

(27) Cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 380-381 y 384-385. Contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Recensión a García Pérez, La punibilidad...", *RDPC*, 5 (2000), pp. 389-390, donde se muestra partidario de ubicar las causas de levantamiento de la pena –por ser posteriores al hecho– no en el análisis del *hecho punible*, sino en una "teoría de las consecuencias jurídicas del delito" (cfr. ya antes, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos*, pp. 132-133); le sigue FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, pp. 147-178.

(28) Cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 385. En donde añade: "Y esta es una categoría de contenido material, puesto que capta los presupuestos del delito ligados a una de las perspectivas desde las que necesariamente debe contemplarse la función del Derecho penal: su papel como instancia de control social" (*ibídem*).

(29) Es más, esta denominación se ha convertido en común para aplicarla a la regularización, aunque no por ello se garantiza que todos los que la emplean se estén refiriendo a la misma realidad. La propia ley que reformó (Ley Orgánica 6/1995) el código penal español para introducir la regularización se refería a tal expresión en su exposición de motivos.

(30) Debe tenerse en cuenta que reina cierta polisemia en cuanto a la terminología empleada, pues bajo la expresión "excusas absolutorias" se incluye en ocasiones con carácter genérico situaciones

absolutorias suelen basarse en un supuesto pre-existente al delito mismo, en un factor previo aunque comprobado después de la realización del hecho, de manera que la punibilidad no habría llegado a existir *ab initio*; y en la regularización el motivo de la impunidad surge con posterioridad a la defraudación. La segunda, porque, mientras las excusas extienden sus efectos solo a quienes reúnan dicha característica(31) (así, por ejemplo, la exención de responsabilidad penal para ciertos allegados en delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios), en la regularización se exime a todos los intervinientes en la defraudación previa(32). Por tanto, difícilmente puede conceptuarse como excusa absolutoria.

Tampoco parece que la regularización pueda entenderse como una condición objetiva de (no) punibilidad. En estos casos, es un factor vinculado al hecho el que impide la sanción (así, por ejemplo, rebasar cierta cuantía en infracciones patrimoniales es condición, no tanto de la tipicidad de la infracción, cuanto de la relevancia en la punibilidad de esta, que se ve impedida o modificada(33)). De este modo, la condición afecta a la relevancia penal del hecho injusto y culpable, lo cual se extiende a todos los que intervengan en él. En este punto, aunque en la regularización también se cumple este efecto, exige en cambio, no el cumplimiento de una condición, sino una **conducta** del regularizador.

Se explica por tanto que se proponga para la regularización un concepto diverso, siempre más allá de injusto y culpabilidad. Se habla así de las causas personales de levantamiento de pena, entendiendo por tal una previsión legislativa que condiciona negativamente la correspondiente sanción al delito **por la realización de una conducta postejecutiva.** Dichas causas se proponen como alternativa a la de excusa absolutoria(34).

En concreto, un sector de la doctrina alemana, partiendo de la distinción entre causas de exclusión de la pena ("Strafausschließungsgründen", que existirían ya en el momento del hecho, y que admitirían basarse en motivos objetivos o en motivos personales) y causas de levantamiento de la pena ("Strafaufhebungsgründen", que tendrían lugar con posterioridad por razones

muy diversas: cfr. la exposición en MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, pp. 145-146. A dicha polisemia se suma la diferente terminología alemana empleada para casos que afectan a la punibilidad.

(31) Cfr. CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, Montevideo y Buenos Aires, 2008, p. 1001; para QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 444, referido a circunstancias concurrentes en el sujeto o conductas que este lleva a cabo.

(32) Cfr. *supra*, nota 13. Posición que –recordemos– no es pacífica, pues algunos la niegan para la regularización.

(33) Cfr. *infra*, nota 65.

(34) Cfr. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, pp. 43-45.

personales)[35], entiende que la naturaleza jurídica de la "Selbstanzeige" o autodenuncia prevista en el § 371 AO es la de una causa personal en virtud de la cual, una penalidad ya existente "es levantada" gracias a una conducta posterior dotada de peculiar contenido ("Strafaufhebungsgrund", por tanto)[36]. De ahí se exige que los intervinientes en el hecho defraudatorio previo, para quedar exentos de pena, hayan de cumplir los requisitos de la autodenuncia del § 371 AO[37]. Una conclusión que, sin embargo, en el Derecho español no se mantiene de manera unánime[38]: la regularización no impide de manera absoluta extender los efectos de la regularización a los partícipes.

En cualquier caso, puesto que afecta a la punibilidad, el injusto quedaría intacto, al igual que la culpabilidad del sujeto, pero no así su concreta sanción, que se vería modificada o excluida por la presencia de intereses prevalentes[39] vinculados en este caso a conductas del culpable[40]. Y así se ha afirmado también para la regularización[41]. En efecto, es propio de la regularización, tal y como se ha configurado en sistemas que eximen de pena, que se exija una "conducta contraria", regularizadora[42]. A la vez, se admite por

(35) Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, § 52 II; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 23, Nm 4.

(36) Así, BRAUNS, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neubewertung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlín, 1999, p. 136; BREYER, *Der Inhalt der Strafbefreienden Selbstanzeige*, Berlín, 1999, p. 26; HACKENBROCH, en LAMMERDING/HACKENBROCH/SUDAU, *Steuerstrafrecht einschl. Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht*, 6.ª ed., Achim, 1993, pp. 64 y 75; JOECKS, en FRANZEN/GAST/JOECKS, *Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht. Kommentar §§ 369-412 AO, § 32 ZollVG*, 5.ª ed., Múnich, 2001, § 371, Nm 32; KLEIN/ORLOPP, *Abgabenordnung*, 4.ª ed., Múnich, 1989, § 371, Nm 4; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeitenrecht und Verfahrensrecht. Kommentar zu den §§ 369-412 AO 1977*, 7.ª ed., Colonia, 1997, 26.ª actualización (octubre-noviembre de 1998), Colonia, 1998, § 371, Nm 25; KÜSTER, en MÜLLER-GUGENBERGER (dtor.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2.ª ed., Münster, 1992, § 36, Nm 135; SIMON/VOGELBERGER, *Steuerstrafrecht*, Stuttgart, 2000, p. 159; WASSMANN, *Die Selbstanzeige im Steuerrecht: Kommentar zu § 371 AO mit Rechtsprechungsanhang*, Stuttgart..., 1991, p. 26. A sí lo recoge también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos*, p. 104. Aunque no falta cierta doctrina y alguna resolución de la jurisprudencia que sostiene la primera postura (cfr. referencias en BREYER, *Der Inhalt der Strafbefreienden Selbstanzeige*, *ibidem*).

(37) Cfr. por ejemplo, JOECKS, en *Steuerstrafrecht*, § 371, Nm 33.

(38) Cfr. *supra*, nota 13.

(39) Entre quienes defienden en la doctrina alemana la naturaleza penal de la regularización, prevalece la idea de que esta persigue una finalidad de incentivar ("Anreiztheorie") al defraudador a "deshacer" su inicial incumplimiento: así, BREYER, *Der Inhalt der Strafbefreienden Selbstanzeige*, pp. 127 ss; FREES, *Die steuerrechtliche Selbstanzeige. Zur kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit des § 371 AO*, Fránkfort d.M., 1991, pp. 44-45. Contra, LÖFFLER, *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbsanzeige. Über die strafrechtliche Erklärung des § 371 AO*, Baden-Baden, 1992, pp. 100-101.

(40) Cfr. en tal sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos*, p. 132.

(41) Así, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 162-163, y nota 345, con numerosas referencias (aunque hay que matizar en virtud de que la terminología se emplea por los diversos autores con sentidos no unánimes); también RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, 2001, pp. 55-56.

(42) Por ejemplo, LUZÓN PEÑA, "Punibilidad", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. IV, p. 5428, columna I, vincula estas causas personales a comportamientos postdelictivos positivos. En

cierta doctrina que los efectos de exención puedan extenderse a los que hayan intervenido en la defraudación previa. Por tanto, además de exigir una conducta que contrarreste o haga frente a la de defraudación ya realizada, sus efectos poseen carácter "objetivo", en cuanto afecta a la relevancia penal **del hecho**. Ambos factores no se dan, como ya hemos visto, en las condiciones objetivas de punibilidad ni en las excusas absolutorias, al menos en los casos que habitualmente se califican como tales.

Por lo demás, así como la regularización exige una conducta postejecutiva, se diferencia sin embargo de otras conductas postejecutivas (del desistimiento de la tentativa, por ejemplo), por cuanto los efectos de estas últimas son personales y no afectan a quienes no realicen la conducta. En cambio, para la regularización se propone que afecte a la relevancia penal del hecho de defraudación y a todos los intervinientes en ella. Para lo cual, cierta doctrina partidaria de la extensión a los intervinientes exige de estos algo de su parte (por ejemplo, "siempre que contribuyan de algún modo al esclarecimiento de los hechos"(43), o "que intervengan conociendo que se va a producir el CPP [*sc*. comportamiento postdelictivo positivo] del autor"(44)).

6. De este modo, la regularización presentaría, frente a las excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad, una faceta peculiar por dos razones. Por un lado, exige lo que las excusas absolutorias no requieren, la conducta postejecutiva(45). Por otro, afecta a la relevancia penal del hecho, como las condiciones objetivas de punibilidad; pero, a diferencia de estas, no se da sin una conducta regularizadora. De este modo, no reúne ni lo que se viene exigiendo para las excusas absolutorias, ni para las condiciones objetivas de punibilidad. Como se ve, un criterio de clasificación bipartito como el empleado no resulta satisfactorio por no abarcar todos los casos. Razón por la cual se recurre entonces, como hemos visto, a una tercera categoría(46) –causas de levantamiento de la pena– para referirse a supuestos en los que se dejaría de sancionar al sujeto por un factor vinculado a una conducta suya, no extensible a quienes no la realicen (así, en concreto, en el desistimiento de la tentativa). Sin embargo, me parece que la regularización tributaria tampoco responde plenamente a este modelo, por cuanto, aun requiriendo una

la doctrina alemana, con carácter general, cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 4, incluyendo el desistimiento de la tentativa.

(43) IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, p. 187.

(44) FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, p. 194.

(45) Aunque para las excusas absolutorias algunos (cfr. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, p. 444) indican que pueden dar cabida, no solo a características del sujeto (parentesco, por ejemplo), sino también a una conducta suya (pagar o abandonar su actitud, por ejemplo).

(46) Sin olvidar que la terminología española (en concreto, "excusas absolutorias") difiere de la empleada en lengua alemana, lo cual hace pensar que no quepa un paralelismo absoluto entre las categorías calificadas de una manera u otra.

conducta del sujeto en sentido regularizador, cabe defender que sus efectos se extiendan a todos los intervinientes en el hecho defraudador previo. Tendría, en este sentido, un carácter "objetivo"(47). Como se percibe, la regularización tributaria encuentra un difícil acomodo en la doctrina al uso de la punibilidad. En lo que sigue (III), se propone una clasificación de los factores que afectan a la punibilidad que permita acoger también dicha exención de responsabilidad penal. Por lo demás, la necesidad de contar con una clasificación de los muy variados factores de la punibilidad es algo generalmente reconocido(48). Aquí se propone una clasificación de estos.

III

1. Se percibe que la regularización guarda cierto paralelismo con otras previsiones legislativas de exención de responsabilidad. Así, piénsese en la exención de responsabilidad para el caso del delito de cohecho activo denunciado por el particular(49). También se prevé la impunidad de la conducta de incendiar masas forestales cuando se ha evitado su propagación(50); como se exime también a quien se retracta de su falso testimonio en juicio para que surta efecto antes de dictarse la sentencia del proceso en cuestión(51). Común a estos tres casos, y a la regularización tributaria (art. 305.4 CPesp)(52), es la exigencia de una conducta del sujeto; pero también es –a mi modo de ver– su afectación a la relevancia penal del hecho mismo, de tal manera que puede afectar a quienes hayan intervenido en este(53). Tales casos difieren tanto de las

(47) Idea que no es tan novedosa, pues como señala IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, p. 168, nota 362, va ganando terreno en la doctrina alemana la idea de que las causas de exclusión de la pena puedan clasificarse en personales y objetivas.

(48) Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 6; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Madrid, 2002, p. 1165; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2008, p. 674.

(49) Concretamente, se prevé que "quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos" (art. 427 CPesp).

(50) Así, "la conducta prevista en el apartado anterior [*sc*. prender fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio] quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor" (art. 354.2 Cpesp).

(51) "Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate" (art. 462 CPesp; cfr. art. 409.III CPp).

(52) Cfr. *supra*, nota 8.

(53) Lo cual no es reconocido con carácter general: así, según entiendo, no expresamente en OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, pp. 411-445, por cuanto el carácter personal (cfr. *ibidem*, p. 411) no impide *cierta* relación con el delito previo (cfr. *ibidem*, pp. 418-419), lo cual no se identifica exactamente con la posibilidad o no de extender la exención a los partícipes en el delito de cohecho (por ejemplo, a los cómplices del particular que ha accedido ocasionalmente a la petición del funcionario corrupto).

excusas absolutorias, como de las condiciones objetivas de punibilidad, tal y como se entienden habitualmente; pero también de las causas de levantamiento de la pena, por cuanto de estas se suele afirmar que son "personales"(54).

Ya estos ejemplos muestran cómo suele atenderse a dos factores: si se precisa o no una conducta, y si se extienden sus efectos a todos los intervinientes al entenderse que se ve afectada la relevancia penal del hecho mismo. Puesto que se ubican en la punibilidad, se entiende que ambos criterios se encuentran más allá del injusto culpable, y se basan en otras razones (falta de necesidad de sanción, subsidiariedad […]). Lo cual exigiría un estudio más a fondo de por qué se atiende a esos y no otros factores.

En cualquier caso, pienso que resulta oportuno contar con una clasificación que permita dar acogida, tanto a factores vinculados a la conducta subsiguiente del sujeto(55), como también a la relevancia penal del hecho delictivo mismo (por lo que extendería sus efectos no solo a aquellos sujetos en quienes concurra el factor: aquí, la conducta postdelictiva)(56). Con base en el hecho delictivo, sobre el que se parte para determinar la responsabilidad penal, han de ser tomadas en cuenta otras circunstancias personales(57). Cabe también tomar en cuenta circunstancias no personales; y, además, puede razonarse la extensión de sus efectos más allá del autor, es decir, que afecte a la **relevancia penal** del hecho. Conviene tener en cuenta la conducta o circunstancias, por un lado, y la relevancia o efectos, por otro. Se propone, por tanto, una clasificación que incluye tal posibilidad, por cuanto combina dos criterios compatibles. Veámoslo.

2. El primer criterio atiende al factor en que se basa la impunidad: puede ser una conducta del sujeto (formal), o bien una circunstancia desvinculada de esta (material). El segundo criterio atiende a la relevancia penal del hecho delictivo: puede limitarse al sujeto a quien afecta (subjetiva), o bien aplicarse a todos los intervinientes (objetiva). De esta manera, los dos criterios dan lugar a cuatro situaciones: factores i) subjetivo-materiales de la punibilidad; ii) subjetivo-formales; iii) objetivo-materiales; y iv) objetivo-formales. Entiéndase aquí "formal" en cuanto que exige una conducta del sujeto y no el mero

(54) Cfr. por todos FARALDO CABANA. *Las causas de levantamiento de la pena*. pp. 191-195, quien no rechaza que pueda tener efectos para algunos intervinientes en el hecho previo (*ibídem*, p. 194).

(55) Contrario a otorgar relevancia al dato de si son coetáneas o "sobrevivientes" al hecho, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 698; ID., *Lecciones*, p. 674.

(56) Es generalizada la opinión en la doctrina penal sobre la heterogeneidad de los elementos incluidos en la punibilidad: cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 6; LUZÓN PEÑA. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. IV, p. 5423, columna II; CUELLO CONTRERAS. *Derecho Penal*. p. 1165; GARCÍA CAVERO. *Lecciones*. p. 674; GARCÍA PÉREZ. *La punibilidad*. p. 95.

(57) Como puso de manifiesto LUZÓN PEÑA. "Prólogo" a DE VICENTE REMESAL. *El comportamiento postdelictivo*, p. 27; cfr. también MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte general*. 8.ª ed., Barcelona, 2008, 5/33.

efecto de una situación, idea a la que califico en cambio como "material". Y entiéndase "subjetivo" como referido a lo que afecta al sujeto en cuestión, mientras que "objetivo" es lo referido al hecho, a la relevancia penal del hecho.

3. De este modo, i) un factor subjetivo-material de la punibilidad es aquel que produce efectos a) solo en quien concurre dicho factor, y b) con independencia de la conducta del sujeto que aspira a la impunidad. De este modo, se daría entrada aquí a circunstancias como el parentesco que opera en ciertos delitos para eximir (o atenuar), por ejemplo, en ciertos delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios(58), o en el encubrimiento entre ciertos sujetos; la inviolabilidad de los parlamentarios por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones(59); o la necesidad de la querella para poder condenar por injurias a un particular(60); o la relevancia del perdón de la persona injuriada(61); o la prescripción de la pena. Por tanto, no se requiere una conducta del sujeto a quien afecta la posible impunidad del injusto culpable, y por eso es "material", pero afecta solo a aquel en quien concurra el factor, y por eso es "subjetivo"(62). Obsérvese cómo en los ejemplos mencionados de la querella en las injurias a particular y del perdón del injuriado, dichas conductas operan como un "dato" –y en este sentido es "material"–, por mucho que se trate de una conducta; pero una conducta de alguien (quien perdona o se querella) distinto, y que afecta solo a quien resulte perdonado o querellado, respectivamente –y en este sentido es "subjetivo".

A su vez, en ii) un factor subjetivo-formal de la punibilidad es aquel que produce efectos a) para quien la lleva a cabo, y b) si media una conducta suya. Se incluirían aquí supuestos como el del desistimiento de la tentativa o el de la revelación eficaz en los delitos de rebelión y sedición(63). Se exige una conducta del sujeto, y por eso es "formal", y sus efectos no se extienden más allá de dicho agente, y por eso es "subjetivo"(64). A diferencia del grupo

(58) Cfr. art. 268 Cpesp; art. 208 del CPp.

(59) Art. 71.1 Constitución española, 1978.

(60) "Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos" (art. 215.1 Cpesp; cfr. art. 138 del CPp).

(61) "El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de (…)" (art. 215.3 del CPesp).

(62) Evito emplear la terminología de "personales", por cuanto no se opone al concepto de "objetivo". Cfr. en cambio la mención que efectúa GARCÍA PÉREZ. *La punibilidad*. p. 45, a la doctrina que sí emplea "personales" y "objetivas"; para GARCÍA CAVERO. *Lecciones*. pp. 679-680, "personales" frente a "materiales".

(63) "Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias" (arts. 480.1 CPesp, lo cual rige, en virtud del art. 549 CPesp, también para el delito de sedición).

(64) Este criterio no coincide con el de concurrencia o no en el momento de hecho (cfr. sin embargo, con este, la exposición de MORENO-TORRES HERRERA. *El error sobre la punibilidad*. p. 43).

de casos i), aquí el factor determinante de la impunidad es una conducta realizada por aquel sobre el que recae responsabilidad penal y cuya punibilidad puede verse excluida.

Además, en iii) es un factor objetivo-material lo que da lugar a la impunidad a) con efectos en la relevancia penal del hecho mismo, por cuanto extiende la impunidad a todos los que tomaron parte en el hecho delictivo, y b) con independencia de una conducta del sujeto que se beneficia de la impunidad. Cabe situar aquí la prescripción del delito, institución que extiende su eficacia al hecho injusto culpable(65); y también la superación de la cuantía exigida para la sanción como delito o no de una infracción(66). No se trata de conducta (postejecutiva) alguna del agente, sino de factores que operan como un "dato" que condiciona la punibilidad del hecho previo (por este motivo, se trata de factores de carácter "material"), de todos los que han intervenido en este(67) (y por eso, tiene carácter "objetivo").

Y en iv) opera un factor objetivo-formal que logra la impunidad a) con efectos para todos los que tomaron parte en el hecho, porque afecta a la relevancia penal del hecho, y b) gracias a la conducta del sujeto. Cabe incluir aquí casos como el de la regularización y los restantes mencionados ya en el párr. 1. En tales supuestos se trata de una conducta (postejecutiva) del agente (es "formal"), que logra la impunidad, pero con efectos extensibles a todos los que han intervenido en el hecho previo (es "objetivo").

(65) Sin embargo, la prescripción de la pena afectaría solo a quien ha sido condenado a ella, y en virtud de un factor independiente de su conducta, el paso del tiempo. Por tanto, se trataría de un caso de factor subjetivo-material de la punibilidad: grupo i).

(66) En concreto, me refiero a infracciones que exigen rebasar una cuantía: por ejemplo, en Derecho español los delitos contra la Hacienda Pública, en los que el volumen de lo defraudado deslinda la sanción como delito o no (por debajo de tal cuantía, se da entrada a la sanción como infracción administrativa; cfr. *supra*, nota 12): cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 271-277, quien pone de relieve su desvinculación del injusto culpable (*ibídem*, p. 276). Pero también cabe considerar aquí (como atenuación) el sistema penal español para el hurto y robo con fuerza en las cosas, que admite la sanción como delito o como falta, en función de la cuantía de 400 euros. No se trata, sin embargo, de doctrina pacífica, pues se entiende también en la doctrina –por ejemplo, por ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, 2009, p. 188, para el hurto (arts. 234 y 623.1 CPesp)– que la cuantía en delitos que la exigen es un elemento de la tipicidad de estos. Considero que la previsión de rebasar una cuantía, como criterio de diferenciación entre delito y falta, si no entran en juego otras consideraciones (como en cambio sí sucede cuando se emplea la cuantía para dar entrada a un tipo agravado por la "especial relevancia del daño causado"), afecta a la punibilidad, y no a los elementos requeridos para la conducta delictiva (hurto, por ejemplo).

(67) Dicho concepto no resulta lejano de la conceptuación de las condiciones objetivas de punibilidad que efectúa MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6/65, cuando expresa que estas "no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, pero condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación penal por alguna de esas *otras razones*" [*sc*. razones distintas de la gravedad del desvalor de resultado y de la conducta] (resaltado del autor).

4. Los dos criterios, de dos conceptos, dan lugar por tanto a cuatro posibilidades, como se representa a continuación.

Requieren: / Efectos:	**Materiales** (con independencia de una conducta del agente)	**Formales** (realización de una conducta del agente)
Subjetivos (solo en quien concurra el factor)	i) factores subjetivo-materiales de la punibilidad Ej.: parentesco en ciertos delitos; inviolabilidad de los parlamentarios; querella en las injurias a un particular; perdón de la persona injuriada; prescripción de la pena.	ii) factores subjetivo-formales de la punibilidad Ej.: desistimiento de la tentativa; revelación eficaz en los delitos de rebelión y sedición.
Objetivos (para la relevancia penal del hecho)	iii) factores objetivo-materiales de la punibilidad Ej.: prescripción del delito; superación de la cuantía en ciertas infracciones.	iv) factores objetivo-formales de la punibilidad Ej.: denuncia en el cohecho activo; evitar la propagación en el delito de incendio; retractarse del falso testimonio; regularización tributaria.

5. A mi modo de ver, se aporta así cierta claridad a la exposición de los factores que condicionan la punibilidad. Dicha clasificación y los criterios que la hacen posible exigen superar la usual dicotomía de excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad. A su vez, también la categoría de las causas de levantamiento de la pena exige alguna matización y encontraría así más sentido en el conjunto de la punibilidad(68), al dar lugar a dos grupos de situaciones en función de los efectos que llevan consigo(69) (las que afectan a la relevancia del hecho y las que lo hacen a los sujetos en quienes concurren). En efecto, la clasificación ahora propuesta para los supuestos que afectan a la punibilidad es el producto de combinar dos criterios, ambos de dos conceptos: el de si se requiere o no una conducta subsiguiente (formal/material) y el de la relevancia para el hecho o el sujeto (objetivo/subjetivo). Todo lo cual enriquece, a mi modo de ver, la categoría de la punibilidad al posibilitar matices en la clasificación, que vienen llamando la atención de la doctrina(70).

(68) Cfr. el planteamiento de MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, pp. 44-45.
(69) Como expresa ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 5, resulta indiferente conceptuar un factor como condición objetiva de punibilidad o como causa material de exclusión de punibilidad ("Strafausschließungsgrund"), lo cual hace en buena medida superflua la diferenciación. Escéptico también sobre la relevancia de la clasificación, CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 1163.
(70) Cfr. referencias en GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 45, notas 62 y 63.

Por otra parte, el criterio de distinción formal/material permitiría en los grupos ii) y iv) exigir conocimiento propio de la conducta por parte del sujeto que pretende beneficiarse de la no punición(71). Algo que, en cambio, no sería preciso en los grupos i) y iii), en donde la relevancia para la punibilidad no se hace depender de una conducta del sujeto(72). Pero una vez realizada la conducta que da lugar a la no punibilidad, puede defenderse la extensión de este efecto a todos los intervinientes en el hecho previo con base en que las mismas **razones que operan para la impunidad de uno, rigen para los demás** (es decir, si no se extendiera, se frustraría la razón de ser de la causa de no punibilidad). Es esto lo que permite afirmar que en el grupo iv) quedarían impunes todos los intervinientes en el hecho delictivo previo.

6. A fin de cuentas, como ha recordado García Pérez, la formulación de una situación que afecta a la punibilidad como excusa o como condición no es tan relevante(73), pues unas y otras se pueden expresar en positivo o en negativo(74). Tampoco parece que la distinción pueda derivarse solo de si extienden sus efectos a uno y no a otros sujetos(75), pues como ya se ha puesto de relieve en cierta doctrina(76) algunas excusas podrían afectar a todos los intervinientes. Parece conveniente idear criterios clasificatorios adicionales que aporten matices en el conjunto. Es lo que se pretendía efectuar aquí. Procedería ahora adentrarse en el fundamento de la no punibilidad. Pero eso exigiría un estudio separado, que no puede llevarse a cabo en este lugar.

(71) Esta faceta de los factores formales como conductas no significa que, con carácter general, se trate de comportamientos supererogatorios, lo cual exigiría que no fueran casos de conductas prescritas por la norma.

(72) Sobre la relevancia del error sobre la punibilidad, cfr. MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, pp. 97-111, con referencias, quien lo entiende como un (peculiar) error sobre la prohibición (cfr. *ibídem*, pp. 100-101).

(73) Aunque se suele establecer (por ejemplo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 7.ª ed., Valencia, 2007, p. 400) que las "excusas" excluyen la punibilidad, mientras que las "condiciones" la fundamentan; o que hay que constatar la ausencia de las primeras, mientras que en las segundas su concurrencia (QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, p. 444).

(74) Citando a Beling (*Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, p. 55, para quien "la relación lógica es exactamente igual"): GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 36. Con igual fundamento, MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, p. 30.

(75) Así, en cambio, QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, pp. 444 y 446, por ejemplo.

(76) Cfr. *supra*, nota 70.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Presentación 5

Profesor Dr. Klaus Tiedemann. Currículum Vitae 7

Presentación a la primera edición 11

Introducción..... 15

PRIMERA PARTE

DERECHO PENAL ECONÓMICO (PARTE GENERAL)

Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares
Dr. Manuel A. Abanto Vásquez (Perú) 19

Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas: El Derecho español
Prof. Dr. José Luis De La Cuesta (España)
Dra. Ana Isabel Pérez Machío (España) 89

La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia
Luigi Foffani (Italia) 107

Sanción de las personas jurídicas en el Código Penal español y propuestas de reforma
Mercedes García Arán (España) 117

Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español
Prof. Dr. Luis Gracia Martín (España) 151

La responsabilidad penal de las personas jurídicas
Contexto europeo y solución italiana
Vincenzo Militello (Italia) 181

Programas de "compliance" en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica
Prof. Dr. Ulrich Sieber (Alemania) 197

La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos
Jesús-María Silva Sánchez (España) 239

Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano
Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión
José Urquizo Olaechea (Perú)
Nelson Salazar Sánchez (Perú) 265

SEGUNDA PARTE

DERECHO PENAL ECONÓMICO (PARTE ESPECIAL)

La nueva regulación de los llamados "delitos informáticos" en el Código Penal argentino: Un estudio comparado
Gustavo Eduardo Aboso (Argentina) 321

Promoción de la cooperación internacional gracias a las normas suizas antiblanqueo
Automatic Paper and Assets Tracing
Paolo Bernasconi (Suiza) 351

Problemas de tipificación de los delitos informáticos
Prof. Dr. Norberto J. de La Mata Barranco (España)
Prof. Lda. Leyre Hernández Díaz (España) 367

La tutela del Código Penal español frente al establecimiento de vertederos ilegales de residuos peligrosos
Patricia Faraldo Cabana (España) 407

La aplicación del tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima
Percy García Cavero (Perú) 445

Un problema de la administración desleal de los órganos societarios: La remuneración abusiva de los administradores
Carlos Gómez-Jara Díez (España) 461

Engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa, entre política criminal y dogmática (reflexiones de Derecho Comparado)
Héctor Hernández Basualto (Chile) 485

De la llamada estafa de crédito
Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde (España) 499

El papel del engaño en el delito de estafa
Adán Nieto Martín (España) 529

Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 del CP español) y su relación con los resultados lesivos
Inés Olaizola Nogales (España) 557

Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: La distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño
Rafael Rebollo Vargas (España) 607

Korkengelder y otras medidas de promoción de venta desde la perspectiva del Derecho de la competencia alemán
Rudolf Rengier (Alemania) 651

Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal
Pablo Sánchez-Ostiz (España) 665

Índice general 683