

Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico

Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores

Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC

Junio 2008

Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico
Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores

Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC
Junio 2008

Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC



Primera Edición 2009

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluidos el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del autor y de la editorial.

Edita:

Universidad Rey Juan Carlos
Paseo de los Astilleros, s/n
28032 Madrid

Depósito Legal: M-10000-2010

ISBN: 978-84-692-9980-7

© Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC

Imprime: Gráficas Jomagar S.L.

Impreso en España

Curso Superior
Universitario en Derecho
Penal Económico

**Un diálogo entre Jueces,
Fiscales, Abogados
y Profesores**

Cátedra de Investigación Financiera
y Forense KPMG-URJC

Junio 2008

Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico

Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores

Cátedra de Investigación Financiera
y Forense KPMG-URJC

Junio 2008

Directores:

D. Antonio Cuerda Riezu. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

D. Jaime Vegas Torres. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos

Coordinadoras:

Dña. Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch. Profesora Titular (i) de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

Dña. M^a del Mar Montón García. Profesora Titular (i) de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos

*A Antonio González-Cuéllar García,
conferenciante del curso.*

*En homenaje por su honestidad jurídica
e intelectual y por su brillante trayectoria
como Abogado y como Profesor de
Derecho Penal.*

Índice

Presentación 13

Prólogo 14

Capítulo I

La prescripción del delito. Lunes, 2 de junio de 2008

1. Sobre la prescripción del delito 18

D. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado y Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

2. La prescripción del delito 35

D. Carlos Aguilar Fernández. Abogado. Socio Director Departamento Procesal. Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo

3. La prescripción: una perspectiva práctica 52

D. Ernesto Díaz-Bastién. Abogado. Díaz-Bastién & Truan Abogados

Capítulo II

¿Deben responder penalmente las personas jurídicas? Miércoles, 4 de junio de 2008

1. ¿Deben responder penalmente las personas jurídicas? Una reconsideración sobre la tercera vía 66

D. Miguel Bajo Fernández. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado

2. La responsabilidad de las personas jurídicas: una necesaria reforma procesal 89

D. Enrique Molina Benito. Abogado

3. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas 95

D. Carlos Gómez-Jara Díez¹. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado. Molins & Silva Defensa Penal

Capítulo III

La defensa de los intereses generales en el delito urbanístico. Lunes, 9 de junio de 2008

1. Delitos urbanísticos: defensa de los intereses generales 156

D. José Antonio Martín Pallín. Magistrado Emérito del Tribunal Supremo

2. La defensa de los intereses generales en el delito urbanístico 169

D. Jesús Urraza Abad². Doctor en Derecho Penal. Director del despacho Urraza & Mendieta Abogados

Capítulo IV

Apropiación indebida y delito de administración desleal. Miércoles, 11 de junio de 2008

1. Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación 204

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar. Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo

2. Apropiación indebida y delito de administración desleal 218

D. Joaquín Burkhalter Thiébaud. Abogado. Cuatrecasas. Gonçalves Pereira

1. En la fecha de la conferencia pertenecía al despacho de abogados Oliva-Ayala Abogados S.L.P

2. En la fecha de la conferencia era Socio-Director del despacho de abogados Barrilero Abogados

Capítulo V

La importancia de la prueba pericial económica en el procedimiento penal. Lunes, 16 de junio de 2008

1. La importancia de la prueba pericial económica en el procedimiento penal 232

D. Vicente Javier González Mota. Fiscal de la Audiencia Nacional

2. La importancia de la prueba pericial económica en el procedimiento penal 248

D. Pablo Bernad Ramoneda. Socio responsable de Forensic de KPMG en España

Capítulo VI

Reflexiones sobre el derecho a la presunción de inocencia. Miércoles, 18 de junio de 2008

1. Reflexiones sobre la presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad 258

D. Andrés de la Oliva Santos. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid

2. Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales 266

D. Ismael Clemente Casas. Abogado de Uría Menéndez

3. “Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal económico europeo 281

D. Adán Nieto Martín y D. Axel Blumenberg. Instituto de Derecho Penal Europeo e internacional. Universidad de Castilla - La Mancha

Capítulo VII

El principio “ne bis in idem”. Lunes, 23 de junio de 2008

1. El principio “ne bis in idem” 306

D. Fernando Prieto Rivera. Fiscal del Tribunal Supremo

2. El principio “non bis in idem”. La eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada 334

D. Ignacio Ayala Gómez. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Socio de la firma Oliva-Ayala Abogados S.L.P.

Capítulo VIII

Blanqueo de capitales. Miércoles, 25 de junio de 2008

1. Aspectos legales de la prevención del blanqueo de capitales 348

D. Javier Alberto Zaragoza Aguado. Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional

2. El abogado ante el blanqueo de capitales 378

D. Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes. Abogado. Cuatrecasas. Gonçalves Pereira

Presentación

La Universidad Rey Juan Carlos, en su búsqueda de la excelencia, tiene entre sus prioridades la de acercarse al mundo de la empresa, al conocimiento práctico y cotidiano. De esta manera pretende no solo ajustar sus enseñanzas a la realidad, sino conocer las necesidades de las empresas, para poder formar a sus profesionales del día de mañana de forma eficaz.

Por otro lado, el departamento de Forensic de KPMG, como líder y pionero en su sector en la realización de informes periciales en entornos de fraude, delitos económicos o blanqueo, considera muy importante el ámbito universitario como foro de conocimiento y debate, como lugar para compartir ideas y conocimiento, así como para concienciar a los estudiantes y a la sociedad en general sobre la problemática y coste del fraude en la vida de las empresas.

Con estos antecedentes, en noviembre de 2007 se crea la Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG – URJC, cuya vocación de servicio aúna los objetivos de las dos partes, permitiendo un trabajo en común más fructífero y coordinado. En este sentido pronto surgieron las iniciativas, y en su corto periodo de existencia la Cátedra ha visto pasar por las aulas de la Universidad a las más prestigiosas figuras del Derecho Penal, especialmente las referidas al Derecho Penal Económico, o bien a los representantes de los organismos públicos encargados de luchar contra el blanqueo de capitales.

En todo caso, la vocación de la Cátedra nos llevará a explorar muchos otros temas vinculados a su objeto, a la investigación financiera y forense, como pueda serlo el Derecho Laboral, o bien las tecnologías de la información y su papel en las actuaciones poco éticas dentro de las compañías.

En definitiva, la Cátedra viene a representar un foro abierto a profesionales de la docencia, las empresas y la Administración, así como a estudiantes, donde el debate y la confrontación de ideas, junto con la cooperación en la búsqueda de consensos, permita aportar a la Sociedad soluciones a los graves problemas existentes en estas materias, o bien, más modestamente, al menos aportar aproximaciones o guías que permitan a otros llegar a descubrir remedios eficaces.

Directores de la Cátedra

Maria del Pilar Laguna Sánchez. Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Rey Juan Carlos

Fernando Lacasa Cristina. Director en el área de Forensic de KPMG en España

Prólogo

En el mes de febrero de 2008, la Vicerrectora de Títulos Propios y Postgrado, Pilar Laguna Sánchez, compañera de nuestra Facultad, nos informó de que se había creado la Cátedra de Investigación Financiera y Forense entre la Universidad Rey Juan Carlos y KPMG Asesores, y que ella era la Responsable de dicha Cátedra. Lógicamente nos alegramos mucho y la felicitamos por ello, pero la conversación no quedó sólo en los merecidos parabienes sino que a renglón seguido -como era de esperar- nos pidió a los abajo firmantes que organizáramos un Curso Superior Universitario en Derecho Penal económico para el mes de junio de ese mismo año. Nos preocupó algo el encargo, porque cualquiera que haya diseñado un curso de estas características sabe que es difícil culminar la tarea en apenas dos meses.

Pero asumimos con decisión el apresurado reto y después de algunas reuniones preparatorias con Pilar Laguna y con Fernando Lacasa, Director del Departamento de Forense de KPMG, trazamos las líneas generales del curso. Cursos sobre Derecho Penal económico ha habido, y seguramente seguirá habiendo, bastantes, y asimismo están publicados varios volúmenes sobre el mismo tema. Pero nuestra intención no era organizar mesas redondas al uso donde diversas personas hablan sobre una misma e idéntica cuestión. Se trataba, más bien, de organizar debates monográficos sobre un aspecto concreto del Derecho Penal y del Derecho procesal penal con repercusiones en el ámbito económico, de modo que un conferenciante expusiera su opinión con una cierta extensión sobre ese aspecto concreto y después otros ponentes hicieran una aproximación distinta o incluso radicalmente contrapuesta al punto de vista del conferenciante. Pretendíamos además garantizar el tono dialéctico de los debates, reclutando para ese fin a conferenciantes y ponentes de diversas procedencias y con diferentes sensibilidades: queríamos que los alumnos escucharan a gente diversa procedente de la magistratura, de la fiscalía, de la abogacía y también de la universidad. De la misma manera que en los procesos judiciales se supone que el debate entre partes debe facilitar la asunción de una decisión por parte del juez, que de esa manera advierte los pros y los contras de cada una de las posturas enfrentadas, adoptamos nosotros el criterio de favorecer la contraposición de opiniones para que los alumnos alcanzaran -o al menos tuvieran la posibilidad de alcanzar- un criterio propio sobre cada tema concreto.

El presente libro es el resultado de traspasar al papel aquellas conferencias y ponencias que se impartieron efectivamente en junio de 2008 y con la estructura que acabamos de explicar. Esta es la razón de que lleve como subtítulo el de Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores, y este tono dialogante, de discusión en lo jurídico pero siempre por cauces civilizados (esto es, respetando al que opina de otra manera), es precisamente el que imprime un específico carácter al Curso de entonces y al volumen de ahora.

Creemos que son méritos del Curso la indiscutible calidad de los conferenciantes y ponentes (todos ellos “primeros espadas” de su respectiva especialidad), el equilibrio entre cuestiones materiales y procesales, así como la selección en lo penal tanto de aspectos generales como de delitos en particular. Hubiera sido una lástima que el Curso se hubiera quedado sólo en eso, en un Curso, y por tal razón les pedimos a nuestros invitados que hicieran el esfuerzo de redactar un texto escrito para evitar que las palabras se las llevara el viento y que hubiera, como se suele decir ahora, una transferencia de resultados a la comunidad de juristas. El lector tiene la potestad de valorar si se han alcanzado esos objetivos o no.

Poco tiempo después de su muy interesante intervención sobre los delitos urbanísticos, falleció de manera inesperada y abrupta nuestro querido compañero Antonio González-Cuéllar García. No tuvo tiempo de redactar su intervención y esa es la razón de que la misma no aparezca entre las páginas que siguen. Desde aquí le rendimos un sentido homenaje por su honestidad jurídica e intelectual y por su brillante trayectoria como Abogado y como Profesor de Derecho Penal, últimamente en la Universidad Autónoma de Madrid. Descanse en paz.

No podemos acabar estas líneas sin recordar la iniciativa de Pilar Laguna, de Fernando Lacasa y de Pablo Bernad, socio responsable de KPMG Forensic; la desinteresada colaboración de conferenciantes, ponentes y moderadores de mesa, procedentes estos últimos bien de la Universidad Rey Juan Carlos, bien de KPMG; la labor de coordinación de textos y de corrección de pruebas de Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch y de María del Mar Montón García; y por último, la ayuda en las tareas de secretaría de Amaya de la Fuente. A todos ellos muchas gracias, porque este libro es el resultado de la conjunción de todos esos esfuerzos.

Antonio Cuerda Riezu. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

y

Jaime Vegas Torres. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Capítulo I

La prescripción del delito

Lunes, 2 de junio de 2008

Moderadora:

Dña. Victoria García del Blanco

Profª. Titular (i) de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

Sobre la prescripción del delito*

D. Gonzalo Rodríguez Mourullo

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid
Abogado y Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

I. Introducción

La oscilante jurisprudencia del TS dictada sobre la disposición del art. 132.2 del Código Penal (correspondiente al artículo 114, párrafo 2º del Código Penal de 1973) «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable», ha convertido a la regularización de la prescripción, institución que hunde sus raíces en la seguridad jurídica (STC 157/1990), en fuente de inseguridad.

De cuál sea el panorama de la jurisprudencia en esta materia da buena prueba este pasaje de la STS de 14 de marzo de 2003:

Recurrentes y recurridos sobre esta particular dialéctica traen a colación innumerables sentencias de esta Sala, alguna de las cuales en lugar de clarificar, oscurece la decisión del problema, al dirigirse su doctrina a la precisión de otros aspectos de la prescripción, distintos a la capacidad legal de la denuncia o querella para interrumpirla.

Reconocimiento de que sobre la materia existen *innumerables* sentencias y que en ese extenso conjunto existen sentencias de distinto signo, lo que permite que sean invocadas por las partes que ostentan en el procedimiento posiciones contrapuestas como son las de recurrente y recurrido.

*El texto de esta conferencia se corresponde sustancialmente con mi contribución al *Liber amicorum* publicado en honor del Prof. Dr. A. González Cuéllar.

II. Estado de la jurisprudencia

II.1. La querella o denuncia como actos con capacidad interruptora

La citada STS de 14 de marzo de 2003 resume el estado de la jurisprudencia en los siguientes términos:

Sobre la concreta interpretación de cuándo se considera que “el procedimiento se dirige contra el culpable” existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querella o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querella.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala.

Como se ve, la mencionada Sentencia del 14 de marzo de 2003, pretende presentar las oscilaciones del Tribunal Supremo como «reflejo» de «dos corrientes doctrinales», pero esto no es así. Si el TS puede decir, con razón, que en los momentos actuales la interpretación que sostiene que la mera presentación de la denuncia o querella interrumpe la prescripción es «doctrina mayoritaria de esta Sala, y muy consolidada» (STS 147/2003, de 5 de febrero) o «tendencia bastante consolidada» o de manera «inequívoca» «prevalente» (STS de 14 marzo 2003), no es menos cierto que el rechazo por parte de la doctrina de semejante interpretación es no sólo prevalente, sino prácticamente unánime.

La jurisprudencia rechazó ya en el siglo XIX la necesidad de que, para entender dirigido el procedimiento contra alguien, mediase una imputación judicial formal como el auto de procesamiento. Basta con actos de instrucción en la forma y por

los trámites que la Ley designa (STS de 2 de julio de 1878), sin que sea precisa la declaración de procesamiento (STS 20 de noviembre de 1894)¹.

En la misma línea se pronuncia todavía, entre otras, la STS de 6 de julio de 1990: el curso de la prescripción «se detiene tan pronto como el procedimiento judicial sobreviene, es decir, cuando se inicia una actividad instructora contra determinada persona (art. 114 del Código Penal)», advirtiendo a continuación que «no es necesario el auto de procesamiento para el efecto interruptivo», pero que tampoco «es bastante la simple referencia del querellado en sus declaraciones sumariales, sino que se exige una actividad judicial instructora que entrañe una posible inculpación contra persona determinada».

De esta línea tradicional se aparta lo que la propia Sala Segunda del TS califica de doctrina actualmente «consolidada», según la cual se entiende que con la presentación de la denuncia o querrela se dirige ya el procedimiento contra el culpable o culpables, siempre que en las mismas aparezcan datos suficientes para identificarlos, sin que sea necesaria resolución judicial alguna de admisión a trámite, porque «la denuncia y la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman ya parte del procedimiento» (STS de 26 de julio de 1999).

No hace falta esforzarse mucho para comprender que este argumento va en contra del concepto legal del procedimiento, de la lógica y del tenor del art. 132.2 del Código Penal.

En primer lugar hay que decir que la querrela no forma parte del procedimiento. Como dice GIMENO SENDRA, la querrela es «la solicitud de que se instaure el proceso y se tenga al querellante como parte actora»². Si es petición de que se inicie el procedimiento, ello significa que, por definición, es anterior al comienzo del procedimiento y que, además, la apertura de éste corresponde al órgano judicial a quien va dirigida la solicitud.

La contradicción que supone entender que lo que es solicitud para que se inicie el procedimiento es ya «procedimiento», aflora constantemente en las Sentencias del TS. Así se dice, por ejemplo, en la STS de 14 de marzo de 2003:

No obstante esos defectos formales (sc. querrela sin poder especial), pudo y debió operar como “notitia criminis”; y por consiguiente con aptitud para iniciar de oficio el proceso penal.

No se puede reconocer de manera más clara que la querrela, vehículo en este caso de la *notitia criminis*, no es más que un medio apto para que se inicie de oficio el proceso penal.

1. Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia, 1947, p. 418.

2. V. GIMENO SENDRA, *La querrela*, Barcelona, 1977, p. 269.

Por tanto, el proceso no se inicia con el solo traslado de la *notitia criminis*, sino que ésta abre las puertas para que se inicie el proceso. Pero ¿quién inicia el proceso de oficio? ¿El particular que comunicó la *notitia criminis* o el Juez? Indiscutiblemente, sólo el Juez puede iniciarlo. Por tanto, según el propio texto de la Sentencia que estamos comentando, la querrela o denuncia son sólo solicitudes o medios *para que* el Juez inicie, en su caso el procedimiento.

Por otra parte, como oportunamente puso de relieve Silva Sánchez, el término *procedimiento* es, sin duda, un término jurídico, por lo que deberá comprobarse qué sentido tiene en las leyes procesales.

La lectura, entre otros, de los art. 118.2, 269, 309, 309 bis, 789.3.5 y 750 de la LECr., permite concluir –como en efecto concluye Silva Sánchez– que «la legislación procesal pone inequívocamente de relieve que “el procedimiento” no existe sino en virtud de un acto judicial».³

Así lo había entendido el propio TS al interpretar el tipo atenuado del delito de detención ilegal que se preveía en el párrafo 3º del art. 480 del Código Penal de 1973 y que contenía el requisito de que la devolución de la libertad se hubiese producido antes de «haberse comenzado el procedimiento». El TS declaró reiteradamente que «la exigencia cronológica en el sentido de que la dación de libertad se adelante al comienzo del procedimiento conecta con las actuaciones de la jurisdicción penal y no con las actuaciones policiales, tal y como entienden la mayoría de los autores y sostiene la S 31-10-87» (STS de 20 de octubre de 1989). En el mismo sentido se pronuncia la de 13 de julio de 1992. El acto jurisdiccional marca la frontera entre lo que todavía no es procedimiento y lo que supone ya comienzo del mismo.

Atribuir eficacia interruptora a la querrela no se compadece tampoco con la naturaleza que el propio TS atribuye a la prescripción. Sólo si se entiende a la prescripción en términos meramente procesales y se la concibe como prescripción de la acción, tendría sentido admitir que la presentación de la querrela, en cuanto encarna el ejercicio de la acción, la interrumpe. Pero no es esa la naturaleza que el TS atribuye a la prescripción, a la que concibe fundamentalmente en términos sustantivos como institución de Derecho Penal material, porque, efectivamente, lo que el Código penal regula no es la prescripción de la acción, sino del delito mismo, como causa de extinción de la responsabilidad penal y, por tanto, como impedimento del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Y ello ya –como recuerda Silva Sánchez– desde la fundamental STS de 30 de noviembre de 1963. Por su parte, el TC ha declarado que la prescripción es una institución que «supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi*» (STC 157/1990, de 18 de octubre).

3. J.M. SILVA SÁNCHEZ, «A propósito del Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 3ª) de 22 de enero de 1999», en *Diario La Ley*, 1999, Tomo 6, Ref. D-290.

Por lo demás, aunque se concibiese la prescripción como prescripción de la acción, en ningún caso podría atribuirse eficacia interruptora a la denuncia y, menos aún, a la mera *notitia criminis*, porque ninguna de las dos implica el ejercicio de la acción.

La línea jurisprudencial que estamos comentando choca frontalmente, por otra parte, con lo que el propio Tribunal Supremo sostiene a propósito de cuándo se entiende alzada la paralización del procedimiento.

A este respecto declara la STS de 14 de marzo de 2003:

Cuando el proceso en marcha se paraliza sólo tienen virtualidad interruptiva de la prescripción aquellas resoluciones judiciales que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladores de que el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis.

No tiene razón de ser que para que la paralización de un proceso ya iniciado se entienda alzada, a los efectos de la prescripción, se exija una resolución judicial con contenido sustancial y que, sin embargo, esa misma resolución no sea necesaria, para considerar, a los mismos efectos, dirigido el procedimiento contra el culpable.

No se explica, salvo si se hace con evidente quiebra de la legalidad penal, que dos incisos de un mismo precepto, que obedecen a una misma *ratio iuris*, puedan ser interpretados de forma tan dispar.

De lo dicho hasta aquí se desprende que la tesis que confiere eficacia interruptora a la presentación de la querrela o denuncia por estimar que forman ya parte del procedimiento, contradice:

- El concepto legal del procedimiento.
- Lo que el propio Tribunal Supremo ha entendido por «comienzo» del procedimiento a efectos de otros preceptos como el párrafo 3º del art. 480 del Código Penal de 1973.
- Lo que el mismo Tribunal Supremo sostiene respecto al alzamiento de la paralización del procedimiento.
- La naturaleza sustantiva que asimismo ha atribuido el Tribunal Supremo al instituto de la prescripción.

Pese a ello, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como recuerda la STS de 14 de marzo de 2003, ha reputado en los últimos tiempos que «la simple presentación de una querrela o denuncia en el Juzgado es una actuación procedimental, susceptible de subsumirse en la expresión legal: «dirigir el procedimiento contra el culpable» (el legislador debió decir inculpado, ya que nadie es culpable antes de ser condenado por una sentencia firme)».

La STS de 14 de marzo de 2003 da un paso más y sostiene que, aunque el escrito presentado no puede ser considerado ni querrela ni denuncia por ausencia de requisitos legales, en la medida en que es vehículo para trasladar la *notitia criminis*, tiene eficacia interruptora. Esta sentencia enjuició un supuesto en el que se presentó la querrela, huérfana de poder especial, el último día del plazo y se ratificó meses después de vencido éste.

La sentencia entiende que no es posible hablar, por esa ausencia de poder especial, de querrela válida. Tampoco puede ser calificada de denuncia «ya que ésta exige la firma personal del denunciante y, si no puede hacerlo, otra persona a su ruego, o actuar mediante poder especial» (art. 265 LECrim).

No es posible, por otra parte, retrotraer los efectos sanatorios de la posterior ratificación al momento inicial de la presentación, porque se debe «precisar que la retroacción de efectos, a lo sumo, tendría lugar en «las relaciones internas entre poderdante y apoderado, pero no frente a terceros», y añade la Sentencia que «la ratificación realizada por el querellante no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e implacable». Entender otra cosa sería tanto como atribuir a dicha ratificación efectos modificadores sobre el art. 113 del Código Penal de 1973 (tiempo de prescripción).

No obstante, dicho todo esto, la STS de 14 de marzo de 2003, entiende que, en el caso concreto, la querrela que no podía jurídicamente ser calificada como tal ni tampoco, siquiera, como denuncia, interrumpió la prescripción en la medida en que fue «cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (*notitia criminis*)».- Anulada por STC de 20 de febrero 2008.

Conforme al punto de vista de la STS de 14 de marzo 2003, no hace falta ni querrela ni denuncia, basta que, siempre que se trate de un delito perseguible de oficio, la *notitia criminis* llegue al Juez.

Pero ¿se puede decir, como se dice de la querrela y de la denuncia, que la *notitia criminis* forma parte del procedimiento y supone que éste «se dirige» ya contra el culpable?

No mucho tiempo después, la STS 905/2004, de 12 de julio, dictada bajo ponencia del mismo Magistrado que la de 14 de marzo de 2003, que enjuicia un supuesto en que los hechos se denunciaron bastante antes de que venciesen los cinco años de prescripción, vuelve al criterio de que «desde que el órgano jurisdiccional que recibe la denuncia o querrela manda proceder contra el presunto autor, acordando la incoación de un proceso penal y la práctica de diligencias, ya se ha dirigido el procedimiento contra el culpable». Según esta declaración, parece que no basta la simple presentación de querrela o denuncia y, menos aún, la mera *notitia criminis*, sino que se requiere la incoación del proceso y la orden de proceder del órgano jurisdiccional.

Disparidad de criterios que ha llegado a recogerse en una misma Sentencia. Este es el caso de la STS de 19 de mayo de 2005. En el párrafo primero del apartado 8 del Fundamento jurídico 10º se afirma que «la interrupción del plazo de prescripción comienza con la presentación de la querrela del Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia». Pocos párrafos más adelante de ese mismo apartado 8 se dice, en cambio, que «como ha señalado reiteradamente la última jurisprudencia de esta Sala, la resolución judicial que acuerda incoar Diligencias Previas interrumpe la prescripción». Al final, la STS de 19 de mayo de 2005 concluye, en relación con el caso concreto, que el Auto de incoación de Diligencias Previas fue el que interrumpió el plazo de prescripción.

Llama la atención que la citada Sentencia refiera el criterio de la incoación del procedimiento a lo que «ha señalado reiteradamente la última jurisprudencia de esta Sala», porque como hemos visto, lo que se nos viene diciendo insistentemente por la propia Sala, su última jurisprudencia, ya muy consolidada, es aquella que sostiene que la prescripción se interrumpe por la simple presentación de la querrela o denuncia, sin necesidad de ninguna decisión judicial posterior.

En todo caso, la STS de 19 de mayo de 2005 es claro exponente de los vaivenes e incertidumbres que mencionamos al comienzo de este comentario.

II.2. Grado de determinación de los acusados

La calificada como doctrina hoy «consolidada» no requiere, para que el procedimiento se entienda «dirigido contra el culpable» que en la querrela o denuncia aparezca una identificación nominativa de los imputados, siempre que, al menos, se contengan suficientes elementos de referencia que permitan identificarlos.

Sin embargo, también en esta materia, relativa al grado de determinabilidad, han surgido últimamente en la jurisprudencia ciertas discrepancias.

La doctrina jurisprudencial actual acoge en la materia que nos ocupa lo que la propia Sala 2ª del Tribunal Supremo califica como «posición intermedia» (SSTS 30-9-97 y 11-11-97). Intermedia porque se sitúa entre dos criterios extremos mantenidos en anteriores ocasiones:

- a) El que exige (Auto TS 19-07-08) una resolución judicial formalizando personalmente la imputación (como puede ser, al menos, la que acuerda la citación para declarar como imputado).
- b) El que considera que basta con que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores contra personas indeterminadas e inconcretas (como sostuvo la STS 13 junio 1997).

Como acabamos de recordar, según consolidada jurisprudencia para la interrupción de la prescripción basta que en la denuncia o querrela figuren datos que permitan llegar a la individualización de los supuestos responsables a través de determinados elementos de referencia (SSTS 25-1-94, 3-2-95, 1-3-95, 14-4-97, 30-9-97, 11-11-97 y 25-1-99, entre otras). No es necesaria la determinación nominal de las personas. Es suficiente la determinabilidad de las mismas.

Como se ha señalado en alguna Sentencia, precisamente una de las finalidades del procedimiento es la de, partiendo de los datos de referencia iniciales, determinar las personas que hayan participado en los hechos denunciados (art. 777.1 de LECrim en cuanto al Procedimiento Abreviado).

Sin embargo, el Tribunal Supremo en sus más recientes resoluciones, partiendo de la anterior doctrina, ha introducido ciertas excepciones respecto a la comisión en un mismo plazo temporal de un hecho delictivo por una pluralidad de personas desde una organización criminal o a través de la estructura de una persona jurídica.

En virtud de esta excepción, se entiende que la interrupción de la prescripción producida en relación con las personas inicialmente determinadas alcanza simultáneamente también a aquellos otros miembros de la organización o de la persona jurídica que la instrucción descubre como partícipes de los mismos hechos.

En esta línea hay que citar la STS de 29 de julio de 1998 (caso Marey) y la de 29 de julio de 2002 (caso Banesto).

La primera acoge lo que se denomina por algunos «criterio de la interrupción simultánea de la prescripción para todos los partícipes de un mismo hecho delictivo», que se dice ser también admitido en el Derecho comparado.

A partir de los referidos años 1991 y 1992 abunda otra jurisprudencia de signo contrario, que exige, para que el procedimiento se entienda dirigido contra el culpable, que éste de algún modo aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Así las cosas, esta Sala entiende que la última dirección jurisprudencial antes expuesta sólo puede tener su aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas, no cuando se trate de delitos atribuidos o una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala, que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse.

Estimamos que, en estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o la denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente.

La STS de 29 de julio de 2002 extiende ese criterio de manera específica a la delincuencia económica cometida al amparo de la estructura de las sociedades mercantiles.

No es posible, ni acertado, desde una correcta y actualizada política criminal –dice esta Sentencia– aplicar los criterios de la prescripción de los delitos individuales (robo, violaciones, hurtos), a los delitos cometidos dentro del complejo entramado de una empresa, valiéndose de las estructuras y de la cobertura que proporciona el funcionamiento interno y el organigrama de una sociedad...

[...] Si se admitiese la igualdad de todos los supuestos, estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas.

III. Estado de la doctrina

III.1. Crítica en torno a la capacidad interruptora de la querrela o denuncia

La doctrina dominante –prácticamente unánime– se ha mostrado muy crítica con la línea jurisprudencial de los últimos años.

No tiene sentido hacer una exposición exhaustiva. Nos limitaremos a citar algunas de las opiniones más autorizadas sobre la cuestión.

Nos hemos referido ya a la de Silva Sánchez que, a partir de un análisis de la LECrim, concluye que «no hay “procedimiento” si no se ha producido –y hasta que no se produzca– intervención judicial instructora»⁴.

Choclán Montalvo ha escrito al respecto:

Una cosa es ejercitar la acción penal, otra bien distinta es que el procedimiento se dirija contra el culpable. Y la diferencia es más clara aún cuando lo que se hace

4. J.M. SILVA SÁNCHEZ, «¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito?», en *Diario La Ley*, nº 4934, de 24 de noviembre de 1999.

no es propiamente ejercitar la acción (caso de la denuncia o querrela defectuosa) sino sólo poner en conocimiento del juez la posible existencia del delito.

Especialmente duro con la línea jurisprudencial que confiere poder de interrupción a la presentación de la querrela o denuncia se mostró reiteradamente Rodríguez Ramos, quien, refiriéndose a la SSTS 879/2002, de 17 de mayo y 298/2003, de 14 de marzo, ha llegado a hablar de «orgia de interpretación extensiva (o analógica *in malam parte*)» y de «apoteosis de la “dislatación”»⁵. Se trata, pues –insiste Rodríguez Ramos–, de «una interpretación doblemente extensiva, por ir en dos aspectos –momento de iniciarse el procedimiento y de dirigirse contra el culpable– más allá del sentido literal de las palabras y, por ende, también por irrespetuosa con los criterios de interpretación de las *leges odiosae* o, si se prefiere, restrictivas de derechos»⁶.

Por su parte, Carlos Rey González, autor de una excelente monografía sobre la materia, subraya que la STC 63/2005, de 14 de marzo, «termina con una dirección jurisprudencial del Tribunal Supremo que venía consolidándose peligrosamente por tratarse de una interpretación del art. 132.2 que, además de ser contraria a su texto –interpretación *contra legem*–, permitía castigar delitos que, según el tenor literal de dicho artículo, ya no podían ser sancionados por haberse extinguido la responsabilidad penal. Lo único que hace el Tribunal Constitucional es declarar inconstitucional que el Tribunal Supremo varíe el significado de una palabra utilizada por el legislador para señalar el momento en que se interrumpe el plazo de prescripción de las infracciones penales. Y dado que dicha variación comporta convertir en punibles hechos que según el tenor de la ley ya no lo son, está claro que el Tribunal Constitucional no puede permitirla porque supone infringir el principio constitucional de legalidad castigar como infracciones penales hechos en los que se ha extinguido la responsabilidad penal» (*Diario La Ley* nº 6303, 26 de julio 2005).

También Silva Sánchez, como ya hemos visto, se manifestó en tono crítico en distintas ocasiones, siendo muy expresivo el título de su artículo «Sin novedad en el Tribunal Supremo: la interrupción de la prescripción del delito en la STS de 19 de mayo de 2005»⁷. Sentencia dictada – como el autor recuerda – apenas habían comenzado a resonar los ecos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo. El mencionado título anticipa el pensamiento, luego expresado por el autor, de que «resulta ilusorio esperar del Tribunal Supremo una interpretación uniforme y estable, esto es, previsible de los preceptos reguladores de la

5. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Inconstitucional de algunas interrupciones del plazo de prescripción del delito», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 669/2005.

6. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Derecho Penal figurativo, abstracto o surrealista?: La prescripción y la estafa en el “Caso de los Albertos” (STS 14 marzo 2003)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 597/2003.

7. J.M. SILVA SÁNCHEZ, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 678/2005.

prescripción, y obliga a una intervención del Tribunal Constitucional que resuelva definitivamente la situación».

Desde el campo del Derecho procesal baste con citar la opinión de dos procesalistas de tanto prestigio como Gimeno Sendra, al que ya hemos mencionado anteriormente, y De la Oliva.

El primero señala: «si la querrela fuese *admitida a trámite*, ocasionará todos los efectos que le son propios: incoación del correspondiente procedimiento penal, litispendencia, *interrupción de la prescripción del delito* (art. 114.2º del Código Penal)»⁸.

Por su parte, De la Oliva escribe: «Si respecto de unos hechos de apariencia delictiva no existe proceso penal y esos hechos se exponen en una querrela, la admisión de ésta comportará el inicio del proceso»⁹.

Podríamos seguir mencionando otras muchas opiniones en el mismo sentido, pero creo que las citadas –que, en su caso, he querido reproducir en sus propios términos– son suficientes para representar el estado actual de la doctrina y la severidad de la crítica dirigida contra la última línea jurisprudencial.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha persistido en su criterio en medio de un mar de opiniones contrarias.

III.2. Crítica de las excepciones establecidas al grado de determinación de los imputados

Hemos visto que la jurisprudencia más reciente establece ciertas excepciones, en cuanto al grado de determinación del imputado, a efectos de la interrupción de la prescripción en casos de criminalidad organizada o amparada en la estructura de personas jurídicas. La excepción la lleva hasta extremos límite la STS 2/1998, de 29 de julio: «Estimamos que, en estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o la denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente».

Lo que supone no sólo prescindir de la designación nominal –lo que parece acertado–, sino también de los elementos de referencia que hacen *determinable* a la persona individual.

8. GIMENO SENDRA / CONDE PUMPIDO TOURÓN-GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales*, Tomo 3, Barcelona, 2000, p. 57.

9. A. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1993, p. 178.

El referido criterio de la STS de 29 de julio de 1998 mereció un voto particular del Magistrado Enrique Bacigalupo, a través del cual sostuvo que «la ley no establece excepciones para ninguna colectividad...de todo ello se deduce que la creación de una excepción no cubierta por el texto legal, que además choca frontalmente con el principio de responsabilidad penal individual surgida del principio de culpabilidad y que no tiene contornos mínimamente seguros, vulnera dos principios fundamentales del Derecho Penal: el de legalidad y el de culpabilidad».

El voto particular de Bacigalupo está plenamente justificado, porque ninguna necesidad político-criminal permite establecer excepciones en contra del reo al margen del texto legal y que, además, quebrantan derechos fundamentales.

También en este punto, por tanto, resulta inadmisibles la más reciente doctrina jurisprudencial.

IV. La STC 63/2005, de 14 de marzo, un nuevo desencuentro entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional

Así las cosas, la STC 63/2005, de 14 de marzo, sale al paso de la doctrina del Tribunal Supremo, estableciendo la conclusión de «que, para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concorra un acto de intermediación judicial».

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional se inserta en una evolución que va –como recuerda Huerta Tocildo– desde una posición inicial según la cual, a pesar de admitirse la incorrección de la interpretación dada por los órganos judiciales a las normas penales sobre prescripción, se afirmaba que el Tribunal Constitucional no podía revisarla, hasta la que representa la propia STC 63/2005 que entiende que sí puede revisarse, porque la no apreciación de la prescripción afecta a derechos fundamentales tan relevantes como el derecho a la libertad o el derecho a la seguridad personal o jurídica. Evolución que va acompañada de la frecuencia con que en los últimos tiempos se ha planteado ante el Tribunal Constitucional la cuestión relativa a la interpretación que ha de darse a la expresión «cuando el procedimiento se dirige contra el culpable»¹⁰.

La reacción del Tribunal Supremo no se hizo esperar. Poco después de la STC 63/2005, la Sala Segunda del Tribunal Supremo emite el siguiente comunicado:

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional, basándose en una interpretación

10. S. HUERTA TOCILDO, “A vueltas con la prescripción penal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 521-522.

de la tutela judicial efectiva que, prácticamente vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española, que establece que el Tribunal Supremo “es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”; por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales, Madrid, doce de mayo de dos mil cinco.

Con posterioridad, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de abril de 2006 acuerda mantener la actual línea jurisprudencial, en los siguientes términos:

1º. Que el artículo 5.1 LOPJ, interpretando conforme a los arts. 117.7, 161.1 b) 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE.

2º Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005.

El vaticinio adelantado por Silva Sánchez en su citado artículo «Sin novedad en el Tribunal Supremo» se ve, así, plenamente confirmado.

Del alcance de la STC 63/2005 se ocupa Enrique Bacigalupo, Catedrático de Derecho Penal y Magistrado del Tribunal Supremo en su estudio «Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal (Notas sobre la STC 63/2005)», publicado en el *Diario La Ley* nº 6265, 1 junio 2005. Bacigalupo sostiene, al igual que hacen el comunicado y acuerdo citados, que el Tribunal Constitucional deja sin contenido art. 123 CE en la medida en que éste designa al Tribunal Supremo como «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» pues por la vía del art. 24.1 CE se introduce en las materias que –como la prescripción– carecen de todo fundamento constitucional. Bacigalupo advierte, en todo caso, que el artículo 132.2 del Código Penal infringe el principio de legalidad (art. 25.1 CE) por insuficiente determinación.

Pienso que la STC 63/2005 no invade competencias del Tribunal Supremo ni vacía de contenido el art. 123 de la CE. Una cosa es, como indica este precepto Constitucional, que el Tribunal Supremo sea «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» y otra distinta que las resoluciones que dicte –aunque no sea lo habitualmente esperable dada la alta cualificación de este Tribunal– no puedan infringir el canon de razonabilidad inherente a la tutela judicial efectiva o incurrir en una interpretación extensiva *in malam partem* que quebrante el principio de legalidad.

El propio art. 123 de la CE que se invoca establece la inequívoca salvedad de «salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», de cuya salvedad el citado artículo constitucional no excluye las resoluciones que, como órgano jurisdiccional superior, pueda dictar el Tribunal Supremo.

Y es que en el ámbito de la jurisdicción constitucional de amparo no existe materia alguna que sea «de mera legalidad ordinaria», si con ello se quiere decir que las resoluciones judiciales que se dicten sobre dicha materia están excluidas, *per se*, del enjuiciamiento constitucional. Si bien es cierto que existen quejas que, por su argumentación sólo pretenden imponer una determinada interpretación de la legalidad ordinaria y, por ello, dichas quejas (nunca las materias a que se refieren) pueden carecer de relevancia constitucional en sede de amparo, no lo es menos que la irrelevancia constitucional de una queja es siempre el resultado de su enjuiciamiento, nunca un *prius* lógico de éste asociado a la materia a que se refiera.

Es verdad, como Bacigalupo sostuvo en el voto particular a la STS 843/2006, que el art. 132.2 padece falta de determinación y que, por ello, la Sala Segunda del Tribunal Supremo debió plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 132.2 en los términos del art. 35 LOTC.

Estas sugerentes observaciones de Bacigalupo suscitan algunas puntualizaciones. Sin duda el art. 132.2 adolece de falta de determinación suficiente. Pero la insuficiente determinación no se refiere al aspecto sobre el que versa la línea jurisprudencial actualmente consolidada y, por eso, en modo alguno la justifica.

Es verdad que el art. 132.2 no precisa qué actos procesales permiten decir que el procedimiento se dirige ya contra el culpable. Ciertamente también que caben al respecto varias interpretaciones (incoación del procedimiento, llamada al mismo como imputado, auto de procesamiento o equivalente en el procedimiento abreviado, etc.). Pudo el Tribunal Supremo optar motivadamente por una de estas posibles interpretaciones e imponerla como criterio uniforme. Pero no siguió este camino, sino que, al margen del texto legal, emprendió otro que, como hemos visto, violenta las palabras de ley y los conceptos que éstas designan.

En su sentido negativo el art. 132.2 del Código Penal es suficientemente terminante. No se puede *dirigir* el procedimiento contra alguien si previamente *no existe* un procedimiento y éste sólo se inicia con el acto judicial de incoación y no con la presentación de la querrela o denuncia que, por definición, son *medios* a través de los que se impetra al Juez la iniciación del procedimiento. Tampoco es posible que un particular dirija el procedimiento contra otro, porque la *dirección* del procedimiento corresponde al Juez, que es quien administra el *ius puniendi* que corresponde al Estado. Y, menos aún, tampoco es posible entender que la mera *notitia criminis*, que es simplemente eso, forma ya parte del procedimiento antes de que el Juez la valore y actúe en consecuencia.

La línea jurisprudencial últimamente consolidada no respeta estas claras *imposibilidades* y, con ello, además de incidir en una interpretación extensiva violadora del principio de legalidad, incrementa la indeterminación que emana del precepto, hasta convertirlo en fuente de grave inseguridad e incertidumbre jurídicas.

Al final la reforma del art. 132.2 del Código Penal resulta necesaria no sólo para colmar las imprecisiones del precepto, sino también para detener la deriva emprendida por el Tribunal Supremo.

El Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, publicado en el BO de las Cortes, de 15 de enero de 2007 y que no llegó a debatirse en la pasada legislatura preveía importantes reformas en materia de prescripción.

V. La prevista reforma

Según se indica en la Exposición de Motivos, se atendían diferentes preocupaciones que han sido objeto de especial atención: «En primer lugar, la insoportable y permanente duda sobre cuestiones cruciales como son la determinación de las causas de interrupción del plazo o el inicio de su cómputo, que no han podido aún ser resueltas pese a muchos años de jurisprudencia no siempre unánime».

«Tan pronto como se aborda el problema –continúa la Exposición de Motivos– se comprende fácilmente que la primera regla que ha de quedar clara es la que discipline la primera interrupción del plazo iniciado con la comisión del delito. Esta cuestión ha sido fuente de graves dudas que se intentan zanjar estableciendo que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como culpable; pero ahí, y esa es la segunda y mayor parte del problema, surge la preocupación por clarificar la idea de cuándo se ha dirigido el procedimiento contra una persona, a cuyo propósito se indica que eso sucederá en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste o el Ministerio Fiscal ordenen a la Policía Judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención, no bastando, pues la sola interposición de denuncias o querellas».

Acorde con estos puntos de vista, se propone esta nueva redacción del apartado 2 del artículo 132 del Código Penal:

La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como culpable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste o el Ministerio Fiscal ordenen a la Policía Judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

Si tras la declaración en calidad de imputado no se formulara cargo alguno, la detención tendrá sólo carácter suspensivo del plazo de prescripción, continuando el cómputo del mismo una vez se acordara no imputar delito.

No es este el momento de analizar con la atención que se merece esta propuesta de nueva regulación en su conjunto. Digamos que constituye un indudable acierto la introducción de la figura de la «suspensión», que se echa de menos en la regulación actual¹¹. Y que, en cambio, es un desacierto la equiparación de la actuación del Ministerio Fiscal con la del Juez Instructor en relación con la orden de práctica de diligencias orientadas a la «detención». No podemos olvidar que uno de los factores determinantes de la nueva línea jurisprudencial fue la presentación de denuncias por delito contra la Hacienda Pública por parte del Ministerio Fiscal el último día de plazo, por haberle llegado a última hora los antecedentes suministrados por la Agencia Estatal Tributaria. No vaya a ser que, por parecidas razones, proliferen órdenes de detención no necesarias. Todo ello, sin perjuicio de que, por principio y más después de tomar como referencia una «actuación material sustancial del Juez Instructor», no parece admisible que se venga a equiparar con ella una actuación del Ministerio Fiscal que puede ser anterior a la intervención del propio Juez y, por tanto, prejurisdiccional.

En muchas ocasiones las reformas legislativas se limitan a consagrar expresamente a nivel legal soluciones que ya la jurisprudencia ha anticipado. Esta vez no es así.

La reforma se propone –en palabras de la Exposición de Motivos– «zanjar» la «insoportable» y «permanente» duda, que no ha sido resuelta «pese a muchos años de jurisprudencia no siempre unánime».

En el contexto de ese marco general, uno de los objetivos de la propuesta de reforma es la de aclarar cuándo el procedimiento se entiende dirigido contra el culpable. En este punto se indica, como hemos visto, que eso sucederá cuando *se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor*, tal como mantenía la doctrina de manera prácticamente unánime y en contra de la línea jurisprudencial más reciente que entiende suficiente la mera presentación de la querrela o denuncia sin necesidad de ninguna ulterior actuación del Juez. «No bastando, pues, -como se asegura en la Exposición de Motivos– la sola interposición de denuncias o querellas». Con mayor razón, tampoco será suficiente, como a veces entendió el Tribunal Supremo, que un imputado o un testigo impliquen en su declaración a otra persona, que para nada figuraba antes en las actuaciones, en tanto esa declaración no haya motivado una actuación *material sustancial* del Juez Instructor.

La prevista reforma viene, así, a desautorizar categóricamente la doctrina jurisprudencial consolidada en los últimos años y que trató de corregir la STC 63/2005.

11. A. GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho Penal*, Elcano (Navarra), 2001, p. 199.

Si, como hemos visto, la propuesta reforma descarta sin paliativos el criterio jurisprudencial de que la mera presentación de la querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, no corre mejor suerte la otra dirección jurisprudencial que, en cuanto al grado de determinación de la persona contra la que se dirige el procedimiento, establece excepciones para los casos de delincuencia cometida a través de organizaciones criminales o de personas jurídicas.

El nuevo texto propuesto exige, sin ninguna excepción, que el procedimiento *se dirija contra persona determinada*. No será preciso que se individualice nominativamente, pero será necesario, en todo caso, que figuren elementos de referencia que le hagan perfectamente determinable y, desde luego, la interrupción de la prescripción respecto de la persona determinada no se podrá extender simultáneamente en perjuicio de las otras personas inicialmente no determinadas.

La prescripción del delito

D. Carlos Aguilar Fernández

Abogado. Socio Director Departamento Procesal

Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Tras la exposición del Profesor Rodríguez Mourullo, intentaré centrar mi intervención sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prescripción y, específicamente, sobre la interpretación constitucional del artículo 132.2 del Código Penal de 1995, su vinculación para Jueces y Tribunales y los argumentos empleados por la Fiscalía y la Abogacía del Estado, en los procedimientos en que la Abogacía del Estado actúa como acusador particular, para oponerse a la jurisprudencia constitucional, todo ello desde la perspectiva de la práctica forense.

I. El inicio de la cuestión

Aunque con toda probabilidad la prescripción, como instituto que determina la extinción de la responsabilidad penal o la posibilidad de ejecutar la pena sentenciada, ya se manejó en el Derecho de la antigua Grecia, es en el Derecho Romano donde encontramos el instituto de una forma definida.

En el Derecho moderno encontramos la prescripción penal, regulada por primera vez en el Derecho positivo posterior a la Revolución Francesa y, concretamente, en el Código de 3 de Brumario del año 4 y en el Código Penal Francés de 1791, de donde pasa al Código de Instrucción Criminal de 1880, estableciéndose una interrupción de la prescripción por cualquier acto de denuncia, demanda, investigación o instrucción.

El Derecho Penal español desde la codificación, aun sustancialmente influido por la codificación francesa, ha tenido un tratamiento normativo diferente sobre esta cuestión.

El Código Penal de 1822 regulaba en su capítulo XI, artículos 171 a 178, *la prescripción de los delitos y las culpas*, considerando, fundamentalmente, la prescripción de la acción para formalizar la acusación por delitos y para demandar los resarcimientos e indemnizaciones (lo que se explica mejor si tenemos en cuenta que el Código Penal es anterior al Código Civil, publicado en 1889, por lo que las cuestiones relativas responsabilidad civil *ex delicto*, hasta la publicación del Código Penal, se resolvían conforme a las Leyes de Partida),

estableciendo, el artículo 174, un término para los delitos que no merezcan pena corporal ni de infamia, ni inhabilitación para ejercer profesión o cargo público, de tres años para la acción para acusarlos o proceder criminalmente contra ellos o para demandar resarcimientos o indemnizaciones, contados desde el siguiente a aquel en que se cometió el delito, o se hizo el acto que lo constituya, *siempre que en el intermedio no se haya interpuesto acusación o demanda, o empezado de oficio el procedimiento criminal.*

El Código Penal de 1848 no regulaba la prescripción de los delitos, sólo la prescripción de las penas, al igual que el Código Penal de 1850.

El Código Penal de 1870 vuelve a regular la prescripción de los delitos y no solamente de las penas, regulando el Capítulo VI, artículos 132 a 135, con mayor precisión y tratamiento unitario, la extinción de la responsabilidad penal, siendo la prescripción del delito, artículo 132.6º, una de las causas de extinción.

En este Código Penal, y a partir de ahí en los siguientes con, básicamente, la misma formulación, se establece, en el artículo 133, párrafo séptimo, que *el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido el delito; y si entonces no fuera conocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo*, estableciendo, el párrafo octavo de dicho artículo, que *esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable.*

El Código Penal de 1928 establece, en su artículo 197, los términos para la extinción de la acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos, señalando, el artículo 199, como *la prescripción de la acción penal se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito*; y, evidenciando un tratamiento netamente procesal al instituto, establece, incluso, como iniciado el procedimiento para la averiguación o castigo del delito (no exige, pues, que el procedimiento se dirija contra el “culpable”), el plazo seguirá corriendo si transcurren tres años en el procedimiento sin actuaciones, salvo en el caso de que la falta de actuación sea causada por la necesidad de resolver alguna cuestión previa o prejudicial o de competencia, en cuyos casos la prescripción quedaba en suspenso hasta que se decida sobre el particular.

El Código Penal de 1932 vuelve a la regulación unitaria de la extinción de la responsabilidad, en sus artículos 115 a 120, y establece la extinción de la responsabilidad penal por la prescripción del delito –artículo 115.4º–, disponiendo, en su artículo 117, como *el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido el delito. Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable.* Idéntica redacción la del Código Penal de 1870, con la única diferencia que aquel excluía la prescripción en caso de rebeldía *del culpable procesado*, lo que –lógicamente– desaparece en el texto de 1932.

El Código Penal de 1944 conserva la redacción del precedente, en cuanto a la interrupción de la prescripción, en su artículo 114, mantenido en el Texto Refundido de 1973 y de donde pasa al actual Código Penal de 1995, en su artículo 132.2, que establece: *La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.*

En consecuencia, y como una primera nota que permita una interpretación histórica del precepto, es de ver como se produce un expreso cambio normativo por cuanto el artículo 174 del Código Penal de 1822, como expresamente reconoce la Instrucción 5/2005 de la Fiscalía General, anudaba la interrupción de la prescripción a la interposición de acusación o demanda por particulares, o a la iniciación de procedimiento de oficio, más en línea con el Código Penal Francés de 1791; mientras que desde el Código Penal Español de 1870, con las variaciones apuntadas, la norma emplea la fórmula, indudablemente diferente, y por ello expresiva de la *ratio legis*, de que la prescripción se interrumpirá cuando el procedimiento se dirija contra el culpable.

A este punto entiendo que existen dos planos a diferenciar para la consideración de la interrupción de la prescripción. De una parte, qué actos concretos son aquellos que permiten determinar que el procedimiento se ha dirigido frente a persona determinada (el *culpable* que señala el precepto). De otra parte, la interpretación que se haga de qué es lo que constituye un procedimiento.

Respecto de la primera cuestión, la jurisprudencia del Supremo ha sido cambiante. Desde la mayor laxitud o mayor ausencia de garantías de entender que un procedimiento incoado, para la averiguación y castigo de un hecho con apariencia de delito, interrumpe la prescripción para todos los que puedan haber participado en el mismo, aparezcan o no nominados o determinados en la denuncia, querrela o acto de incoación del procedimiento a partir del conocimiento de la *notitia criminis* (lo que encontraba su apoyo en el texto del Código Penal de 1928 que, en su artículo 199, establecía la interrupción de la acción penal por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito y no por un procedimiento dirigido contra el culpable); hasta considerar, en alguna sentencia, que la dicción de dirigirse el procedimiento contra el culpable exige una resolución judicial en que se formalice la imputación.

Respecto de ese primer momento, la jurisprudencia de la Sala Segunda, interpretando con “cierta” laxitud el párrafo 2º del artículo 114 del anterior Código Penal, entendía que la interrupción debía atribuirse a toda actividad que estuviera encaminada a la instrucción de la causa, entendiéndose también como instrucción la presentación de la denuncia o querrela, como así lo afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 1982, con cita expresa de las Sentencias

de 2 de mayo de 1963 y 24 de junio de 1975, en la que se llega a afirmar que la presentación de la querrela, con valor de denuncia por la inobservancia de ciertos requisitos de formulación, ya constituye de por sí un acto necesario para poner en marcha la instrucción sumarial y determinar la interrupción de la prescripción.

Aunque ya se apuntaba la dirección que iba a emprender el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de febrero de 1984, no será hasta la década de los 90 cuando dicha jurisprudencia sufra una notable evolución en el sentido de exigir, como requisito para que se entienda interrumpida la prescripción, además de la mera presentación de la querrela, su admisión a trámite, como expresamente se establece por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de febrero de 1993; línea jurisprudencial que, por otro lado, fue confirmada tanto por el Auto de esa Sala Segunda de 19 de julio de 1997, dictado en el llamado caso Filesa, como a raíz de su conocida Sentencia de 28 de octubre de 1997, que se manifestaba de la siguiente forma en su Fundamento Jurídico 21:

Sólo tienen virtualidad interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento. Es decir, únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción, que no se ve afectada por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. La Sentencia de 10 de julio de 1993 advierte que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción. El problema es definir lo que ha de entenderse por «contenido sustancial». En ese sentido ha de afirmarse que sólo aquellas decisiones judiciales que constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra culpables concretos producen efecto interruptor. Ello significa, al ahondar más en la cuestión, que no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza, aun cuando no sea de mero trámite ni inocua, para interrumpir el curso de la prescripción. Lo que la Ley exige no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable (ver la Sentencia de 20 mayo 1994) de manera concreta e individualizada.

Esta línea jurisprudencial se vio igualmente confirmada en la Sentencia de 29 de julio de 1998, dictada en el llamado "caso Marey", viniendo a exigir una determinación de los hechos y una determinación de las personas frente a las que se dirige el procedimiento, bien por estar nominalmente identificadas, bien por estar conceptualmente identificadas (los miembros de un Consejo de Administración, los miembros de una Brigada Policial, etc.), y ser personalmente identificables, con la imprecisa excepción de aquellos supuestos en que la clandestinidad del acto, o la existencia de una estructura cerrada y oculta, hayan impedido la determinación personal de los imputados.

En esta misma línea, se pronuncian entre otras las Sentencias de 30 de septiembre de 1994, 16 de septiembre de 1997, 25 de enero de 1999, 29 de septiembre e, incluso, la de 25 de enero de 2000, que entiende que el procedimiento se dirige contra el culpable con la práctica de diligencias tendentes a inculpar a persona determinada, o con su inculpación efectiva, lo que ocurre cuando la querrela es admitida a trámite, pues como resulta obvio, la sola presentación de una querrela o denuncia no supone una diligencia en las que se inculpe a una persona, dado que tal diligencia y tal inculpación sólo tienen lugar cuando se dicta auto admitiendo dicha querrela a trámite, es decir, *dirigiendo el procedimiento contra el culpable*.

Respecto de la segunda cuestión, qué es lo que constituya procedimiento y si la mera presentación de una denuncia o querrela interrumpe por sí sola la prescripción de la responsabilidad penal, es donde se centran las actuales diferencias entre la jurisprudencia Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, toda vez que el Tribunal Supremo, en una interpretación que, desde luego, no es la literal del precepto, viene últimamente entendiendo que la sola presentación de denuncia o querrela es suficiente para que se vea interrumpida la prescripción.

Así, la STS de 27 de marzo de 2001 ya señaló que la denuncia y la querrela con la que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento, sin que sea necesaria para tal interrupción resolución alguna de admisión a trámite. Llegándose, incluso, a señalar que, desde el momento en que figura en las actuaciones procesales un dato incriminador contra una persona determinada, aunque no haya existido resolución judicial citando como imputado a una persona, ha de entenderse que el procedimiento ya se está dirigiendo contra el culpable (en la misma línea la STS de 6 de noviembre de 2000). Dichas sentencias, bajo mi punto de vista, confunden dos cuestiones: que exista denuncia, querrela, elemento incriminador, en definitiva, *notitia criminis*; y que exista procedimiento para la instrucción de dicha *notitia criminis*, lo cual, procesal y materialmente, no existe hasta que un Juez así lo acuerda, pues sólo de un Juez depende la admisión de la denuncia o querrela; la deducción de testimonio (o la apertura de una pieza separada) para la instrucción de un hecho, conocido durante la instrucción de un proceso, para valorar si puede ser constitutivo de delito y depurar las responsabilidades a que hubiera lugar; o la decisión de citar como inculpado o imputado, en un procedimiento penal ya incoado, a la persona respecto de la que, sobrevenidamente, aparezcan indicios de responsabilidad. Pues, de otra manera, se vacía de contenido el instituto de la prescripción y se limita la propia actuación del Juez Instructor como Juez de *garantías*, precisamente, por mantener interrumpida, *sine die* y *erga omnes*, la eventual responsabilidad de quienes no son parte de un procedimiento que se instruye sin su conocimiento y que, a la postre, puede acabar afectándoles.

La STS de 4 de febrero de 2003 llega a decir que basta la declaración de voluntad que supone la denuncia o querrela, fehacientemente incorporada a un Registro Público Judicial, para entender que existe una actividad penal relevante para una

persona y suficiente para interrumpir la prescripción, prescindiendo así, muy gráficamente, de la existencia de un procedimiento penal exigido por la Ley y acuñando un concepto que lo sustituye, la *actividad penal relevante*, ciertamente contrario a la seguridad jurídica y carente de amparo normativo que, sin embargo, es precisamente al que apela la Sentencia de 2 de febrero de 2004 y, en el mismo sentido, las Sentencias de 28 de noviembre de 2003, 5 de febrero de 2003 y 14 de marzo de 2002, para fundamentar su decisión, afirmando que la mayor exactitud de la fecha del asiento en el Registro General, como momento interruptivo, permite con mayor seguridad establecer el *dies a quo* al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado.

Este fundamento, en mi opinión, sólo puede ser defendible *lege ferenda*, pero supone una auténtica sustitución por el intérprete de las exigencias del propio artículo 132.2, pues asimilar, en perjuicio de reo, la existencia de un procedimiento penal dirigido frente al culpable con la constancia de una denuncia en un Registro General supone, cuanto menos, una clara interpretación analógica, además de confundir, siempre en mi opinión, el principio de seguridad jurídica con la fehaciencia de la fecha constancia de una denuncia o querrela en un Registro Público, lo que es cosa muy diferente, pues la seguridad jurídica sólo puede darse de la observancia de la ley y la ley penal lo que exige es la existencia de un procedimiento, lo cual, manifiestamente, no se da hasta que un Juez acuerda su correspondiente incoación.

También es de señalar que el propio artículo 132.2 y todos los precedentes legislativos contemplan como la paralización del procedimiento, por los términos respectivos, también determina la prescripción del delito, por lo que ninguna diferencia jurídica esencial –desde luego, desde la perspectiva de fin de protección de la norma– existe entre la inacción extraprocesal y la inacción procesal.

Llama la atención, adicionalmente, y esto no es un razonamiento propiamente jurídico, sino una máxima de experiencia, como buena parte de tales sentencias se dictan en procedimientos seguidos por delito fiscal en los que la Agencia Tributaria ha apurado el plazo, frecuentemente, incluso, por encima de la propia prescripción fiscal del derecho de la Administración Tributaria para liquidar la eventual cuota, hasta el punto de remitir los expedientes a la Fiscalía en condiciones idóneas, en gran número y faltando apenas días para la prescripción penal, para que al Fiscal no pueda siquiera estudiar y valorar debidamente el asunto, habiéndose de limitar a la remisión del mismo, con una denuncia formularia, al Juzgado, forzándose, con esta criticable práctica de la Agencia Tributaria, el procedimiento penal con fines puramente recaudatorios, pues no en pocas ocasiones, a través del procedimiento penal, una eventual deuda respecto de la cual el derecho a su recaudación habría fenecido por haberse cumplido el plazo de 4 años que las leyes fiscales establecen para su prescripción, “renace” en virtud de la existencia del procedimiento penal en el que el plazo prescriptivo se cifra en 5 años desde la fecha en que concluye el plazo de autoliquidación del impuesto.

II. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Se tiende a repetir que la Jurisprudencia Constitucional siempre ha mantenido que la valoración de la prescripción es una cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuya interpretación resulta vedada al Tribunal Constitucional por resultar de la exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria y que las Sentencias de fechas 14 de marzo de 2005 y 20 de febrero de 2008 constituyen no sólo una excepción, sino un exceso de jurisdicción.

Sin embargo, la realidad no es exactamente así. La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 63/2001, de 17 de marzo (con doctrina reiterada en las SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, 68/2001, 69/2001 y 70/2001, todas ellas de fecha 17 de marzo de 2001), ya señaló como la aplicación de la institución de la prescripción puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo, siendo el canon interpretativo aplicable en este caso el propio del artículo 24 de la Constitución, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente, canon este reforzado por tratarse de un supuesto en el que están en juego los derechos fundamentales, como aquí sucede en los reconocidos por los artículos 17 (Derecho a la libertad, conforme al cual nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la Ley) y 9.3 (principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad) ambos de la Constitución, exigiéndose a la decisión judicial desestimatoria de la prescripción una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución.

Esta Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, que no registró voto particular alguno, y las que reiteran tal doctrina evidencian como, por más que la prescripción se configure como una cuestión de legalidad ordinaria, su aplicación puede ser objeto de examen en sede constitucional, y que el Pleno del Tribunal Constitucional, ya desde aquella Sentencia, ha exigido una interpretación respetuosa con un canon de interpretación reforzado de las garantías constitucionales exigiendo una interpretación coherente con el objeto de protección de la norma.

La polémica actual realmente se inicia con la Sentencia de 14 de marzo de 2005 del Tribunal Constitucional que estableció:

FJ 5º: [...] Ello se hace, por lo demás, evidente a la vista de nuestra doctrina, ya que si, como hemos afirmado en anteriores ocasiones (STC 157/1990, de 18 de octubre, F.3) la prescripción penal supone «una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi motivada por el mero transcurso

de un período de tiempo más o menos dilatado, lógicamente sólo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos, o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito, sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la emisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone el trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso». Cualquier otra interpretación permanecería por el contrario, anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal e ignoraría, con ello, la esencia sustantiva del mismo como instrumento a través del cual se manifiesta la extensión temporal de la posibilidad de ejercicio del «ius puniendi» por parte del Estado.

FJ 8º: [...] Incluso pueden extraerse de nuestra jurisprudencia elementos suficientes para avalar la conclusión obtenida acerca de que, para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial. Así, hemos calificado a dichas actuaciones de parte como meras solicitudes de «iniciación» del procedimiento penal (por todas STC 11/1995, de 4 de julio, F.4), lo que implica que, en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse «iniciado» ni, por consiguiente, «dirigido» contra persona alguna, interpretación ésta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los

art. 309 y 750 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal.

El apogeo de la polémica, en términos muchas veces poco jurídicos, lo tenemos con la reciente Sentencia de 20 de febrero de 2008, que ha establecido:

FJ 10º: [...] Y es por ello también que la expresión «la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable- cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado-, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez. Utilizando palabras de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 753/2005, de 22 de junio, «el artículo 132.2 del Código Penal, interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el ius puniendi, obliga a entender que el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal» y «que el momento que legalmente cuenta es el de iniciación del procesal o stricto sensu contra los acusados».

No sobra señalar, en fin, que la doctrina constitucional ha entendido que la simple interposición de una denuncia o querrela es una «solicitud de iniciación» del procedimiento (SSTC 11/95, de 4 de julio, FJ4; 63/2005, FJ 8) –no un procedimiento ya iniciado- y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciadores es un ius ut procedatur que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal (por todas, SSTC175/1989, de 30 de octubre, FJ 1; 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; 129/2001, de 4 de junio, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4), a la incoación o apertura de una instrucción penal (SSTC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2; 37/1993, de 8 de febrero; FJ 3; 138/1997, de 22 de julio FJ 5; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2).

III. La función de la jurisprudencia constitucional

Como con toda ortodoxia se ha dicho, el Tribunal Constitucional no solamente tiene la clásica función de ser un “legislador negativo” (que puede resolver la anulación de lo establecido por el legislador por resultar anticonstitucional), sino que la Constitución de 1978 también le ha atribuido un papel de “juez negativo”, es decir, le ha conferido la facultad de poder decir a los jueces que

una determinada Sentencia es inconstitucional por no haber respetado los derechos constitucionales y ello es absolutamente habitual, siendo ciertamente sorprendente como una doctrina sobre la necesidad de hacer una interpretación de la prescripción que respete los derechos fundamentales haya creado tal "reacción" en el Tribunal Supremo, cuando doctrina constitucional sobre otras muchas cuestiones de legalidad ordinaria, incluso sobre la propia apreciación de la prueba, donde reina soberana, no ya la valoración judicial, sino la valoración judicial de instancia, han sido aceptadas, como no podría ser menos, sin objeción alguna por el Tribunal Supremo.

En la primera de las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (STC 1/1981 de 26 de enero) ya se establecía:

La protección esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades cuando las vías de protección ordinarias han resultado insatisfactorias. Junto a ese designio, proclamado en el artículo 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Por ello, el Tribunal Constitucional actúa como un intérprete supremo (art. 1 de la LOTC) de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde por ello al Tribunal Constitucional en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendiendo como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos.

Y no hay duda, que tan intérprete supremo es el Tribunal Constitucional, basta acudir al artículo 6.1 de la LOTC, cuando actúa en Pleno como cuando actúa en Sala o en Sección.

Las objeciones al exceso de jurisdicción y al carácter vinculante de esta concreta jurisprudencia constitucional, entiendo que, aun amparándose en el artículo 123.1 de la Constitución y su reconocido carácter de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, desconocen que el propio artículo 123.1 de la Constitución excluye, expresamente, de esa condición de órgano superior, una materia, las garantías constitucionales, así como el tratamiento vinculante que dan tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a la doctrina del Tribunal Constitucional para Jueces y Tribunales es inmediato, prescindiendo de requisitos de reiteración, de multiplicidad de resoluciones, o de que éstas hayan de emanar del Pleno, y vinculación especialmente intensa en el sentido de que, a diferencia de la jurisprudencia ordinaria que no es fuente originaria del Derecho, sino que, conforme establece el artículo 1.6 del Código Civil, completará el ordenamiento jurídico, la doctrina constitucional se impone al intérprete judicial como si fuera una verdadera y propia fuente del Derecho, siendo así que la doctrina ha señalado como la legalidad española ha introducido

un sistema mucho más vinculado, en lo que a la doctrina constitucional se refiere, al modelo de precedente. Como se sabe, el principio de *estare decisis* impone a jueces y tribunales de rango inferior la decisión al respecto de la doctrina sentada por el tribunal superior. El mandato del artículo 5 de la LOPJ va más lejos, ya que la vinculabilidad de la sentencia constitucional es tal que fuerza la observancia de su doctrina, vetando la alteración de la misma en sede de jurisdicción ordinaria, imponiéndose legalmente por el propio artículo 40.2 de la LOTC, que la doctrina de los tribunales de justicia, incluido claro está y en primer lugar el Tribunal Supremo, habrá de entenderse corregida por la doctrina constitucional, por lo que resulta manifiesto que no cabe oponer la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni, menos aun, los acuerdos no jurisdiccionales en un punto, cual es el concreto de la posibilidad de que la sola denuncia interrumpa la prescripción, que ha sido expresamente resuelto por el Constitucional negando capacidad a la mera denuncia o querrela para interrumpir el plazo prescriptivo, máxime cuando, en virtud de la LO 6/2007, de 24 de mayo, el vigente artículo 4.3 de la LOTC establece como las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrían ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

La sola lectura del artículo 5.1 de la LOPJ impone como la interpretación y aplicación de leyes y reglamentos, esto es, tanto preceptos constitucionales como preceptos de legalidad ordinaria, se llevará a cabo conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos; por tanto también en los recursos de amparo.

IV. La reiteración de la actual doctrina del Tribunal Supremo en el Acuerdo de 26 de febrero de 2008 no jurisdiccional y no unánime

El Tribunal Supremo adoptó un acuerdo, no unánime, de fecha 26 de febrero de 2008, por el que se ratifica los acuerdos de Sala General no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, entendiéndose que el órgano constitucional reitera la extensión de su jurisdicción, basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva que entiende el Tribunal Supremo, vacía de contenido el artículo 123 de la Constitución, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que, entiende el Tribunal Supremo, no le corresponde.

V. La postura de la Fiscalía y la Abogacía del Estado en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En los acuerdos no jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha expresado la opinión mayoritaria de sus Magistrados contraria de la jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del artículo 132.2 del

Código Penal. También en la Instrucción 5/2005 de la Fiscalía se mantiene una oposición a dicha jurisprudencia, si bien reconoce que la propia Constitución *reviste de eficacia erga omnes además de a las decisiones del Tribunal Constitucional, en su papel de legislador negativo, a todas a las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, abarcando sin duda a las resoluciones dictadas en amparo, por lo que reconoce el indiscutible valor de la Sentencia*, a pesar de lo cual recomendaba entonces oponerse a las alegaciones sobre prescripción y recurrir las que se adoptasen sin considerar la eficacia interruptiva de la denuncia o querrela, en tanto se consolidase dicha doctrina.

En la práctica, en numerosos procedimientos en tramitación, la Fiscalía y la Abogacía del Estado (en los numerosos procedimientos por delito fiscal en que la deliberada actuación de la Agencia Tributaria ha ocasionado esta situación) se han posicionado frente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la interpretación que éste hace del artículo 132.2 del Código Penal respetuosa con los derechos fundamentales a la libertad, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la arbitrariedad, en base, sintéticamente, a los siguientes argumentos:

- i) Infracción del artículo 13 de la LOTC al entender que la doctrina de la jurisprudencia de las Sentencias de 14 de marzo de 2005 y 20 de febrero de 2008 contradicen la doctrina anterior del Tribunal Constitucional, por lo que la revisión de dicha doctrina sólo podría haber sido adoptada por el Pleno del Tribunal Constitucional.
- ii) Contradicción de las Sentencias de 14 de marzo de 2005 y 20 de febrero de 2008 de la línea jurisprudencial actual del Tribunal Supremo.
- iii) Excepcionalidad de la doctrina de la Sentencia de 14 de marzo de 2005 que sólo podrá aplicarse a supuestos similares a los contemplados en dicha Sentencia, esto es, presentación de una querrela sobre la que no recae actuación alguna hasta transcurridos 2 años.
- iv) Necesidad de preservar la seguridad jurídica evitando situaciones irreversibles, pues el archivo de una causa por prescripción no permite su reapertura aun cuando variara en el futuro el criterio del Tribunal Constitucional.
- v) No vinculabilidad de la doctrina para jueces y tribunales al no haberse dictado la Sentencia en un procedimiento de inconstitucionalidad, sino en un recurso de amparo con eficacia limitada a la declaración de nulidad de la Sentencia y reconocimiento del derecho individual del recurrente.

VI. La vinculación de jueces y tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional

El artículo 5.1 de la LOPJ, establece:

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Por su parte el artículo 40 de la LOTC, establece:

1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

2. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

Con todos los respetos que se deben y que personalmente nos merece el Tribunal Supremo, hemos de señalar que los llamados Acuerdos de Sala General carecen de contenido jurisdiccional y que por más que el de 26 de febrero de 2008, por cierto no unánime, ratifique precedentes acuerdos de Sala General de 12 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, todos ellos carecen de fuerza vinculante para Jueces y Tribunales y no tienen capacidad para alterar la doctrina constitucional, ni para modificar la voluntad del legislador en orden a alterar la obligada observancia por Jueces y Tribunales de la doctrina de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en todo tipo de procedimiento conocido por el Tribunal Constitucional.

Dicho en palabras de la LOTC: la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta legalmente corregida por la del Tribunal Constitucional y ésta vincula legalmente a Jueces y Tribunales.

Tal cuestión, incluso antes de la reciente STC de 20 de febrero de 2008 ya había sido también resuelta por diversas sentencias de las Audiencias Provinciales y, así, por todas, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, en su Sentencia de 10 de noviembre de 2005, número 1.001/2005 (JUR 2006/15697), estableció:

FJ 3º: Pues bien, si teniendo en consideración el discurso de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo encontraríamos una base para estimar la prescripción interesada, porque el auto de incoación de las Diligencias Previas, en el caso que nos ocupa, es posterior a los cinco años desde que se consumara el delito correspondiente al ejercicio fiscal de 1992, lo que ya no deja ninguna duda de que dicha prescripción ha de ser atendida es la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo.

Dicha Sentencia ha sido objeto de crítica por quienes consideran que no respeta los límites que impone el art. 123 de la CE, cuando establece que «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España es el órgano jurisdiccional en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», porque, en último término, viene a realizar una interpretación relacionada con la interrupción de la prescripción que no coincide con la que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, cuyo criterio debiera ser respetado, porque, en definitiva, estaríamos ante una cuestión de legalidad ordinaria, que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, a cuya cabeza se encuentra el Tribunal Supremo.

Así lo ha entendido el propio Tribunal Supremo que, en Acuerdo de Sala General de 12 de mayo de 2005, donde examina la STC 63/05, «considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 CE».

Aun así, lo cierto es que el Tribunal Constitucional se plantea tal hipótesis, pero, a la vez, maneja otra serie de argumentos con los que, se comparten, o no, el caso es que lleva al campo constitucional, por la socorrida vía del art. 24.1 de la CE, el problema que se le plantea, y puesto que así lo hace, aunque sea a costa de dotar de una extensión que no se comparta a esta tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE creemos que hemos de estar a la línea marcada por el Tribunal Constitucional, porque para no estar a ella debiéramos, primeramente, desmontar esos argumentos que el propio Tribunal Constitucional utiliza para atraer a su seno la cuestión, lo que no es nuestra misión.

Por lo demás, la línea argumental del Tribunal no es novedosa, pues acude a una fórmula que ha utilizado en otras ocasiones, como es la de la motivación reforzada, entrando de lleno al fondo de la cuestión y amparándose en la cobertura constitucional que, previamente, le da.

(...)

Tomando estos antecedentes, en la reciente Sentencia 63/2005, dice que «la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un

mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución- que, por otra parte, dista mucho de ser diáfana-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de la norma». Continúa la Sentencia rechazando la tesis de que sea suficiente la presentación de denuncia o querrela para interrumpir la prescripción, por entender que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación al canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión.

En idéntico sentido, y en forma más contundente, se pronunció también la Sentencia de la sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/439883) que estableció:

Sin embargo, la Sentencia del TC 63/2005, que también es de obligado cumplimiento para los Tribunales de Justicia, no se limita a un estudio del caso concreto sino que establece una doctrina sobre la prescripción y la interpretación de cuando se ha de considerar que el procedimiento se dirige contra una determinada persona estableciendo que nunca la prescripción se puede dejar al arbitrio de los particulares puesto que su fundamento se haya en la necesidad de pena y en criterios de prevención general, por lo que el transcurso de dichos plazos de prescripción hacen que la necesidad de pena desaparezca en la conciencia social y lo que la imposición de una pena por parte del Estado hubiera restablecido en el orden social, lo ha restablecido el transcurso del tiempo. Por ello, el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado no se puede dejar al arbitrio de los particulares, sino que tiene que ser una resolución judicial la que interrumpa dicho plazo de prescripción...

No es argumento en contra de esta tesis la doctrina alegada en este punto por el Ministerio Fiscal de que el caso concreto estudiado por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia hacía referencia a un supuesto en el que habían transcurrido casi dos años desde que se presentó la denuncia o la querrela hasta que se dictó el Auto de admisión y que en otros casos en los que transcurran pocos días no se puede aplicar la citada doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 63/2005, ya que este argumento supondría el triunfo de la inseguridad jurídica puesto que dependería de que fueran más o menos días los transcurridos entre la presentación de la denuncia o querrela y el auto dictado por el Juez de instrucción para aplicar una u otra doctrina.

Así pues, la Sentencia antes referida del Tribunal Constitucional hace una interpretación acorde con la expresión utilizada por el Legislador del Código Penal al considerar que «el procedimiento se dirige contra el culpable» cuando se ha dictado una resolución judicial por parte del Juez de Instrucción como expresión del ejercicio del ius puniendi del Estado, siendo ésta, además, la interpretación más favorable al acusado.

En igual sentido la Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de octubre de 2006 (EDJ 2006/385718) señaló:

No obstante, hemos de indicar que resulta acertado el criterio del juzgador de instancia de tomar como término de interrupción la fecha de admisión a trámite de la querella. Y ello en base a la STC 63/2005, de 14 de marzo, en la que se declara que «para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona no basta con la simple interposición de una denuncia o querella sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial», en la consideración de «las actuaciones de parte como meras solicitudes de iniciación del procedimiento penal», lo que implica que, en tanto no sean aceptadas dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente dirigido contra persona alguna.

En consideración a lo expuesto, me permito hacer las siguientes conclusiones:

- 1ª La interpretación del artículo 132.2 del Código Penal conforme a la cual la mera interposición de denuncia o querella o su constancia en un Registro General es suficiente para provocar la interrupción de la prescripción de la responsabilidad penal es contraria a la interpretación literal, histórica, teleológica y sistemática del precepto.
- 2ª La interpretación conforme a la cual la prescripción se interrumpe desde la fecha de interposición de la denuncia o querella, adicionalmente carece de apoyo normativo.
- 3ª La interpretación conforme a la cual la denuncia o querella constituyen, por sí, un procedimiento, ignora lo dispuesto por los artículos 269 y 312 de la LECr, pues corresponde exclusivamente al Juez la facultad para admitir la denuncia y la querella y acordar la incoación de un procedimiento penal, único título válido para interrumpir la prescripción cuando se dirige frente a persona determinada y sólo existe procedimiento desde la fecha en que efectivamente se acuerda por un Juez su incoación.
- 4ª La doctrina del Tribunal Constitucional, en Sentencias de 14 de marzo de 2005 y 20 de febrero de 2008, no puede ser revisada por ningún órgano del Estado, tampoco por el Tribunal Supremo, antes bien, tal doctrina corrige la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo sobre la cuestión.

- 5ª La doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la interpretación del artículo 132.2 del Código Penal vincula a todos los Jueces y Tribunales que vienen legalmente obligados a interpretar dicho precepto en el sentido establecido por el intérprete constitucional, esto es, que la mera interposición de denuncia o querella no es suficiente para interrumpir la prescripción, resultando imprescindible un acto judicial por el que se acuerde la incoación de un procedimiento para poder interrumpir la prescripción.
- 6ª Resultaría contrario a la tutela judicial efectiva, al principio de seguridad y gravemente arbitrario, que la jurisdicción ordinaria eludiese la doctrina del Tribunal Constitucional, forzando a los justiciables a acudir a demandar en amparo la anulación individual de las sentencias en las que, manteniéndose una interpretación contraria a la del Tribunal Constitucional, esto es, que la mera presentación de denuncia o querella interrumpe la prescripción desde tal fecha y sin necesidad de resolución judicial, en que se acuerde la incoación del procedimiento, hubieran resultado condenados.

La prescripción.

Una perspectiva práctica

D. Ernesto Díaz-Bastién

Abogado. Díaz-Bastién & Truan Abogados

Es un honor para mí estar aquí hoy. Tengo que rectificar eso que se ha dicho, tan amablemente, al presentarme, de que soy uno de los más prestigiosos abogados en Derecho Penal en España; aquí está, a mi derecha, el más prestigioso de todos ellos, o uno de los más prestigiosos, el Profesor Rodríguez Mourullo, y además, también, Carlos Aguilar lo es y otros muchos compañeros. Yo soy uno más de los que nos dedicamos a ponernos la toga y a batirnos el cobre ante los Tribunales de Justicia y no soy un maestro, como además de gran abogado, es el profesor Rodríguez Mourullo, quien ya era Catedrático en la Universidad cuando yo me licencié. Así que puedo decir, con honor, que ha sido también mi maestro. Y empiezo sin más trámites.

1. La prescripción ni debe ni puede crear mala conciencia en los juristas, en absoluto, no tiene por qué haberla; cuando se habla de la prescripción estamos hablando de una institución del Derecho Penal que lo que hace es dar seguridad jurídica; estamos hablando de una institución que garantiza la pureza del procedimiento y que, de ninguna manera, tiene que producir en nadie ninguna mala conciencia jurídica. Hay unos términos legales, dentro de los cuales se pueden ejercitar las acciones penales, dentro de los que se desarrolla el proceso y, si esos términos legales han pasado, han expirado, la justicia exige que no pueda esa situación permanecer indefinidamente abierta, incierta.

Es fácil elegir un asunto como en el de unos multimillonarios (los llamados popularmente "Albertos") que supuestamente, y según dicen algunas sentencias, han cometido algún delito que se declara, a su vez, prescrito, para después decir: "¿Cómo esto puede quedar impune?" "Qué horror, esto no es justicia". Pues bien, como ese caso hay infinidad de ellos, en que quienes quedan impunes son personas que lo que provocarían en la mayoría de los ciudadanos sería solidaridad, comprensión. Así pues, yo lo primero que quiero decir es que de ninguna manera estoy de acuerdo con que haya que tener mala conciencia al hablar o justificar la prescripción de los delitos. Creo que es una institución seria, complicadísima, respetable; es más, creo que es dudosa la institución de la imprescriptibilidad de algunos delitos, que se ha impuesto

por razones de orden universalista, más bien que por la tradición de nuestro sistema jurídico continental, español, humanista, europeo. Por las realidades de la terrible historia del siglo XX y por la importación de conceptos, más bien del Derecho anglosajón, que han impuesto Convenios Internacionales y que, por esa razón, se ha importado en el Derecho español la imprescriptibilidad de algunos delitos que, a todos, profundamente, nos repugnan, como el de genocidio, los de lesa humanidad, los delitos de guerra. Todos los cuales suponen una excepción. Pero excepción que debe ser tratada con cuidado y excepción con la que hay que tener precaución antes de pretender su expansión. Para mi personal sorpresa, dicho sea con todo respeto, por ejemplo, hace poco el Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recomendó la imprescriptibilidad de determinados delitos de terrorismo, particularmente graves.

Creo que son cuestiones serias que hay que tratar con mucho cuidado y que la institución de la prescripción del delito está basada en principios de justicia, de justicia material e ineludible. Así pues, lo primero que quería era hacer una referencia a estas cuestiones, a la seguridad jurídica, a la finalidad rehabilitadora de la pena, al derecho a un proceso justo, con todas las garantías, y en esto enlace con lo que acaba de comentar mi compañero, Carlos Aguilar.

Hay una Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1995, que dice que llega un momento, transcurrido el tiempo, en que se justifica el instituto de la prescripción con estas palabras: *Hay un momento en el que las dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta el grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación que produce el inexorable y dilatado transcurso del tiempo, hace necesario el instituto de la prescripción.* Es decir, puede producirse una situación de indefensión, una de ellas es la que ha descrito Carlos Aguilar y otras que pueden ser de otro tipo, como, incluso, en la acusación de genocidio, por ejemplo; sesenta años después de los hechos, la persona no puede demostrar que no es aquél de la foto de un joven de dieciocho años.

2. También hay que hacer referencia a otra cuestión, para entender bien el instituto de la prescripción y yo creo que todos los grandes juristas, como Gonzalo Rodríguez Mourullo, siempre, lo tienen en cuenta, tal es que la prescripción penal no es la prescripción civil. No siempre se ha entendido así. Históricamente, en el Código de 1870, la prescripción penal tenía connotaciones civiles; no nacía el cómputo del plazo prescriptivo hasta que no se conocía la existencia del delito o podía ejercitarse la acción, hasta ese momento no empezaba el cómputo de la prescripción penal. Esto era porque se le atribuía un origen civil, la *actio nata*, o sea, mientras que no hay conocimiento no hay acción. Esto es algo que los abogados en ejercicio

muchas veces debemos explicar con mucho esmero y hasta reiterar varias veces a nuestros clientes, porque no comprenden en ocasiones, cómo es posible que haya prescrito un delito del que ellos no conocieron su existencia, cuando los plazos prescriptivos son breves, estas explicaciones se tornan particularmente arduas.

Puede ocurrir, ocurre muchas veces, porque se ha consumado el delito y el tiempo ha empezado a correr, que el cómputo de la prescripción ha comenzado y, sin embargo, el conocimiento del ilícito penal no se ha producido, se ignora, sin que por ello deje de computarse el término de la prescripción. Precisamente ésta es una de las diferencias que hay entre una y otra prescripción: prescripción penal frente a prescripción civil. Derecho-Deber del Estado a castigar el delito frente al concepto civil de *actio nata*.

Hay algunas importantes Sentencias del Tribunal Supremo, que parecen o son realmente contradictorias. Lo que ocurre, en mi opinión, es una tradicional mala definición de la prescripción en nuestro sistema, se despacha muy fácilmente el asunto, haciendo una textual referencia al artículo 132 del Código Penal, que recoge nuestra tradicional definición y parece una cosa muy sencilla. Pero no lo es en absoluto. Yo creo que, académicamente, es algo que cualquiera parece que entiende cuando se lo han explicado. Sin embargo, luego resulta que, a la hora de ponerlo en práctica, la cosa se complica extraordinariamente, porque es verdaderamente compleja, yo diría que, a la vista de alguna Sentencia es, incluso, inaprensible en muchas ocasiones. No sabe uno qué es lo que va a acabar ocurriendo en el caso concreto, objeto de enjuiciamiento, porque hay argumentos a favor y argumentos en contra de mucha solidez, me refiero a los casos concretos que se debaten en los tribunales, naturalmente.

Es por eso, seguramente, que, como decía el profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, hay un cierto vaivén en la jurisprudencia. Yo creo que precisamente esos vaivenes se dan porque se está intentando hacer justicia en el caso concreto y entonces se establecen y se hace referencia a principios que en unos casos son aplicables a juicio del tribunal sentenciador y, en otros, se buscan sutilezas o matices para evitar la aplicación de aquéllos. Cuando esto ocurre, se está, quizá, primando la justicia del caso concreto por encima de la estricta seguridad jurídica. Ello deriva no del capricho o de la simpatía de los magistrados (eso sería prevaricar), sino de la propia dificultad que tiene el instituto en sí.

3. Voy a hacer referencia a algunas Sentencias que, en mi opinión son muy importantes del Tribunal Supremo, Sala 2ª, por supuesto. Así la de 30 de noviembre de 1963 que ya marcó unos principios básicos y modernos de la institución que son: a) El de que ésta tiene una finalidad social como el aquietamiento de la conciencia de la sociedad por el paso del tiempo; b) La

seguridad jurídica, que aconseja que las relaciones no puedan quedar a la incertidumbre del transcurso ilimitado del tiempo; c) La citada Sentencia habla ya de que la prescripción penal tiene una naturaleza material y no formal sino sustancial y que, por tanto, deben aplicársele todos los principios del Derecho Penal y no del Derecho civil; d) La prescripción es, por ello, una excepción de orden público; es decir, se puede alegar o tener que ser aplicada en cualquier momento del proceso. No es preciso que sea alegada o aplicada en el momento en que las leyes procesales lo establecen específicamente, esto es como una cuestión previa, al principio del juicio oral, al ser una institución de orden público ya se declara, en la comentada sentencia, que se puede alegar en cualquier momento del proceso y, por lo tanto, aplicar también en cualquier momento del proceso, tan pronto quede la misma constatada debe estimarse. Y, además, de oficio, en su caso, precisamente por tratarse de una cuestión de orden público.

Otra Sentencia en el mismo sentido, muy importante, que es muy posterior, pero que hace un buen y completo resumen, por eso el interés de traerla aquí, es la de 20 de octubre de 1993, en que también, en cuanto al dies a quo, es decir, el día en el que hay que empezar a computar el plazo prescriptivo, considera que es el de la fecha de comisión del delito. Es la comisión y no la noticia o el conocimiento lo relevante para el cómputo. La comentada Sentencia establece también que sólo el procedimiento penal, entendido como actividad instructora, puede interrumpir la prescripción, es decir, esto no es algo que haya luego dicho el Tribunal Constitucional de repente, como ya ha explicado muy bien Gonzalo Rodríguez Mourullo. Así pues, creo que es importante también saber o recordar que hay Sentencias del Tribunal Supremo que hablaban, ya hace tiempo, de actuaciones procesales, del procedimiento instructor como interruptivo de la prescripción.

También esta Sentencia de 1993 habla de la carga de la prueba. No debe ser del acusado, sino lo contrario, porque hay que aplicar los principios del Derecho Penal, y por ello será aquél que pretende que no hay prescripción el que debe probar que no la hay. La meritada Sentencia también establecía, aunque ya después es por mandato legal porque lo dice el Código de 1995, pero ya establecía entonces, que hay una reserva de ley orgánica y que la garantía de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables también es aplicable a la prescripción. Creo, pues, que ésta es una Sentencia importante del Tribunal Supremo y que resume los principios fundamentales aplicables al instituto.

4. En cuanto al cómputo del plazo de la prescripción sabemos que el plazo prescriptivo varía según la pena que tenga señalada el delito, de ahí se derivó la duda de cómo computar el plazo prescriptivo en el caso concreto. ¿Qué hacemos: según la pena aplicable al caso concreto o según la pena

abstracta prevista en la ley para el tipo penal? Quizá la cuestión no tuviera mayor trascendencia si se planteara la prescripción como cuestión previa al inicio del juicio oral, porque realmente en ese momento ya ha habido escritos de acusación, ya se sabe lo que piden las partes, pero como, en virtud del desarrollo que ha establecido la jurisprudencia, puede plantearse en cualquier momento, la cuestión adquirió trascendencia.

El Tribunal Supremo estableció, después de ciertas dudas o de ciertas resoluciones contradictorias de las Audiencias, que debía ser la pena en abstracto, es decir, no la pena concretamente a aplicar, sino la pena en abstracto prevista para el tipo delictivo, la que en cualquier momento del procedimiento había que tener en cuenta para decidir la cuestión, si el delito, o el pretendido delito, estaba o no prescrito.

Hay un acuerdo del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1997 que establece este criterio; luego, con regularidad, los Tribunales de Justicia lo consideran ya una cuestión pacífica y vienen aplicándolo así.

Voy a evitar reiterar cuestiones, que después de todo lo que hemos oído, tan bien dicho y con tanta profundidad sobre la interrupción del plazo prescriptivo, no vendrían más que a reiterar lo que ustedes tienen ya tan claro y que, por lo demás, yo no podría expresar, en absoluto, mejor que como ya se ha hecho. Por ello me voy a ir refiriendo a otras consideraciones referidas al instituto que nos ocupa.

5. La prescripción de los delitos penales conexos o instrumentales. Este es otro tema que se ha planteado con reiteración y que es complicado, o era, complicado de resolver. La solución que se ha venido dando es que el delito más grave arrastra al menos grave, que en tanto en cuanto no esté prescrito el delito más grave tampoco lo está el menos grave, ya sea conexo o instrumental o medio del más grave. Aunque haya un concurso real de delitos, el menos grave no quedará prescrito si el más grave no lo está y, por lo tanto, los dos serán punibles. Hay ya muchas Sentencias en este sentido, la de 20 de abril de 1990, de 22 de octubre y de 6 de noviembre de 1992, etc.

6. Por lo que respecta al *dies a quo*. El *dies a quo*, como saben todos ustedes perfectamente, es aquél desde el que hay que empezar a contar el término prescriptivo. Pero ¿cuál es el *dies a quo*? Esto tampoco es claro, o no era claro. En los delitos de consumación inmediata, será el momento en que se consuma el delito. Aquí es importante tener en cuenta que, a veces, se confunde con aquél en que se agotan los efectos del delito. Pero puede ser que se agoten los efectos del delito en un momento posterior a la consumación y, a pesar de los esfuerzos de muchos abogados, no consiguen, normalmente, que se declare que el plazo prescriptivo empieza ahí, porque se entiende por la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo que una cosa es que haya agotamiento de los efectos de

un delito posteriores a su consumación y, otra, el momento de consumación del mismo. Por ejemplo, en la estafa la consumación se produce cuando se ha producido el desplazamiento patrimonial, con engaño, y el correlativo enriquecimiento injusto del autor; en ese momento se habrá consumado el delito, aunque haya habido luego efectos de agotamiento que hayan sido posteriores o consecuencias posteriores, lo que se produce con mucha frecuencia y es irrelevante a los efectos del cómputo del plazo prescriptivo.

No quiero decir con ello que esto sea algo que defienda yo, como verdad incuestionable, pero es algo que explico para exponer cuál es la doctrina que prevalece en el Tribunal Supremo y en los Tribunales de Justicia, en general, y que, por lo tanto, un abogado es lo que debe esperar que se resuelva jurisdiccionalmente.

Después, claro está, debemos hacer referencia al delito continuado, el delito permanente y los delitos que exigen habitualidad. La solución técnica, como saben todos ustedes perfectamente, está en el propio Código: desde que cesa el ilícito o desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó o se consumó el último acto ilícito, ahí empieza a correr el plazo, ese es el *dies a quo*. Del *dies ad quem*, esto es, el momento interruptivo de la prescripción por el ejercicio de la acción penal *contra el culpable*, he dicho que no voy a hablar porque ya lo han hecho otros mejor de lo que yo lo haría, y no lo haré, salvo alguna inexcusable referencia exigida por la claridad en la exposición.

No me resisto, sin embargo, a la tentación de mencionar, muy brevemente, que, a pesar de todo lo que hemos oído tan bien expuesto y razonado en la tarde de hoy, la controversia parece que seguirá. Así, José Antonio Martín Pallín, que es magistrado emérito del Tribunal Supremo y un magnífico jurista, dice en un artículo que tengo a la vista: *No creo que pueda discutirse que el ejercicio de la acción penal por medio de la simple presentación de la denuncia o querrela interrumpe el tiempo de la prescripción del delito, porque ya se está dirigiendo el procedimiento contra un posible culpable.*

Ahora bien, en este punto no existe unanimidad y aquí radica la razón de la controversia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre cuándo se entiende válidamente ejercitada la acción penal, si por el mero hecho de manifestar la voluntad de que se persiga un hecho delictivo o con apariencia delictiva o bien necesita una especie de supervisión formal por la autoridad judicial, el llamado acto de interposición jurisdiccional, que deberá decidir cuándo o en qué momento esa voluntad expresada en la denuncia o querrela, abre paso a la investigación y persecución del hecho que se convierte en procedimiento penal *dirigido contra el culpable*.

7. En cuanto a la expresión, mala, *el culpable*, está toda la doctrina de acuerdo y la jurisprudencia en lo desafortunado de la misma: *que la acción se dirija contra el*

culpable. Se trata de una tradición en nuestros textos legales, una tradición que parece que ya se va a corregir, por lo menos en el proyecto de ley de 2007 ya se corregía; es imputado, es procesado, es acusado, no es culpable porque culpable sería cuando esté, si llega el caso, condenado por Sentencia firme. Según la fase procesal, es la persona que está imputada, acusada, etc.

Aquí quiero hacer alguna referencia a supuestos especiales. Ha habido problemas con las acusaciones, llamadas sorprendidas, que se producen cuando una persona declara, por ejemplo, con carácter de testigo y después acaba imputado en el mismo procedimiento. Suele ocurrir, o solía ocurrir, en procedimientos de naturaleza penal complicados, complejos, en que hay una pluralidad de personas que no se sabe bien, al principio o durante un tiempo, cuál ha podido ser su participación y que acudían a ser oídos como testigos y luego acababan como imputados. Esto era una acusación sorprendente. Quedó pacífica la cuestión en el sentido de que no se puede imputar a alguien al que no se le haya oído antes como imputado, no se puede proceder contra él.

Ahora bien, lo que sí se siguen produciendo son procedimientos, particularmente en materia de Derecho Penal económico, en que esa pluralidad de personas que han podido participar, en diferente grado, no declaran como imputados hasta una fase final o ya muy avanzada de la instrucción. Entonces se produce, por la vía de hecho, una situación odiosa que consiste en que después de años de procedimiento instructor, una persona es citada y comparece a declarar como imputado y muy poco después, casi al final de la investigación, porque así lo quiere el fiscal o lo quiere el juez o una de las partes o la acusación particular, y esa persona que acude por primera vez a declarar se encuentra, o su letrado se encuentra, con que hay 35, 40, 50 ó 60 tomos o los que fueren, más las piezas separadas de documentos, de comisiones rogatorias, etc. Es demasiado frecuente en estos casos, que cuando tal imputado quiere empezar a desplegar una actividad de descargo, tras su declaración, se encuentra con que estaba ya decidida, de hecho, la finalización de la fase de instrucción. Es tan frecuente como odioso y contrario a la finalidad misma de la ley procesal penal que, en tales casos, el "tardío" imputado se vea sentado en el banquillo sin haber podido desplegar ni una sola prueba de descargo en la fase de instrucción. Pasa con frecuencia. Se ha resuelto jurisprudencialmente esta verdadera anomalía en el sentido de que, toda vez que en el plenario se tiene la garantía de desplegar la actividad probatoria de descargo, no se ha violado ningún derecho fundamental a un proceso justo con las debidas garantías al haberse procedido así. En demasiadas ocasiones esa persona sufre lo que se llama la pena de banquillo con su sola y exclusiva declaración en la fase de instrucción y sin haber podido desarrollar ninguna prueba en tal fase. Este es un problema que existe en la práctica, algo odioso, contra lo que se debería luchar y para tan justa causa les convoco.

8. Me gustaría referirme ahora al concepto, desarrollado jurisprudencialmente, de los famosos "innominados". El profesor Rodríguez Mourullo ha hecho referencia a esto; yo lo voy a hacer desde otro punto de vista.

El Proyecto de 2007 ya parece que insiste en la idea de persona determinada que aparezca, indiciariamente, como penalmente responsable. Dice varias veces *determinada* al hablar del imputado a efectos de la prescripción, o sea, al imputado determinado como alguien identificado.

Pero este concepto de los *innominados* consiste en que pueda iniciarse el proceso penal contra determinadas personas y después, a veces mucho tiempo después, dirigirse la acción penal también contra otras persona de las que, durante el tiempo que fuere, no se tenía noticia en el proceso. Se ha afirmado en determinadas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo que debe entenderse, en determinadas circunstancias, que el inicio del proceso interrumpe el plazo prescriptivo también respecto a aquellos que permanecieron *innominados* durante cierto tiempo. Existe alguna resolución del Tribunal Supremo, Autos de 20 de diciembre de 1996, de 19 de junio de 1997, que están dictados en la causa especial 880 de 1991, que, si no me equivoco, es la del secuestro del Sr. Marey por la organización denominada GAL. En aquel proceso, efectivamente, se dirigía la acción contra unas personas concretas y, tiempo después, aparecieron responsables otras personas de mayor calado que podían, según la tesis de la acusación, haberse parapetado detrás de la acción de sus subordinados y que, por lo tanto, no podía, en cuanto a ellos, correr la prescripción desde el momento en que ya se había iniciado el proceso, por lo que, estaban, de alguna manera, incluidos en el mismo aunque fuera como *innominados*. Sin perjuicio de lo ya dicho sobre el intento de hacer justicia en el caso concreto, no se debe nunca olvidar que el principio de legalidad y el de igualdad ante la ley, deben siempre prevalecer, aunque ello suponga que un culpable quede impune. Es peligroso este concepto de *innominado*. Si se trata de personas cuya identidad no se conoce, pero aparecen en el proceso datos que evidencian la intervención de terceros que aún no han podido ser identificados, no parece, a mi juicio, que deba haber inconveniente en entender interrumpido el plazo prescriptivo, desde que el proceso existe frente a tales personas, plenamente identificadas después. Pero si no es ese el caso, la solución debe ser, insisto a mi entender, la contraria.

Se entiende y, además de hecho ocurre, que con frecuencia, sobre todo en delitos económicos de naturaleza empresarial, como ya se ha explicado, en que puede haber personas no conocidas al principio, pero en realidad estaríamos, normalmente, en supuestos de falta de identificación, no de personas completamente desligadas del objeto del proceso, que hayan utilizado su poder en una Compañía, por ejemplo, en una entidad jurídica, para dar instrucciones

a otros, que las ejecutan, cuando, efectivamente, sean instrucciones delictivas, sean acciones punibles. Con ello se trata de evitar, normalmente con un buen asesoramiento jurídico, aparecer como autores del hecho punible. Después, a lo largo de la instrucción, quedan identificadas y determinadas tales personas. Ahí puede jugar la interrupción de la prescripción por la existencia del proceso aunque al principio tales personas no estuvieran identificadas concretamente, individualizadas plenamente.

De alguna manera tiene que haber una determinación o determinabilidad; es decir, lo que no parece que sea admisible, porque supondría una acusación absolutamente sorpresiva, es que aparezca, como se dice en inglés, alguien *out of the blue*, de repente, por la puerta de atrás. Alguien nuevo que no tenía absolutamente nada que ver con el curso anterior de la investigación. A estos supuestos no se refiere esta posición, a veces intermedia, del Tribunal Supremo, a eso no se refiere; a lo que se refiere es a que se sepa que pudiera haber alguien más, aunque no esté identificado, y a partir de su identificación, habrá que imputarle, habrá que citarle o, al menos, habrá que dirigir la investigación al conocimiento de estas personas. Desde ese momento podrá entenderse que hay una interrupción de la prescripción, porque si no podemos volver a lo que hemos hablado antes de la sorpresa o de la acusación sorpresiva.

9. También quiero hacer referencia a otros supuestos en que ya no estamos hablando de los sujetos del proceso, sino del objeto. Me detengo aquí un momento. El objeto del proceso también es importante a los efectos de la prescripción, porque el objeto del proceso son los hechos presuntamente delictivos, esos son los que se investigan y, por lo tanto, en torno a ellos o con base en ellos se producen todas las imputaciones y la prescripción evidentemente, afecta o se refiere a la responsabilidad penal nacida de la participación en los hechos objeto del proceso. A veces ocurre y particularmente en delitos de naturaleza económica, que los hechos investigados son plurales y complejos y también que existen otros hechos delictivos asociados o conexos.

Hay que tener muy en cuenta cuál es el objeto del proceso para saber qué es lo que se interrumpió cuando se dirigió la acción contra el imputado; porque lo que a veces ha ocurrido es que se inicia un proceso, en investigación de unos concretos hechos delictivos y, después, el proceso avanza, formalmente el mismo proceso, pero cambia de objeto, se acaban investigando otros hechos distintos de aquéllos objeto del mismo cuando se inició. Así, cuando esto ocurre, los hechos que son objeto de la investigación inicial no acaban siendo objeto de imputación formal ni objeto del juicio oral y, sin embargo, sí lo son otros que han sido descubiertos a lo largo de la investigación, han aparecido hechos aparentemente delictivos que son diferentes de los iniciales.

En estos casos la interrupción de la prescripción por la acción de la justicia se produce cuando y desde que los hechos que luego acaban siendo objeto de imputación se convierten en objeto del proceso, no antes. Aunque el proceso penal, en el sentido de actuaciones penales, existiera con anterioridad, pero cuyo objeto era diferente y aun cuando los imputados fueran las mismas personas. Hay algún auto de la Audiencia Nacional, y también sentencias del Tribunal Supremo, en mi opinión brillantes, en los que se establece que una vez que se produce esa ampliación o variación del objeto del proceso hay que computar el *dies ad quem*, pero nunca antes. No desde que se inició el procedimiento penal, porque el objeto, entonces, del mismo era diferente.

Lo anterior creo que es importante. Esto es, el delimitar el objeto del proceso, porque a veces esto se pasa de largo, no se percibe porque se atiende a la formal existencia de las actuaciones judiciales más que a cuál era su objeto, su contenido, su virtualidad investigadora. Con ello se está, de una manera indebida o con falta de pureza técnica, extendiendo el plazo prescriptivo de un delito que no era objeto de la investigación cuando las actuaciones procesales se iniciaron.

10. El Proyecto de Reforma de 15 de enero de 2007, Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, tanto en materia de responsabilidad de las personas jurídicas como en materia de prescripción, es muy interesante. Yo creo que es, o sería, un paso adelante. Así, acabaríamos con eso de que la *acción se dirija contra el culpable*. Se habla de persona determinada objeto de imputación, habla claramente de que la presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada suspenderá el cómputo de prescripción, volviéndose a computar el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no lo admitiese a trámite. Esto es, la interposición suspende y la admisión producirá el efecto de la interrupción. En cambio, el procedimiento se entenderá dirigido contra la persona determinada desde el momento en que se produzca la actuación material sustancial del juez instructor, o sea, parece que viene, si esta reforma saliese adelante, a conciliar un poco ese conflicto permanente del que hablaba el magistrado Martín Pallín, antes citado.

También es interesante del Proyecto de Reforma que la solicitud de que sea declarada la prescripción, suspenderá el cómputo del término hasta que la petición sea resuelta, produciendo su efecto el tiempo transcurrido con anterioridad si la misma fuera rechazada. Así se evitarían las pérdidas de tiempo que se producen tantas veces.

De los delitos imprescriptibles hemos hablado ya aunque muy brevemente, por falta de tiempo.

Termino. La prescripción penal es trascendente, es de naturaleza material, afecta a derechos fundamentales, como el derecho a un proceso justo, con todas las garantías. Tan es así, que es muy frecuente que en la mayor parte de los Convenios de Extradición, tanto bilaterales como multilaterales, es causa de denegación de la extradición el que, de acuerdo con la legislación de cualquiera de ambos países, ya sea el requirente o el requerido, el delito esté prescrito. Se trata, pues, de una institución del Derecho Penal material más que respetable y universalmente aceptada, por lo menos en los países que debemos considerar más civilizados y que en nada debe crear mala conciencia a nadie y mucho menos a un jurista, como decía al principio.

Muchas gracias por su atención.

Capítulo II

¿Deben responder penalmente las personas jurídicas?

Miércoles, 4 de junio de 2008

Moderadora:

Dña. Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch

Profª. Titular (i) de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

“¿Deben responder penalmente las personas jurídicas? Una reconsideración sobre la tercera vía”

D. Miguel Bajo Fernández

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid
Abogado*

Desde hace tiempo vengo defendiendo la llamada tercera vía¹ consistente en admitir un Derecho Penal de las personas jurídicas como Derecho accesorio, al estilo del Derecho Penal de menores o el de inimputables adultos peligrosos, en los que la sanción no depende de la culpabilidad entendida como reproche por la libre decisión del sujeto de obrar contrariamente a Derecho. De este modo tendríamos un Derecho Penal nuclear para imputables adultos en los que rigen con toda brillantez y solemnidad los principios de culpabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas, y otros ordenamientos penales en los que se imponen castigos retributivo-preventivos a sujetos (menores, inimputables peligrosos, personas jurídicas²) de los que no es predicable un obrar culpable en el sentido de libre ejercicio de la libertad de voluntad.

Pues bien, esto es ya una realidad en nuestro Derecho positivo, sin necesidad de modificación legislativa alguna. El intento de 2007, afortunadamente fallido, de incorporar al Código Penal el reconocimiento expreso de una responsabilidad criminal

1. M. BAJO, “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982 y *Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca*, Salamanca, 1982. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pág. 322, incluye su propio modelo dentro de esta expresión “tercera vía”; en nota 12, apunta que estarían también en esta línea Guardiola Lago, de la Cuesta, Luzón Peña y Mir Puig.

2. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pág. 124, entiende mi posición aceptable siempre que no exista un Derecho Penal de primera categoría y otros de segunda por quebrar en ellos los principios básicos de aquél, o sea siempre que se entiendan todos “como «especialidades» de un mismo Derecho Penal”.

de las personas jurídicas me ha servido como acicate para esta investigación. No se puede incurrir en errores tan graves como el de pronunciarse sobre el “hecho de conexión” como fórmula definitiva que fundamente la responsabilidad, cuando es algo que en nuestra Doctrina se está ahora discutiendo profundamente sobre la base del Derecho vigente. Tampoco es admisible el solapamiento y duplicación -que se hubieran producido de entrar en vigor el Proyecto de 2007-, entre sanciones administrativas y penales en una carrera insoportable en la expansión del Derecho Penal. Las empresas se veían ya rodeadas por todas partes de órganos sancionadores, administrativos y judiciales, con ánimo justiciero.

El Derecho positivo español vigente impone efectos preventivo-punitivos a entes colectivos tanto en normas penales (arts. 31.2 y 129 del Código Penal)³ como administrativas y, expresamente, así lo consagran algunas leyes (art. 181 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; art. 2 y concordantes del RDL 5/2000, de 4 de agosto, Texto refundido sobre Infracciones y Sanciones en el orden social; art. 61 Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la competencia; Ley 19/1993, 28 de diciembre, de Prevención del blanqueo de capitales; Ley 22/1988 de Costas, etc.), fundamentalmente la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su art. 130 dispone: «... podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas...».

Esta realidad exige examinar si el Derecho positivo español contiene un modelo reconocible de responsabilidad penal de personas jurídicas. No se trata de hacer un nuevo modelo teórico al uso, sino de indagar si nuestras leyes sancionadoras contienen ya un modelo según el cual imponen sanciones punitivo-preventivas a las personas jurídicas. Entendemos que sí y a esclarecer esta realidad dedicamos estas páginas.

Para Adán Nieto⁴ en el Derecho positivo conviven cuatro modelos distintos de responsabilidad penal de las personas jurídicas incompatibles entre sí. El del art.

3. Entre los penalistas se extiende pausadamente la opinión de que los arts. 31 y 129 del Código Penal significan un reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Por todos, J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, *passim*; “Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, *Poder Judicial*, 46/1997, *passim*. Vid. también, J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad”, *Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca*, Salamanca, 1982; el mismo, “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, *CPC*, 1980; el mismo, “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, *CPC*, 1994; el mismo, “Una vez más sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Madrid, 1995.

4. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, págs. 33 y sigs.

129 del Código Penal pensado para empresas criminales, de fachada o peligrosas. El del art. 31.2 dirigido a empresas de economía legal. El tercer modelo, calificado de mixto, que se recoge en el art. 369.2 para el delito de tráfico de drogas. Y un cuarto que encontramos en la normativa sancionadora administrativa. La constatación de estos cuatro modelos incompatibles, según Nieto, le obliga a reformular de *lege ferenda* uno nuevo que sustituiría a los existentes.

Yo pienso que el jurista no puede renunciar a la búsqueda de univocidad en el Derecho positivo y no se puede rendir ante la constatación de la aparente falta de coherencia del sistema por sostener cuatro modelos pretendidamente incompatibles. Por el contrario, estamos obligados a encontrar un régimen coherente de criminalización de las personas jurídicas en las normas vigentes y para ello tenemos base suficiente. Desistir de esta tarea reconociendo cuatro modelos incompatibles para proponer una reforma legislativa, sólo nos conduce a una agravación de la situación caótica existente en la teoría sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, como lo prueba el inefable Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007 que, final y felizmente, no fue aprobado.

Como consecuencia de las últimas investigaciones, fundamentalmente de Zugaldía, Adán Nieto y de mis discípulos Silvina Bacigalupo y Carlos Gómez-Jara⁵, creo obligadas las siguientes reconsideraciones como colofón de mis últimos estudios sobre el tema.

La creencia equivocada de que el Derecho positivo español no castiga a las personas jurídicas explica que la Unión Europea dirija al Estado español recomendaciones continuas para que cambie el Derecho interno en este ámbito y proceda a imponer sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” a las personas jurídicas. El Gobierno español se limita a constatar que el Derecho positivo español castiga, incluso con mayor crudeza que otros ordenamientos, a las personas jurídicas, pero a través del Derecho administrativo sancionador⁶. Pues bien, dichas sanciones son castigos que cumplen con las exigencias habituales en el Derecho comunitario de revestir las cualidades de eficaces, proporcionadas y disuasorias, son represivo-punitivas, viven bajo el manto del Derecho de penas y operan bajo la vigencia de principios comunes con el Derecho Penal común.

5. Una referencia a ellos en L. GRACIA MARTÍN, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en J. BOIX REIG/LLORIA GARCÍA, *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, 2008, pág. 811, y en M. BAJO, “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro”, en *Derecho y Justicia en el siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuéllar*, Madrid, 2006, págs. 69 y sigs.

6. Una exposición de las resoluciones de los organismos internacionales y de las diversas decisiones-marco europeas en las que instan a castigar a las personas jurídicas con sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas, sean de carácter penal, civil o administrativo, en J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas*, ob. cit., págs. 164 y sigs.

Es preciso confirmar, en primer lugar, que las sanciones administrativas son castigos o sanciones punitivo-preventivas obedientes a las mismas exigencias de principio y fines de las del Derecho Penal común. En segundo lugar, hay que averiguar si el Derecho positivo español, que prevé castigos a las personas jurídicas, obedece a un modelo jurídico con elementos similares a los de la teoría jurídica del delito, fundamentalmente, en lo relativo a la acción y a la culpabilidad⁷.

A. La sanción administrativa es una pena

Las sanciones administrativas son medidas retributivo-preventivas, por lo tanto son penas. Que son castigos y no meras consecuencias normativas se comprueba porque cumplen tres circunstancias: son graduables en función de la forma subjetiva de participación (dolo, culpa o caso), no se pueden asegurar y no son transmisibles por herencia. Todo efecto jurídico del que puedan predicarse dichas tres circunstancias, constituirá un castigo como ocurre con las penas del Código Penal.

Por otro lado, que son penas se deduce del art. 34 del Código Penal. En efecto, se ha repetido que la expresión con la que comienza el artículo “no se reputarán penas” referida a las sanciones administrativas de carácter gubernativo y disciplinario, -incluso a las civiles-, da a entender que lo son, que son penas, pero que el Código Penal no las reconoce como tales. A los efectos del Código Penal, no se reputan penas, aunque lo sean.

Se proclama por Doctrina y Jurisprudencia la unidad del Derecho sancionador en el sentido de que, independientemente del órgano que aplique la sanción (administrativo o judicial), se rige por los mismos principios del Derecho Penal entre los que se encuentran los de culpabilidad y personalidad de las penas. En realidad, no podría ser de otro modo desde el momento en que no existe ninguna diferencia sustancial, ni siquiera cuantitativa, sino sólo formal, entre el injusto penal y el administrativo. Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo. Otra distinción no es posible, ni de carácter sustancial ni siquiera cuantitativo⁸.

Es oportuno, empero, indagar si en la literatura existen nuevos intentos de distinción entre los injustos penal y administrativo o, incluso, entre las sanciones en el sentido de

7. Como señala J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas*, ob. cit. pág. 138, no es metodológicamente correcto partir del principio de que hay “un único concepto válido y verdadero de acción” y de culpabilidad.

8. Sobre esta posición, mayoritaria en el momento actual en la doctrina, vid. M. BAJO/S. BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal económico*, Madrid, 2001, págs. 119 y sigs.

que exista una diferencia sustancial entre la pena del Derecho Penal y cualquier otro castigo, por ejemplo, el que imponen los órganos administrativos.

Entiendo que, entre nosotros Feijoo, Silva, y García Caveró⁹ pretenden una distinción sustancial entre el injusto penal y el administrativo. Sin embargo, un examen exhaustivo denota que se limitan a describir características distintas entre ambos injustos o preferencias en el tratamiento de las infracciones –fundamentalmente en los delitos de peligro abstracto y lesivos de funciones estatales- pero no logran una diferenciación sustancial.

1. Preocupado Silva por un proceso de difuminación de las fronteras entre el Derecho Penal y el administrativo sancionador y una contaminación del modo de razonar entre ambos, denuncia peligros de expansión del Derecho Penal a costa del administrativo. Considera impropio, así, que, por un lado, el Derecho Penal proteja funciones estatales y castigue delitos de peligro abstracto y, por el otro, que la pena se transforme en un instrumento de gestión, abandonando su sentido tradicional.

Silva convierte estas características en criterios de distinción entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo. Así, dice, el Derecho Penal persigue proteger bienes jurídicos concretos en casos concretos y atiende a criterios de lesividad y peligrosidad concreta. El Derecho administrativo sancionador, por el contrario, “persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial)”¹⁰ y sigue razones de afectación general o estadística y se mueve por criterios de oportunidad y no de legalidad y “es el refuerzo de la ordinaria gestión de la administración”¹¹.

Realmente, ésta no es más que una descripción de cómo opera *regularmente* el Derecho administrativo sancionador pero no es una distinción sustancial entre injusto administrativo e injusto penal porque se contradice con el Derecho positivo. En la medida en que no son más que pautas detectadas, admite excepciones, por lo que no consigue una distinción sustancial. Es obligado seguir manteniendo el criterio formal de distinción y los principios de unidad del Derecho sancionador e identidad de los fines y funciones de los efectos sancionadores (pena criminal y sanción administrativa), por más que se reconozca que el Derecho administrativo sancionador toca determinados sectores con más regularidad que el Derecho Penal.

2. García Caveró mantiene el mismo criterio sustancial de distinción apuntando

9. Según P. GARCÍA CAVERO, “*Derecho Penal económico. Parte General*”, Universidad de Piura, 2003, pág. 71, nota 190, mantienen también “un criterio cualitativo de diferenciación” Wolf, Kindhäuser, Silva Sánchez y Köhler.

10. J.M. SILVA, *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001, pág. 125.

11. J. M. SILVA, ob. cit., pág. 125.

características del Derecho administrativo sancionador detrás de las que “se esconden aspectos cualitativos que diferencian el Derecho Penal (económico) del Derecho administrativo sancionador”¹². Desde el punto de vista, común entre los funcionalistas, de que el delito es *también*, y no únicamente, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, señala que “el Derecho Penal económico no protege estos objetos valiosos, sino la vigencia de expectativas de conducta garantizadas penalmente”¹³. De las normas administrativas también se puede decir que aseguran expectativas “pero referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen”¹⁴. “Las normas penales, por el contrario, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, los aspectos que permite en el sistema social concreto una realización personal”¹⁵. Esta distinción que llama “diferencia material”¹⁶ explica que el Derecho Penal siga criterios de imputación personal de un injusto propio, mientras el Derecho administrativo sigue criterios de afectación general, estadística en todo caso... que se rige por criterios de oportunidad y no de legalidad”¹⁷.

García Caveró se limita también a describir características de ambos ordenamientos -criterio de oportunidad, concepto unitario de autor, inclusión de las personas jurídicas, una culpabilidad entendida finalmente como capacidad de infringir la norma¹⁸, fines de ordenación sectorial etc.- que quiere convertir en diferencias sustanciales.

El error comienza por malentender la posición de la tesis mayoritaria que, en realidad, no mantiene una diferenciación cuantitativa entre ambos ilícitos, sino formal. Como señala Tiedemann, ambos ordenamientos se diferencian cuantitativamente en las sanciones pero no en el supuesto de hecho. Se podría añadir que ni siquiera siempre se produce la diferencia cuantitativa en las sanciones si comparamos delitos castigados sólo con multa que, en ocasiones, es inferior a la prevista para el mismo hecho en el Derecho administrativo sancionador¹⁹. Los supuestos de hecho son cualitativamente idénticos y, por

12. P. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal económico. Parte General*, ob. cit., 2003, pág. 71.

13. P. GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág. 71.

14. P. GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág. 71.

15. P. GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág. 71.

16. P. GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág. 72.

17. P. GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág. 72.

18. P. GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág. 70.

19. Es precisamente esta realidad la que hace que J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas*, ob. cit., pág. 107, anuncie que estamos ante una

tanto, pueden ser igualmente lesivos de bienes jurídicos como lo demuestran los ámbitos en que se solapan las infracciones de una u otra clase (tributario, mercado de capitales, medio ambiente, blanqueo de dinero, etc.). La única diferencia es formal porque los delitos son castigados en las leyes penales (sometidas a reserva de ley orgánica), con penas aplicadas por jueces con un procedimiento penal. Las infracciones administrativas son sancionadas en leyes administrativas (sometidas al principio de legalidad ordinaria), impuestas por órganos administrativos y bajo el proceso administrativo.

3. Por su parte, Feijoo pretende la misma distinción sustancial partiendo de una concepción comunicativa del injusto.

a) Para Feijoo la función del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos es una consecuencia derivada de la función de protección de las normas²⁰. La definición del injusto como lesividad normativa y la norma como expectativa contrafáctica permite, mejor que con la exclusiva teoría del bien jurídico, llegar a resultados más correctos con la aplicación de criterios más complejos como el riesgo permitido, el principio de confianza, la relevancia del comportamiento de la víctima, las posiciones de garantía etc²¹.

Feijoo señala que “los delitos de peligro abstracto deben tipificar organizaciones inseguras concretas y no meras organizaciones estadísticamente inseguras”²² y así, se evitan las críticas de la Escuela de Frankfurt al Derecho Penal del riesgo²³ y se pueden establecer límites entre

situación insostenible, ante “un mundo al revés”, cuando es la Administración la que impone multas de -“solamente”, apostilla con sorna- de 600.000 a 3.000.000 de euros.

20. B. FEIJOO, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Publicaciones de la Cámara de Comercio de Madrid, 2007, pág. 21.

21. B. FEIJOO, *Derecho Penal de la empresa*, ob. cit., pág. 49.

22. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 205. Vid. mi recensión a este libro: M. BAJO, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, en *InDret*, nº 4, 2008.

23. Feijoo se opone al pensamiento de la Escuela de Frankfurt que ha denunciado la influencia en el Derecho Penal de la corriente denominada sociedad del riesgo (la evolución sería: cultura preindustrial, sociedad industrial, sociedad del riesgo en la que pesan peligros generales como los ecológicos, nucleares, químicos y genéticos) desnaturalizando el Derecho Penal al obligar a modificar las categorías de causalidad y culpabilidad. Para la Escuela de Frankfurt (Hassemer, Prittwitz, Naucke...) el Derecho Penal no estaría protegiendo bienes jurídicos sino que sería un proceso de conducción de movimientos sociales. Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados sino para que pasen a serlo. El Derecho Penal del riesgo es un Derecho Penal que no castiga sino que tranquiliza con la prevención de situaciones problemáticas, que crea delitos de desobediencia con los delitos de peligro abstracto y que pone en peligro los principios básicos del Derecho Penal liberal. Feijoo critica el pensamiento de la Escuela de Frankfurt

el Derecho Penal (organizaciones inseguras concretas) y el administrativo (la inseguridad estadística).

Sin embargo hay que observar a la posición de Feijoo que la definición del injusto como lesividad de la norma y la concepción de ésta como expectativa contrafáctica, puede aplicarse igualmente a las normas administrativas que prevén infracciones e imponen sanciones. La arrogación de un ámbito de organización ajeno en el que consistiría el siempre llamado delito de lesión, la desprotección ilegítima de otro ámbito de organización en el delito de peligro concreto o la incorrecta organización del propio ámbito de organización del delito de peligro abstracto²⁴, son aplicables igualmente a las infracciones administrativas de lesión (infracciones tributarias²⁵), a las de peligro concreto (infracciones en materia de riesgos laborales²⁶) o peligro abstracto (infracciones de blanqueo de capitales²⁷).

b) Feijoo también quiere deducir de la teoría de la pena una diferenciación sustancial entre sanción y pena, cosa que a mí no me parece posible.

Conviene la mayoría de la doctrina que la pena es retribución pero con ello es insuficiente para que se legitime la imposición del castigo. El Derecho Penal clásico entendió entonces que son los fines de prevención especial y general (negativa y positiva) los que legitiman la pena. Hoy, las teorías funcionales entienden que la pena persigue que la sociedad no se desintegre con el delito, ya que el delito es consecuencia inevitable de la existencia de normas. En estos momentos la concepción preventivo general positiva no es sólo fortalecer la fidelidad al derecho y la vigencia de la norma sino reforzar la conciencia jurídico social. Para Feijoo la prevención general positiva ha de entenderse como la confirmación de que las normas siguen vigentes ofreciendo orientación a todos los ciudadanos como víctimas potenciales, modelando la vida social, y no sólo influyendo psicológicamente en los

sosteniendo que hay que defenderse contra las actividades de empresas multinacionales, que hay que atender a los problemas reales de las sociedades complejas, que hay que cambiar el paradigma penal como cambió la sociedad y que el Derecho Penal liberal no existe puesto que no es más que un eslogan.

24. B. FEIJOO, *Derecho Penal de la empresa*, ob. cit., pág.45.

25. No ingresar la deuda tributaria resultante de la autoliquidación, art. 191 LGT.

26. Exponer a los trabajadores a agentes nocivos o destinarlos a puestos incompatibles con sus características personales (art. 13 del RDL).

27. Art. 3 de la Ley 19/1993, de 28 diciembre, sobre Prevención del blanqueo de capitales (reformada por Ley 19/2003, de 4 julio): incumplir las obligaciones ahí señaladas como exigir documentación identificativa o examinar operaciones.

potenciales delincuentes²⁸. La prevención del delito entendido como evitación o erradicación del crimen y la seguridad ciudadana, no es función de la pena sino de otras medidas sociales como medidas policiales, comiso, retirada de ganancias, prohibición del consumo de sustancias, política social, medios de instituciones penitenciarias²⁹.

Si quiere ser legítima, la pena estatal tiene vetada la posibilidad de punir un hecho que individualmente considerado carezca de lesividad o de peligrosidad para otros ámbitos de organización, es decir, no sea una organización defectuosa que pueda afectar por sí misma a otros ámbitos de organización³⁰. Es decir, la pena es retribución de un hecho lesivo o peligroso para otros ámbitos de organización, mientras la sanción administrativa sería una medida preventivo-instrumental (no retributiva) de prevención de riesgos o de inseguridad.

Prueba de ello lo quiere encontrar Feijoo en 1) las estructuras típicas por acumulación³¹ que sólo erróneamente dan lugar a responsabilidad penal y en 2) la incorrecta aplicación del principio de precaución³².

La tesis de Feijoo es que la tipificación de daños acumulativos es una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que debe pertenecer en exclusiva al Derecho administrativo³³. En el Derecho Penal no se puede prescindir de las exigencias de la retribución individualizada u ofensividad como capacidad de afectación a otros ámbitos de organización³⁴.

Por otra parte, los delitos obedientes al principio de precaución, es decir, delitos que nacen con incertidumbre científica sobre el peligro que la acción castigada tiene de convertirse en daño, deben erradicarse del Derecho Penal por quedar desligados de la culpabilidad por el hecho. "Se rigen por una lógica propia de las sanciones administrativas y del derecho de policía: no se trata de responder a comportamientos que materialmente afecten o perturben otros

28. B. FEIJOO, *Derecho Penal de la empresa*, ob. cit., pág. 267.

29. B. FEIJOO, *Derecho Penal de la empresa*, ob. cit., pág. 272.

30. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, ob. cit., pág. 206.

31. Ejemplo característico es la conducta de quien vierte una sustancia en las aguas cuyo significado lesivo para el medio ambiente se deriva sólo de la suma de otras muchas actividades individuales similares.

32. Supuestos en los que no existe evidencia científica de su lesividad pero sí de su probabilidad.

33. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, ob. cit., pág. 210.

34. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, ob. cit., págs. 210-211.

ámbitos de organización sino de prevenir situaciones en las que ello puede llegar a suceder"³⁵.

En consecuencia, en los delitos de peligro abstracto el hecho se convierte en injusto penal cuando es "organización normativamente insegura" mientras sería injusto administrativo con la simple lesión de una regla general o estadística de seguridad³⁶. "Por ejemplo, puede que alguien conduzca superando los niveles permitidos de alcohol en sangre, pero ello no afecte significativamente a sus capacidades o que alguien elabore productos químicos sin autorización que pueden causar estragos (art. 359 del Código Penal), pero ello no suponga una actividad más insegura que la de otras empresas equivalentes que disponen de la autorización (o, incluso, puede tratarse de una actividad más segura de lo normal)"³⁷.

La tesis expuesta de Feijoo como criterio de diferenciación entre injusto penal y administrativo tiene, como las anteriores de Silva o García Cavero, el grave defecto de que se refiere únicamente al caso en que el injusto sancionado -en leyes administrativas, por órganos administrativos, bajo el proceso administrativo-, represente un peligro. Pero, no toma en cuenta que los injustos administrativos son también de lesión y son tan abundantes (infracciones tributarias, contra el medio ambiente, de riesgos laborales, etc...) que no puede desconocerse que es voluntad clara del legislador la de someter al Derecho administrativo sancionador el castigo de tales conductas de lesión de un bien jurídico. El criterio de estos autores puede entenderse de *lege ferenda*, como pauta para el legislador, y así lo hace Nieto Martín en su modelo legislativo, cuando señala que "el deslinde entre jueces y administración, podría hacerse sobre el siguiente criterio básico" consistente en que el Derecho administrativo sancionaría a quienes incumpliesen sus deberes de autorregulación establecidas para prevenir determinados comportamientos y el Derecho Penal cuando se ha producido la lesión del bien jurídico³⁸. Pero no deja de ser una propuesta, como el propio autor lo califica.

35. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, ob. cit., pág. 214.

36. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, ob. cit., págs. 340-341.

37. B. FEIJOO, *Normativización del Derecho Penal y realidad social*, ob. cit., pág. 345.

38. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, ob.cit., pág. 128. Aunque son palabras referidas a personas jurídicas, se puede hacer esa generalización.

B. La persona jurídica comete acciones típicas

Que las personas jurídicas cometen hechos típicos siempre se ha reconocido, porque pueden celebrar contratos, contraer obligaciones, eludir impuestos, etc., por lo que pueden celebrar un contrato simulado, cometer un fraude tributario o perpetrar un vertido nocivo a la atmósfera o el agua. Por esa razón, el Derecho positivo impone a la propia persona jurídica una sanción punitivo-preventiva (una pena), que denominamos sanción administrativa. Y lo hace porque la persona jurídica ha realizado una acción típica. En efecto, la LGT impone una sanción (pena) de multa en el art. 191 al contribuyente (también la persona jurídica) que “deja de ingresar” el pago del resultado de la autoliquidación (del impuesto de sociedades, por ejemplo), es decir, castiga a la persona jurídica por cometer el “hecho” de “dejar de ingresar”.

El Derecho administrativo no hace prevención alguna sobre si la acción, en este caso “dejar de ingresar”, implica un movimiento corporal productor de un resultado con manifestación o contenido de voluntad. Lo mismo puede decirse de las acciones de contratar con restricción de derechos sindicales o provocar vertidos a la atmósfera o abusar de información privilegiada. Por esa razón el Derecho administrativo que sanciona a personas jurídicas no necesita disposiciones similares a las del art. 31.1 del Código Penal³⁹.

Un sector amplio de penalistas de entre los que defienden la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, explican que ésta sea responsable, en virtud del principio de atribución. Es decir, se le atribuye a la persona jurídica, la acción cometida por la persona física, su administrador o representante. Esta atribución se produce en cuanto aparezca un “hecho de conexión” que puede consistir en obrar en nombre de la persona jurídica, en su beneficio o en su representación. De algún modo, el hecho de la persona física se convertiría en condición objetiva de punibilidad⁴⁰.

39. Para algunos, la propia Ley penal contempla penas para las personas jurídicas en el art. 31.2 y en el art. 129 del Código Penal y tampoco se hacen depender de un movimiento corporal productor de un resultado con manifestación o contenido de voluntad entendida en sentido psicológico. Al contrario, la persona jurídica respondería únicamente porque la persona física cometió el delito en nombre y por cuenta de la persona jurídica, es decir, porque se benefició de una acción cometida por otro.

40. Vid. M. BAJO, *La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro*, ob. cit. En Derecho alemán el párrafo 30 (4) OWiG, dispone que “si no se inicia o si se suspende un procedimiento penal o sancionador administrativo por la comisión de un delito o de una infracción administrativa o se suspende la ejecución de la pena, se podrá no obstante imponer una multa independiente a la persona jurídica, salvo que el delito o la infracción administrativa no puedan ser perseguidas por razones jurídicas”. Se trata en el modelo alemán de responsabilidad “propia indirecta” de las personas jurídicas, toda vez que en determinados casos, en que el delito haya sido cometido por una persona física, puede ser también imputado a la persona jurídica con sanciones específicas para ésta.

Ahora bien, esta constatación violenta la doctrina de la jurisprudencia constitucional que está exigiendo, con el fin de cumplir con el principio de unidad del Derecho sancionador, que la persona jurídica responda de un hecho propio y con una imputación subjetiva propia. En esta línea se mueve la STC 125/2001, de 4 de junio al reconocer que el “*principio de personalidad de las penas* forma parte del de legalidad a que se refiere el art. 25.1 de la CE e implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos pero la existencia de responsabilidad de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos, ni la posibilidad de que su cooperación pueda ser reputada necesaria (...)». De donde se deriva que la exigencia legal de la responsabilidad de terceros requiere necesariamente que la imputación de responsabilidad se haga a sus propios actos. En consecuencia, las personas jurídicas responden por consideraciones ajenas a la condena de la persona física. De ahí que un sector minoritario estime que nuestro Derecho positivo castiga a la persona jurídica por la comisión de un “hecho propio”.

Por ejemplo, Zugaldía entiende que la persona jurídica responde por el hecho propio y por su propia culpabilidad⁴¹. Porque la persona jurídica es capaz de cometer la acción típica (contratar, emitir, verter, etc.) se le puede imputar la conducta típica⁴².

Por su parte, Gómez-Jara entiende posible una interpretación del art. 31.2 del Código Penal que no lesione los principios de culpabilidad ni personalidad de las penas, ni violente las exigencias constitucionales y jurisprudenciales de responder por el hecho propio con una culpabilidad propia. En el art. 31.2 –interpreta- se hace responder a la persona jurídica no por el hecho del empleado sino por el hecho propio⁴³. De la expresión “hechos relacionados con su actividad” (Exposición de Motivos) deduce Gómez-Jara la exigencia de un hecho de la persona jurídica⁴⁴.

Este hecho propio consistiría en infringir el deber de supervisión, no haber institucionalizado una cultura empresarial de fidelidad al Derecho por no haber configurado su organización de tal manera que se hubiera evitado el delito del empleado⁴⁵. Sólo así se evitaría el escollo de la inconstitucionalidad del art. 31.2 cuyo sentido punitivo quedaría limitado a los casos en los que la persona jurídica realizara auténticos actos propios (y culpables), como sería el caso de no

41. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas*, ob. cit., pág. 142: “la persona jurídica debe responder por su propia acción y por su propia culpabilidad”.

42. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas*, ob. cit., pág. 153.

43. También Fernández Teruelo y Álvarez García sostienen que ha de exigirse en el art. 31.2 un hecho propio de la persona jurídica y la consiguiente culpabilidad.

44. C. GÓMEZ-JARA, “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*”, en *Diario Jurídico La Ley*, n° 6548, de 13 de septiembre de 2006, pp. 1-13.

45. “Configuración normativa del propio ámbito de organización”, diría Gómez-Jara.

institucionalizar una cultura de fidelidad al Ordenamiento o no organizar un sistema de normas que eviten la lesión de bienes jurídicos.

Existen multitud de normas administrativas que imponen a las empresas códigos o deberes especiales en el orden bursátil, financiero, blanqueo de capitales, prevención de riesgos laborales, etc., y que las sancionan por la inexistencia en la corporación de normas internas de fidelidad al Derecho. Es, en este sentido, relevante la normativa sobre el blanqueo de capitales (Ley 19/93, arts. 5.2 y 3, y RD 925/1995), prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, art. 47) y mercado de valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁴⁶ y RD 629/1993) a lo que se pueden añadir el art. 127 de la Ley de Sociedades anónimas (TRLSA de 1989, modificada por Ley 26/2003) que impone a los administradores el deber genérico de obrar como ordenado empresario y representante leal.

Pues bien, yo entiendo que la acción de la persona jurídica estaría compuesta de un hecho específico descrito en la norma concreta de que se trate (eludir el pago, verter la sustancia, contratar, otorgar un negocio, contraer obligaciones, etc...) que tiene un carácter de modificación del mundo externo, objetivamente constatable, más un comportamiento, un “hacer” (o un “omitir”), de la persona jurídica que se constata en la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno que disciplinen a sus directivos y empleados en el cumplimiento del Derecho o que origina defectos de organización determinantes del comportamiento típico. Obsérvese que estamos describiendo un auténtico hecho propio de la persona jurídica, sin que tenga que regir aquí el “principio de atribución” por el que se imputa a la persona jurídica el hecho de la persona física, “hecho de conexión”;

46. Artículo 79: Las empresas deberán atenerse a principios como: Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Garantizar la igualdad de trato entre los clientes. Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia.

Artículo 80: Prohíbe a las empresas realizar prácticas que tengan por objeto o produzcan el efecto de provocar una evolución artificial de las cotizaciones. Multiplicar las transacciones de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente. Atribuirse a sí mismo uno o varios valores cuando tengan clientes que los hayan solicitado en idénticas o mejores condiciones. Anteponer la venta de valores propios a los de sus clientes, cuando éstos hayan ordenado vender la misma clase de valor en idénticas o mejores condiciones.

operando éste como una condición objetiva de punibilidad⁴⁷. Téngase en cuenta, también, que no es sólo una conducta genérica (culpa *in vigilando*) que repugnaría a las exigencias tipicidad (concreción, claridad, certeza) sino un auténtico hecho (acción u omisión) cometido por la persona jurídica.

La existencia de estos programas o códigos de conducta, obligatorios para todos los miembros de la entidad, determinan la exclusión de la acción o son causa de atipicidad de la conducta de la persona jurídica. Es decir, permite una teoría general de la ausencia de acción o de tipicidad en una teoría general del delito de la persona jurídica. Los textos legales no pueden exigir que la persona jurídica realice una manifestación de voluntad entendida en sentido psicológico al estilo de la teoría jurídica del delito del Derecho Penal común, pero sí una espontaneidad, en el sentido de ausencia de poder interno o externo irresistible, para calificar de acción típica la ausencia de la normativa de buen gobierno en los términos y con el alcance que exija la ley en cada caso.

Pretender una reforma del orden penal para constatar esta descripción de la conducta de la persona jurídica es innecesario. La tradicional teoría jurídica del delito no necesitó de una normativa legal completa para elaborar toda una teoría de la acción penal que tantas bibliotecas han colmado y a tantos estudiosos ha ocupado con sólo una palabra del legislador en el entonces art. 1 del Código Penal español. Corresponde a Doctrina y Jurisprudencia la elaboración, sobre el amplio Derecho positivo que castiga a las personas jurídicas, de toda una teoría sobre la acción de la persona jurídica y sobre su ausencia. No necesitamos reforma legislativa alguna ni tampoco una nueva ley de responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Sería un exceso. Bastaría con la interpretación sistemática de preceptos como el art. 179 de la LGT que excluye la acción –también para la persona jurídica– cuando se produce “fuerza mayor”; falta “capacidad de obrar en el orden tributario” o se actúa ajustándose a los criterios manifestados por la Administración tributaria.

47. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, ob.cit., pág. 22, parece hacer girar la acción de la persona jurídica sobre este principio de atribución: “Lo que el derecho reprocha –indica Nieto Martín– es la infracción de una norma de valoración, en virtud de la cual el legislador desvalora un estado, si se quiere, una forma de ser de la persona jurídica, consistente en que no se ha organizado de modo correcto con el fin de impedir o dificultar que las personas naturales que actúan dentro de sus sistema no lesionen, de manera delictiva, bienes jurídicos”. No se trata de castigar un “estado”, que obligaría a hablar de “un Derecho Penal de autor” como reconoce el propio Nieto, pág. 23, sino un hecho propio de la persona jurídica.

C. La persona jurídica responde culpablemente de sus propios actos

En cuanto al escollo de una culpabilidad exigible tanto a personas físicas como jurídicas y, por tanto, para el Derecho Penal propiamente dicho y para el Derecho administrativo sancionador, existen varios modelos teóricos de todos conocidos. Hemos de abandonar a quienes niegan la exigencia de culpabilidad a las personas jurídicas como es el modelo del estado de necesidad de protección de bienes jurídicos de Schönemann⁴⁸ o a quienes explican el efecto jurídico por la peligrosidad objetiva de la cosa, al estilo de las tesis explicativas de las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal⁴⁹. Modelos de culpabilidad son los que consideran posible la culpabilidad de la empresa, porque adaptan los conceptos de acción y culpabilidad -tradicionales en la teoría jurídica del delito- a la empresa, como el desarrollado por Tiedemann que concibe la culpabilidad como defecto de organización⁵⁰; o Bacigalupo Saggese que deriva la culpabilidad de la prevención general positiva por necesidad de restaurar el orden jurídico o restablecer la vigencia de la norma⁵¹, o Nieto Martín que concibe la culpabilidad como “déficit de autorregulación permanente”⁵². Otros, como Gómez-Jara, creen posible una culpabilidad común a la persona física y a la jurídica y, para ello, proponen un nuevo concepto como el de “culpabilidad constructivista”, “conforme al cual la culpabilidad de una persona jurídica viene dada por la institucionalización de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho, de infidelidad al Derecho”⁵³.

En el Derecho administrativo sancionador hubo dificultad para asumir la exigencia de culpabilidad, incluso para la persona física, pero la Jurisprudencia lo ha elevado

48. B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1979, *passim*.

49. Tesis que mantuve yo anteriormente.

50. K. TIEDEMANN, «Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», NJW 19/1988; el mismo, “Strafbarkeit und Bussgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen”, en Eser/Thormundsson, *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, 1989; el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht. Eine Einführung und Allgemeiner Teil*, 2. ed., 2007, p. 129 ss.

51. S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998.

52. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, ob.cit., pág. 146, hace la siguiente distinción: Culpabilidad de empresa como cultura corporativa desviada (Código Penal australiano y Gómez-Jara); culpabilidad de empresa como defecto de organización (Reino Unido); culpabilidad de empresa como ausencia de un comportamiento postdelictivo adecuado (Fisse); culpabilidad por el carácter o por la conducción de la empresa (Heine, Lampe).

53. C. GÓMEZ-JARA, tesis doctoral. Una síntesis lúcida sobre el pensamiento de Gómez-Jara, en L. GRACIA MARTÍN, ob. cit., págs. 811 y sigs.

ya a pieza básica del Derecho Administrativo sancionador⁵⁴. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC) no contiene referencia alguna al principio de culpabilidad de manera expresa, aunque habría de deducirse de la consagración del principio de proporcionalidad (art. 131)⁵⁵ y de la presunción de inocencia (art. 137)⁵⁶. En efecto, así se puede descubrir en la referencia a la “intencionalidad” como “criterio para la graduación de la sanción” (art.131)⁵⁷ y en la exigencia de la prueba de “responsabilidad administrativa” (art.137). En este sentido, hay que sostener con Parada Vázquez que, “diga lo que diga la Ley (se refiere al art. 130.1 LRJPAC), no se puede dar infracción alguna, penal o administrativa, sin el elemento de la culpabilidad”⁵⁸. El proceso de asimilación material de las sanciones administrativas al

54. R. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 533. Últimamente, de PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, págs. 201 y sigs.

55. Art. 131: *Principio de proporcionalidad*.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

A estos criterios se remite expresamente el art. 10 de la Ley 19/1993, 28 diciembre de Prevención de Blanqueo de capitales.

56. Art. 137: *Presunción de inocencia*.

a) Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

57. La invocación por el art.131 de la *intencionalidad* como criterio para graduar la sanción, debe interpretarse en el sentido de que la sanción se impone en su grado mínimo cuando no hay ni dolo ni culpa, pudiendo el órgano sancionador recorrer los márgenes sancionadores si concurre negligencia o intención.

58. R. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, ob.cit., pág. 533. Los arts. 130 y 131 de la LRJPAC parecen sostener lo contrario. En efecto, el art. 130 admite la responsabilidad «aún a título de simple inobservancia» lo que, en principio parece decir que basta con la infracción objetiva de la norma («simple inobservancia») para que el sujeto incurra en responsabilidad. Al respecto sostiene N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992”, en *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, 1992, pág. 32, que la alusión a la «inobservancia» no se puede interpretar en el sentido de que se refiera a la norma prohibitiva, dado que la simple comisión de la conducta prohibida no pueda dar lugar a sanción si no va acompañada de la culpabilidad del infractor. En este sentido ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional sosteniendo que un régimen de responsabilidad objetiva en materia sancionadora sería inconstitucional (SSTC 76/90 y 246/91). Prosigue González-Cuellar Serrano que la «inobservancia» a la que se refiere el

régimen del Derecho Penal se proyecta también sobre los aspectos subjetivos y sus exigencias que permiten un juicio de reprochabilidad sobre los responsables⁵⁹. La jurisprudencia constitucional exige también en el Derecho administrativo sancionador una culpabilidad o imputación subjetiva para las personas físicas y jurídicas y, en general, para los supuestos de responsabilidad solidaria⁶⁰. Por lo que se refiere a la

art. 130 ha de interpretarse en relación al «deber de cuidado». Si no existe inobservancia del deber de cuidado exigible al sujeto, la «inobservancia de la norma» no justifica la imposición de la sanción. Ahora bien también es cierto que del mismo modo en que dentro del ámbito administrativo sancionador debe ser matizado el principio de culpabilidad, sería suficiente operar en este campo con la simple «culpa in vigilando», que si no entra en juego en el Derecho Penal criminal es debido a que en el mismo no se incrimina la participación imprudente en el delito o falta, sea a su vez dolosa o imprudente. «Culpa in vigilando» que como mínimo sería exigible para la imposición de las sanciones a las que se refiere el artículo 130. Por su parte, el art.131 incluye como primer criterio de graduación de la sanción «la existencia de intencionalidad», dando a entender que la falta de intención sólo sirve para graduar la sanción, no para excluirla. R. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 532. Tal interpretación sería contraria al pensamiento actual que equipara los principios reguladores de la actividad administrativa sancionadora con los principios del Derecho Penal (E. BACIGALUPO, *Sanciones Administrativas*, Madrid, 1991, pág. 33. A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 2005, pág. 340. R. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 533. N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre», pág. 33). La invocación por el art. 131 de la intencionalidad como criterio para graduar la sanción, no excluye la exigencia de dolo o culpa en el Derecho administrativo sancionador. El criterio de intencionalidad debe interpretarse como exigencia de elemento subjetivo dirigido a la norma jurídica (dolo) o a la norma de cuidado (culpa). Es decir, el criterio de graduación consistente en «la existencia de intencionalidad» no significa que la ausencia de intención, es decir, el caso fortuito, sea sancionable, sino que habrá que examinar la índole de la «intencionalidad» con la que se cometió el hecho. Si éste se perpetró con conocimiento y voluntad de su ilicitud y de todos los elementos constitutivos de la infracción (dolo) la sanción será más grave que si se cometió con conocimiento del deber de cuidado y con voluntad de infringir este deber (culpa) pero con la esperanza de que el resultado no se produjera, siendo impune el caso fortuito por falta de intencionalidad. Tampoco es obstáculo el art. 130 que declara la responsabilidad «aún a título de simple inobservancia», expresión con la que, como hemos dicho, el legislador parece indicar que basta, para incurrir en responsabilidad, con incumplir el dictado de la norma. Al recalcar este incumplimiento («inobservancia») con la calificación de «simple», podría entenderse que expresa la voluntad del legislador de hacer depender la responsabilidad exclusivamente de la trasgresión objetiva del mandato jurídico, sin necesidad de preguntarse por el dolo o la culpa: simplemente basta con incumplir la norma. Para salvar la congruencia entre principio de culpabilidad y el art. 130 ha de admitirse, como mínimo, la interpretación que hace González-Cuellar Serrano sobre la expresión «responsabilidad a título de simple inobservancia». Observa el autor que la «inobservancia» no debe referirse a la norma sino al deber de cuidado, es decir no sería un requisito de antijuricidad (inobservancia de la norma o incumplimiento de la norma) sino de la culpabilidad (incumplimiento del deber de cuidado o «culpa in vigilando»).

59. R. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, ob.cit pág. 531.

60. EITC extiende la exigencia de culpabilidad hasta negar que en la responsabilidad solidaria exista resto alguno de responsabilidad objetiva. La STC 76/1990 señaló que la responsabilidad solidaria del art. 38.1 de la LGT 10/1985, 26 de abril («responderán

persona jurídica ha exigido su culpabilidad para admitir su responsabilidad penal, sin que baste la culpabilidad del órgano, tesis ya sostenida por el Tribunal Supremo al exigir la necesidad de la concurrencia del *principio de culpabilidad*⁶¹. En la actualidad resulta prácticamente indiscutida ya la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, en el sentido de que se destierra definitivamente la responsabilidad objetiva⁶². El principio de culpabilidad se encuentra en la consagración del *principio de proporcionalidad* (art.131) y de la *presunción de inocencia* (art. 137)⁶³, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ya lo haya entendido deducible de la Constitución⁶⁴.

Sobre el sentido en que deba entenderse esta culpabilidad, existe cierta confusión en la legislación y en la interpretación jurisprudencial que se acentúa al referirla a la persona jurídica. Pero, es indudable que se trata de una culpabilidad como fundamento del castigo de lo que se deduce que ya tenemos un elemento, aunque

solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria») «no consagra una responsabilidad objetiva sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el artículo 77.1 que gira en torno al principio de culpabilidad» (Sobre la exigencia de culpabilidad vid. también STC de 10 de diciembre de 2001 y STS de 7 diciembre de 2004). Y la STC 146/1994, de 12 de mayo, frente a la responsabilidad solidaria de la unidad familiar en el impuesto de la renta, señala que si la responsabilidad solidaria de un tercero tiene su origen en una sanción, aquella sólo es posible si se incurre en responsabilidad propia. Es, pues, inconstitucional cualquier equiparación entre responsabilidad solidaria y responsabilidad objetiva.

61. En este sentido, el primer antecedente se encuentra en la STS de 16 de febrero de 1962, sin que la misma fuese secundada por posteriores sentencias de la época. A partir de los años 80 esta exigencia viene siendo reiterada y puede considerarse ya consolidada: SSTS de 23 de marzo de 1982, 4 de octubre de 1982, 5 de octubre de 1982, 26 de diciembre de 1983, 4 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1984, 23 de octubre de 1987, 30 de enero de 1988, 5 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1988 (donde se exige la concurrencia del principio de culpabilidad como exclusión de la posibilidad de sancionar con la mera existencia de responsabilidad objetiva), 17 de diciembre de 1988, 10 de febrero de 1989, 13 de octubre de 1989, 17 de octubre de 1989, 7 de diciembre de 1989, 16 de febrero 1990, 27 de febrero de 1990.

62. A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, ob. cit. págs. 298 ss. R. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, ob. cit. págs. 531 ss.

63. Vid. S. BACIGALUPO, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Madrid, 2002, págs. 61 ss.

64. M. BAJO, «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro», en *Derecho y Justicia en el siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuéllar*, Madrid, 2006, págs. 69 y sigs; el mismo, «Modelo para un Derecho Penal de las personas jurídicas», en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, págs. 719 y sigs; el mismo, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pág. 18.; el mismo, «Hacia un nuevo Derecho Penal: el de las personas jurídicas», En *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, pág. 5095.

negativo, del concepto de culpabilidad de una teoría del Delito de la persona jurídica: no hay culpabilidad si el hecho es fortuito (art. 179 LGT).

También el art. 31.2 del Código Penal se ha interpretado como fundamento de la exigencia de una culpabilidad para las personas jurídicas. Entiende Gómez-Jara⁶⁵ que cuando la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003, de 26 de noviembre define los hechos punibles del administrador condenado, como “hechos relacionados con su actividad”; (s.c. la de la persona jurídica), se produce una concepción similar a la de la responsabilidad civil de la disposición 4ª del art. 120 del Código Penal, de lo que debe deducirse que se requiere que la persona jurídica se encuentre en una posición de garante, “en una suerte de supervisión”, lo que conduce a la culpa *in vigilando o in eligendo*, que algunos administrativistas han encontrado en el art. 130.3 de la LRJPAC y se puede también encontrar en la base de la responsabilidad civil (por más que en la actualidad la jurisprudencia objetive la responsabilidad como consecuencia del principio del riesgo o del beneficio).

El Derecho positivo español además de prever castigos contra las personas jurídicas, impone una serie de deberes a las personas jurídicas cuyo incumplimiento permite un reproche de culpabilidad. Conviene todos que para la constatación de la culpabilidad de la persona jurídica es fundamental la existencia de *modelos de organización* de los que deriven deberes para la persona jurídica, códigos de conducta o normas sobre transparencia al estilo de los *compliance programs* americanos. Estos modelos, códigos o normas internas, cuya manifestación en nuestro Derecho positivo hemos señalado con anterioridad, son creadoras de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho que excluyen, en opinión de la doctrina autorizada, la culpabilidad de la empresa. La fidelidad al Derecho se declara a través del cumplimiento de estos programas o códigos de conducta obligatorios para todos los miembros de la entidad. También la exención de la responsabilidad de la empresa por error o por caso fortuito puede invocarse en virtud de la vigencia de los códigos o estándares de comportamiento.

Hay que reconocer, sin embargo, que no es fácil referir a la persona jurídica la definición de infracción tributaria del art. 183 de la LGT cuando requiere dolo, culpa o cualquier grado de negligencia. Como tampoco “la negligencia e intencionalidad..., fraude o connivencia” del art. 39 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, Texto refundido de Ley de infracciones y sanciones en el orden social. La Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la competencia también se refiere en el art. 63 a quienes infrinjan la ley “deliberadamente o por negligencia”. O la intencionalidad del art. 131.3 de la LRJPAC, al que se remite expresamente la Ley 19/1993, 28 diciembre de Prevención de Blanqueo de capitales. Preceptos todos aplicables sin excepción a las personas jurídicas.

65. C. GÓMEZ JARA, “El art. 31.2 del Código Penal”, en Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 93 y sigs.

La evidencia de que el principio de culpabilidad respecto a la persona jurídica ha de tener un contenido distinto al que se refiere a la persona física es reconocida expresamente por la interesante STC 246/1991, de 19 de diciembre. El razonamiento que se sigue en la sentencia se puede resumir de la siguiente forma: La persona jurídica es responsable de la infracción administrativa; los principios del Derecho Penal son aplicables al Derecho sancionador administrativo por ser ambos manifestación del ordenamiento punitivo del Estado; también lo es el principio de culpabilidad porque es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa; esta observación no impide la responsabilidad de las personas jurídicas sino que el principio de culpabilidad «*se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas*»⁶⁶.

La STC que estamos comentando en absoluto da luz para saber cómo ha de entenderse la culpabilidad cuando se refiere a las personas jurídicas porque, reconociendo que falta en éstas el elemento volitivo, no les falta –dice en su FJ 2º– «la capacidad de infringir las normas», confundiendo la culpabilidad (elemento de la infracción) con la propia infracción. La explicación con la que continúa, poca claridad añade. Dice la Sentencia que esa capacidad de infracción determina la «reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz». Por más circunloquios que la sentencia realiza, no sale del círculo vicioso de que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad porque tiene capacidad de infracción realizando una identificación de la culpabilidad con la infracción.

La tarea de desentrañar del Derecho positivo la exigencia legal de una culpabilidad para la empresa no podemos dejarla exclusivamente a los tribunales. Pareciera que mientras éstos interpretan las normas obligados por la necesidad de aplicar la Ley, la doctrina se abandona a florituras teóricas de *lege ferenda* en lugar de colaborar en el conocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas consagrada en nuestro Derecho positivo.

Parte de la doctrina se ha rendido en la pendencia por encontrar en las leyes sancionadoras un atisbo de reconocimiento de culpabilidad en la persona jurídica. Se dice que la presunción de inocencia y la necesidad de prueba de la responsabilidad administrativa (art. 137) no permiten deducir de modo inequívoco si la culpabilidad es un presupuesto de la responsabilidad administrativa. Se cumpliría igualmente esta exigencia, se dice, aún cuando redujéramos la prueba a los simples hechos objetivos descritos en el tipo de infracción.

66. A este respecto dice acertadamente A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, ob.cit., pág. 25, que “resulta honestamente imposible hablar de dolo propio de la persona jurídica o discutir acerca de cómo se configura el error o la capacidad de motivación normal”.

También encontramos confusión en la regulación de la LGT 58/2003, de 17 diciembre, que tras definir las infracciones tributarias invocando el dolo y la culpa (art. 183⁶⁷) y después de excluir la responsabilidad por ausencia de capacidad de obrar o fuerza mayor o amparándose en una interpretación razonable de la norma o ajustándose a los criterios manifestados por la Administración (art. 179), no incluye el dolo o la culpa al fijar los criterios “exclusivos” para graduar las sanciones (art. 187) sino la reincidencia, perjuicio, omisión de facturación o conformidad.

Es indudable que la exigencia de culpabilidad para las personas jurídicas en nuestro Derecho positivo, tiene que derivarse de todos estos preceptos en los que, no obstante, encontramos aparentemente sólo una simple exigencia genérica de imputación subjetiva. Sin embargo, esta normativa es mucho más sugerente que el parágrafo 30 de la OWiG alemana que ha servido de base a la doctrina alemana, fundamentalmente a partir de la interpretación de Tiedemann, para requerir la culpabilidad como requisito de la sanción. Por tanto, la ciencia jurídica española está obligada a encontrar en esa regulación la base legal para la elaboración de una teoría de la imputación subjetiva a la persona jurídica, teoría que tiene fundamento suficiente en las leyes administrativas sancionadoras⁶⁸. La jurisprudencia ha dado los primeros pasos.

Yo pienso que una culpabilidad de la empresa que fundamente la sanción (castigo) no sólo requiere una definición conceptual sino una regulación legal de los efectos derivados de su ausencia (eximentes) o de su presencia limitada (atenuantes) o excedida (agravantes). Hablaríamos entonces de causas de inimputabilidad⁶⁹ (falta de madurez, por no alcanzar la empresa el tamaño suficiente o la organización adecuada o los requisitos formales de registro),

67. El art. 183 define la infracción tributaria como “las acciones u omisiones dolosas o culposas, con cualquier grado de negligencia”.

68. Observa Schünemann, comentando la sanción de la “infracción del deber de vigilancia en la empresa” del parágrafo 30 de la OWiG, -con un contenido similar nuestro art. 130-, que, con independencia de su escaso efecto preventivo y de su incompatibilidad con los principios de determinación de la infracción y de culpabilidad, se tiene que reconocer que es algo más que la simple imputación objetiva.

69. El Proyecto de 2007 de Reforma del Código Penal las excluye porque esas “dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física”. C. GÓMEZ-JARA, *passim*, es el primero en España que trata de manera sistemática y fundada sobre una teoría de la imputabilidad de las personas jurídicas.

atenuantes⁷⁰, agravantes⁷¹ o eximentes en los casos en que la persona jurídica no tenga merecimiento de pena⁷² e, incluso, exclusión de responsabilidad por error. La exención de la responsabilidad de la empresa por error o por caso fortuito puede invocarse en virtud de la vigencia de los códigos o estándares de comportamiento. Es decir, habrá de excluirse la culpabilidad cuando no exista merecimiento de pena. La construcción de una auténtica teoría de la culpabilidad y su ausencia tiene la ventaja de contar con la analogía *in bonam partem* en caso de laguna legal para excluir la responsabilidad.

En consecuencia, podemos sostener que el principio de culpabilidad (tanto para personas físicas como jurídicas) encuentra fundamento en los arts. 131 (principio de proporcionalidad) y 137 (presunción de inocencia), sin que sea obstáculo alguno el criterio de intencionalidad del art. 131 o la simple inobservancia del art. 130. La Doctrina también encuentra una referencia expresa a la culpabilidad de la persona jurídica en el art. 31.2 del Código Penal, como hemos señalado. Por otra parte, la culpabilidad de la empresa es reclamada por la obligación que tienen de imponer a sus empleados, directivos, proveedores, etc..., modelos, códigos o normas internas creadoras de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, recogidas en Leyes reguladoras de los sectores más relevantes de la Economía. Por último, una teoría de la exención de responsabilidad por ausencia de culpabilidad se localiza en normas dispersa de las que destacamos el art. 179 de la LGT que excluye la responsabilidad cuando hay fuerza mayor o se realiza una interpretación razonable de la norma.

Es indudable, por último, que tanto la acción como la culpabilidad de la persona jurídica no son la acción ni la culpabilidad de la persona física⁷³. Es imposible referir a la persona jurídica la voluntad del sujeto entendida en sentido psicológico por lo que expresiones legales como dolo, culpa,

70. En el Proyecto de 2007 de Reforma del Código Penal se incluyen causas de atenuación pero relacionadas con la antijuricidad o dañosidad del hecho como las que se refieren a la valoración positiva de la reparación del daño o la adopción de medidas eficaces para prevenir daños futuros.

71. En el Proyecto de 2007 de Reforma del Código Penal se incluye la reincidencia.

72. En Italia el art. 6 del Decreto Legislativo 231, de 8 de junio de 2001, sobre la Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades, y de asociaciones sin personalidad jurídica, excluye la responsabilidad si puede acreditar que no tenía defecto de organización por la existencia de un *compliance programm* adecuado. Vid. J.M. TAMARIT SUMALLA, “Las consecuencias accesorias del art. 129: 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 profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 1157.

73. Disiento en este punto de la tesis de Gómez-Jara tan formidablemente expuesta y profundamente fundamentada.

negligencia, intencionalidad, fraude, connivencia, deben de ser correctamente reinterpretadas cuando se trate de personas jurídicas. No hay que pretender hacer equivalentes los conceptos porque el dolo de la persona física no es idéntico al dolo de la persona jurídica aunque se entendiera como “conocimiento colectivo organizativo” o “dolo organizativo” o “cultura empresarial de infidelidad”⁷⁴. La culpabilidad del Derecho Penal nuclear para el imputable adulto no es la culpabilidad de la que hablamos en el Derecho Penal de las personas jurídicas, como tampoco es la peligrosidad de los sujetos inimputables ni la responsabilidad de los menores delincuentes.

A la doctrina corresponde desentrañar si las normas del Derecho Penal y administrativo sancionador conciben la culpabilidad de la persona jurídica como cultura corporativa desviada, defecto de organización, déficit de autorregulación permanente, institucionalización de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho, de infidelidad al Derecho o, finalmente, es una culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida de la empresa. Lo que no tiene sentido es que añadamos al ingente número de disposiciones que incluyen exigencias de culpabilidad a la persona jurídica, una reforma más del Código Penal insertando como cuerpo extraño una regulación novísima de la responsabilidad criminal de la persona jurídica que sólo servirá para añadir vacilación en un Derecho Penal ávido de certeza y seguridad.

74. L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, Elcano (Navarra), 2003, mantiene que se puede concebir “un dolo o culpa de organización” porque, superando el elemento volitivo, el dolo sería conciencia del riesgo para los bienes jurídicos y la culpa ausencia de conciencia evitable del riesgo. Pero, sólo se traslada el problema, porque habría que explicar de qué modo puede referirse una “conciencia” a la persona jurídica.

La responsabilidad de las personas jurídicas: una necesaria reforma procesal

D. Enrique Molina Benito

Abogado

Vamos a intentar dar un enfoque práctico dentro del tiempo muy limitado que tenemos, sobre algunas cuestiones que me gustaría trasladarles, empezando por exponer que hay una cierta discrepancia entre lo que el profesor sostiene y lo que yo creo que debiera ser la regulación procesal-penal de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En primer lugar, pienso que es necesario que haya una modificación legislativa no tanto del Código Penal como de la Ley Procesal.

En segundo lugar, sería preciso delimitar el concepto de persona jurídica.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se refiere a las personas jurídicas o a las entidades que tienen capacidad de personación en un proceso civil, distingue las personas jurídicas de aquellos entes que no tienen personalidad. Los entes sin personalidad jurídica existen también en el ámbito penal y son capaces de delinquir. Existen ciertas tramas organizativas al margen de la legalidad con una estructura difusa que cometen delitos y evitan con ello una respuesta efectiva por parte del Derecho Penal.

Decía el profesor Bajo que el Derecho Administrativo sanciona a las personas jurídicas y que en consecuencia por la interpretación del artículo 34 esas sanciones deberían ser penas.

Si ante un tribunal penal se presenta como pena una sanción que no está en el artículo 33 del Código Penal, posiblemente el juzgador rechazaría el concepto. Las penas sólo tienen tal carácter si se contemplan en el catálogo del artículo 33 del Código Penal, no hay otras.

Partiendo de tales datos habríamos de considerar si realmente las personas jurídicas son sancionables y sujetos pasivos del Código Penal como entes independientes de las personas físicas que las componen y si es posible que se dé, a una persona jurídica o a un ente sin personalidad jurídica, una respuesta o

un reproche penal sin que el mismo, simultáneamente, se imponga a las personas físicas que las conforman.

Y también es posible enfocar la cuestión sobre si deben responder las personas jurídicas desde el punto de vista de la eficacia de las penas, a la luz del precepto constitucional que infunde su aplicación de un determinado objetivo. Desde este punto de vista, la finalidad constitucional de la pena no es proyectable sobre las personas jurídicas, ya que el fin de resocialización y reinserción no se consigue.

Tras la intervención del profesor Bajo convenimos que en la situación actual de economía de mercado existen entidades con personalidad jurídica o sin personalidad jurídica cuya instrumentación delincinencial produce tres efectos.

El “efecto resaca”, ya que las demás empresas competidoras se ven perjudicadas por los bajos costes de producción de aquellas personas jurídicas que utilizan medios delictivos.

El “efecto resaca” produce una “reacción en cadena” en la medida que el delito de la persona jurídica causa perjuicios a aquellas otras con las que se relaciona jurídica y económicamente.

Y, finalmente, el “efecto resaca” y la “reacción en cadena”, generalmente producen un “efecto de corrupción” sobre todo en la esfera administrativa.

Dejaremos para mejor ocasión el análisis de las diferencias entre los conceptos de criminalidad de la empresa o criminalidad en la empresa, porque en este caso lo que nos ocupa son las actividades delictivas que se producen en una empresa con trascendencia hacia el exterior, es decir, no se trata de estudiar los efectos de los delitos de los propios empleados en la empresa en la que trabajan.

Desde el punto de vista del principio de personalidad de las penas, el de culpabilidad y el de responsabilidad objetiva, la legislación penal actual no admite que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables.

Lo que no quiere decir que cuando sean utilizadas como instrumentos para la comisión de un delito no tengan su respuesta en el ámbito jurídico-penal. Esta opinión se sustenta en primer lugar en que las personas jurídicas carecen de capacidad operativa independiente de las personas físicas que las componen. Por ello la responsabilidad penal de la persona jurídica se ha venido derivando, como decía el profesor Bajo, atendiendo a los criterios de culpa “in vigilando” o “in eligendo” de las personas físicas que realmente actúan.

En ocasiones se ha utilizado la remisión al concepto de autoría mediata, es decir, las personas físicas se han servido de un instrumento pantalla que actúa interpuesta entre la persona que realmente actúa y el resultado de su acción.

Tampoco podría exigirse responsabilidad a las personas jurídicas porque éstas carecen de la capacidad de entender y de querer independiente de las personas físicas que las componen. Es decir, las personas jurídicas no tienen posibilidad de decidir sobre la trascendencia de sus actos sino que son las personas físicas las únicas capaces de entender el alcance de su actividad criminal.

Y finalmente tampoco pueden ser responsables penalmente porque el efecto de prevención general y el efecto de prevención especial de las penas no les afecta, ya que éste solo alcanza a las personas físicas.

Si nos movemos en el tráfico penal habitual veremos la facilidad con que aparecen y desaparecen las empresas con fines delictivos, lo que demuestra que el efecto disuasorio de la imposición de eventuales penas de multa o de disolución es ineficaz.

No obstante, como decíamos, el Código Penal sí que ofrece la respuesta penal a las personas jurídicas a través de la aplicación de las medidas accesorias del artículo 129 del Código Penal.

Sin embargo las medidas del artículo 129 no son penas propiamente, porque no están comprendidas en el catálogo del artículo 33 del Código Penal y porque éstas son consecuencias propias del delito y no de la pena.

Son consecuencias accesorias del delito, porque su imposición no precisa que las personas físicas que componen la persona jurídica sean condenadas para posibilitar su aplicación.

Por otra parte, las personas jurídicas sobre las cuales se aplican las medidas del artículo 129 no precisan que se formule expresamente acusación contra ellas.

El catálogo de utilización de las consecuencias accesorias del artículo 129 es limitado, no todos los tipos del Código Penal llevan aparejada la posibilidad de imponer una de las consecuencias accesorias del artículo 129, es más, ni siquiera es obligatoria para los jueces su imposición. La aplicación de las medidas del artículo 129 exige la elaboración de tres razonamientos. En primer lugar, la exposición del hecho probado consistente en la utilización de esa persona jurídica o del ente sin personalidad para la comisión del hecho delictivo enjuiciado. En segundo lugar, se ha de motivar la pretensión de impedir la continuidad de la actividad delictiva a través de la medida. Y en tercer lugar, la exposición del principio de proporcionalidad, en la valoración de la medida ponderando los efectos de la misma sobre los derechos de terceras personas que no tengan relación con la actividad criminal.

El Código Penal prevé que para la aplicación de dichas medidas tan sólo es precisa la celebración de una comparecencia en la que deberá tomarse audiencia bien a los titulares de la explotación o bien a los dueños o propietarios del local

o de la empresa que se pretende intervenir o clausurar o cuyas actividades se pretenden prohibir. Ninguna mención se hace a la solución del posible conflicto de intereses entre el imputado y el representante legal de la persona jurídica sobre la cual se pretende adoptar la medida.

La deficiente regulación de la materia lleva a cuestionarse cuál es la posición procesal de las personas jurídicas en los procesos donde actualmente se pueden aplicar este tipo de medidas. ¿Son parte?, ¿Son acusados?, ¿Tienen derecho de personación?, ¿Tienen derecho de recurso?

Como decíamos, el Código Penal sólo prevé una audiencia a los representantes de las personas jurídicas previamente a la adopción de la medida.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se ofrece ninguna regulación sobre su condición procesal. Así por ejemplo, el artículo 786 posibilitaría en teoría la celebración del juicio en ausencia de la entidad sobre la que se prevé una medida. Tampoco prevé que se les dé traslado de los escritos de acusación para que formulen su descargo.

Nominalmente no se trata de perjudicados por una acción delictiva, y por tanto, no se les puede ofertar el procedimiento. Tampoco son acusados porque se les solicita la imposición de una pena del catálogo el artículo 33 del Código Penal.

De tal forma que es en este último aspecto, el procesal, donde aparece necesaria la modificación legislativa que regule la posición procesal de las personas jurídicas ante la jurisdicción penal y no tanto su responsabilidad penal, suficientemente cubierta por las medidas accesorias del Código Penal.

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de modificación del Código Penal de 2007 básicamente lo que hace es trasladar la adopción de las medidas del artículo 129 al artículo 33 del Código Penal, lo que solucionaría en gran parte el problema procesal sobre la participación de las personas jurídicas en el proceso pues vendrían a ser considerados como sujetos pasivos de la acusación y, en consecuencia, estarían personados como receptores de una acusación de la Fiscalía o de una acusación particular o popular.

Pero de momento la modificación a través del proyecto de 2007 está en el aire. En su exposición de motivos se argumentaba que el artículo 31.2 y el artículo 129 del Código Penal no habían sentado suficientemente las bases para exigir la responsabilidad a las entidades colectivas, y exclusivamente trasladaba el tanto de culpa del sujeto individual a la persona jurídica.

El artículo 31 bis del Proyecto de 2007 pretende, bajo una apariencia de responsabilidad al amparo del principio de culpabilidad, lo que realmente es la responsabilidad objetiva de la persona jurídica.

Es más, el Proyecto pretende justificar esta actitud sosteniendo que la atribución de responsabilidades a las personas físicas y las personas jurídicas para las que trabajan es cumulativa, una no excluye la otra y en todo caso no contempla una responsabilidad escindida, es decir, nunca se va a exigir una responsabilidad a la persona jurídica si simultáneamente no se exige a la persona física que compone a la sociedad el tanto de culpa correspondiente.

Y ¿qué ocurre con las personas que no tienen personalidad jurídica en el mencionado Proyecto? Estos entes sin personalidad no son personas jurídicas y sin embargo son organizaciones a las cuales el Proyecto de 2007 dota de existencia independiente de las personas físicas a la hora de aplicar los tipos relacionados con el narcotráfico. Con los demás tipos, sólo cuando se trate de falsificación de tarjetas de crédito, artículo 387 que se corresponde con el artículo 399 bis en el proyecto, o cuando se trate de delito de blanqueo del artículo 302 se les atribuye personalidad jurídica pero exclusivamente para aplicarle algunas de las medidas del artículo 129, no cualquiera de las del catálogo del 129 sino las medidas que el propio legislador tasa. De tal forma que algunas actividades delictivas de gran trascendencia social, como los delitos de estafa, cuando son cometidos por entidades colectivas quedan al margen en la exigencia de responsabilidad.

Además el artículo 31 bis del Proyecto limita las entidades a las que se les puede exigir responsabilidad penal, a las fundaciones, las sociedades y las asociaciones, con exclusión, según la Exposición de Motivos de los partidos políticos, los sindicatos, y las entidades de derecho público.

¿Por qué los partidos políticos están exentos de responsabilidad en tanto la aplicación de las medidas accesorias del 129, como en cuanto a la posibilidad de imponer una pena? Es que acaso no se recuerdan casos de participación de formaciones políticas en tramas de financiación irregular o actividades terroristas. O ¿qué ha ocurrido con los sindicatos?, ¿tampoco se recuerda sus actividades en estafas inmobiliarias?

Y sin embargo, se deja la puerta abierta a la responsabilidad penal de otro tipo de instituciones, que sin tener ánimo de lucro y sin tener influencia en el tráfico económico pueden estar sometidas al régimen de responsabilidad del artículo 31 bis. Por ejemplo, las asociaciones de jueces, de magistrados y de fiscales o las confesiones religiosas.

Por tanto, la regulación del Proyecto de modificación del Código Penal de 2007 viene a coincidir con lo que ya tenemos, es decir, traslada al artículo 33.7, lo que ya está en el artículo 129. Si lo que se quiere es regular la intervención procesal de las entidades colectivas lo más lógico sería modificar su régimen de enjuiciamiento y conferirles una condición procesal con la que puedan defender sus intereses más allá de la lacónica intervención que prevé el artículo 129 del Código Penal.

No existe en la actualidad ningún medio técnico que permita la exigencia de responsabilidades penales a una persona jurídica al margen del concepto de responsabilidad objetiva. Las instituciones a través de las que se que infringe el Código Penal ya tienen una respuesta en el Código Penal absolutamente independiente de la de las personas físicas que se han valido de ellas.

La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹

D. Carlos Gómez-Jara Díez

*Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid
Abogado. Molins & Silva Defensa Penal*

I. Introducción

La plasmación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal español del año 2006² abre, sin duda, el debate respecto de qué modelo resulta idóneo para introducir en nuestro Derecho Penal. Hace ya algún tiempo se manifestó que, incluso una vez tomada la decisión a favor de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no resultaba tarea fácil determinar qué modelo debía instaurarse³. Aprovechando que el Proyecto de Reforma presentado no ha arribado a buen puerto y que, muy previsiblemente, se retome a lo largo de esta legislatura, en las líneas que siguen se aprovechará para realizar una serie de reflexiones sobre la tendencia – que paulatinamente gana en importancia - en la doctrina tanto nacional⁴ como

1. El autor desea agradecer las interesantes aportaciones y críticas que tuvieron lugar a lo largo del seminario que se desarrolló en la Universidad de Castilla La Mancha. Como no puede ser de otra manera, los errores que subyazcan en el presente trabajo son única y exclusivamente imputables al autor de estas líneas.
2. Sobre el proyecto de reforma vid., en general, Quintero Olivares, *Responsabilidad*, pp. 187 ss.
3. Vid. Gómez-Jara Díez, *Modelo constructivista*, p. 93.
4. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, passim; Nieto Martín, *Responsabilidad*, passim; incluso un autor como Zugaldía Espinar que defiende un modelo de heterorresponsabilidad penal empresarial, asume la propuesta [vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 270 ss.; Íd., *Modelo constructivista*, pp. 122 ss.] de que los programas de cumplimiento / modelos de organización, sirvan como índice para imputar la culpabilidad empresarial [vid. Zugaldía Espinar, *Responsabilidad*, pp. 226 ss.].

internacional⁵: la vinculación de la idea de la autorregulación con la responsabilidad penal de la empresa.

En este sentido, resulta notable que una monografía tan relevante y reciente como la de NIETO MARTÍN sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas –que se encuentra llamada a influir decisivamente en el legislador español– se encuentre profundamente influida, tanto en la concepción teórica⁶ como en la plasmación práctica⁷, por la idea de la autorregulación. En el ámbito legislativo, no puede dejar de remarcarse la influencia autorreguladora que se aprecia, siquiera levemente, en la circunstancia atenuante contenida en el apartado 4º del artículo 31 bis) cuya introducción pretendía el Proyecto de Reforma apuntado⁸. En definitiva, se aprecia que la discusión en torno al alcance de la autorregulación ha desembarcado en España no sólo en ámbitos característicos del Derecho administrativo⁹, sino también en el terreno propio del Derecho Penal empresarial¹⁰.

Pues bien, a la luz de dicha tendencia, en lo que sigue se efectuará, en primer lugar, una breve referencia a los fundamentos de la autorregulación y de la concepción más moderna en dicho ámbito: la autorregulación regulada –*Infra II*–. A continuación, se referirán tres ámbitos genéricos de la responsabilidad penal empresarial en los que la autorregulación puede desplegar sus efectos, sin que ello agote, ni mucho menos, los innumerables matices al respecto –*Infra III*–. Acto seguido, se expondrán brevemente cuáles son las principales características del modelo que, partiendo de la idea de autorregulación, engarza con una comprensión determinada de la sociedad y de su Derecho Penal y permite hacer frente a determinadas críticas –*Infra IV*–. Finalmente, se realizarán algunas consideraciones

5. Vid. Heine, *Responsabilidad colectiva*, pp. 163 ss.; Laufer, *Culpabilidad empresarial*, pp. 69 ss., ambos con ulteriores referencias.

6. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 55 ss., 81 ss., 145 ss., 199 ss.

7. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 322 ss.

8. Indica expresamente referido precepto: Artículo 31 bis

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:

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

9. Vid., entre otros, Esteve Pardo, *Autorregulación*, passim; Darnaculleta, *Autorregulación*, passim; Del Guayo, *Sistema jurídico*, pp. 149 ss.; Íd., *Rev. Der. Adm.* 130 (2006), pp. 227 ss.; Íd., *Economía Industrial* 364 (2007), pp. 153 ss.

10. Para una aproximación sintética al concepto de autorresponsabilidad penal empresarial vid. Gómez-Jara Díez, *Autorresponsabilidad*, pp. 136 ss.

para determinadas necesidades a las que va a tener que hacer frente el legislador español –*Infra V*– para concluir con un cierto «lado oscuro» de la autorregulación que conviene tener presente a la luz de las actuales propuestas doctrinales y legislativas en España, así como la práctica judicial estadounidense –*Infra VI*–.

II. Fundamentos de la autorregulación en el Derecho Penal empresarial

II.1. Introducción: las relaciones entre sociedad, Estado, Derecho y organización empresarial en la sociedad moderna

Por lo que se alcanza a ver, el primer autor que ha planteado el nuevo escenario autorregulador en el que se desarrolla la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido GÜNTHER HEINE¹¹. De manera simultánea a cuando se introducía el debate en el Derecho administrativo alemán, este autor señalaba que, en la era del riesgo, los avances técnicos suponían un «conflicto fundamental en la triada sociedad/Estado/empresa»¹². En este sentido, HEINE dejaba constancia de cómo el Estado, en la era de la incertidumbre, había perdido el monopolio de la protección de bienes jurídicos, de la distribución de riesgos y de la planificación estratégica, puesto que, simple y llanamente, carecía de la suficiente información y competencia para poder desarrollarlas¹³.

Continuaba señalando este autor que dicha situación era fundamentalmente consecuencia, entre otras cuestiones, de la íntima vinculación existente entre *las inversiones, el «know-how» técnico, la conciencia del riesgo y la predisposición a la responsabilidad*. Al darse la circunstancia especialmente significativa de que el Estado había dejado de realizar las necesarias inversiones para adquirir el conocimiento técnico adecuado, la posición de éste en el contexto general de la sociedad aparecía sumamente debilitada. Precisamente por ello, la producción sistémica de riesgos y su evaluación adecuada en la empresa hacen que sea necesario un *management* de riesgos (*risk management*) –que no *management* arriesgado– empresarial a largo plazo a través de la precaución y la adaptación. Para que dicho *risk management* pueda llevarse a cabo diligentemente, se presupone un «*know-how*» técnico y una correspondiente predisposición por parte de la empresa

11. En la literatura jurídico-penal española vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 262 ss.; Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 55 ss.

12. Heine, *Technischer Fortschritt*, p. 66. En la literatura administrativa española, ha sido Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación*, pp. 389 ss. quien se ha hecho eco de estas cuestiones de manera más detallada.

13. Vid. Ladeur, *UPR* 1993, p. 126; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 70 s.

a minimizar al máximo los riesgos inherentes a su actividad. Y mientras todas estas cuestiones acontezcan en el ámbito de la incertidumbre o del riesgo, el Estado no puede regular adecuadamente todos y cada uno de los materiales. En definitiva, las administraciones estatales no disponen, en lo que se refiere a riesgos modernos derivados de la innovación, de suficiente conocimiento sobre la seguridad técnica y ello debido a que dicho conocimiento se produce en primer lugar a través de la experiencia empresarial a lo largo del tiempo¹⁴.

Precisamente la apuntada carencia de información y de competencia hace que el Estado se distancie de la asunción de cualquier tipo de responsabilidad al respecto¹⁵ y que se establezcan nuevas relaciones de responsabilidad recíprocas entre sociedad, Estado y empresa. De esta manera, existen motivos de peso para afirmar que ese déficit de responsabilidad estatal debe ser asumido por las empresas¹⁶. En efecto, son las grandes empresas las que, en *primer lugar*, desarrollan nuevos productos, métodos de producción y tecnologías procedimentales adecuadas; en *segundo lugar*, las que llevan a cabo las correspondientes investigaciones tecnológicas y procedimentales; y en *tercer lugar*, las que disponen de sus propios departamentos jurídicos y de investigaciones de mercados. De todo lo expuesto se deriva que las grandes organizaciones empresariales tienen desarrollada una vasta conciencia del riesgo¹⁷. Por ello, concluye HEINE, la línea a seguir en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial consiste, básicamente, en la «estimulación» de la autorresponsabilidad empresarial¹⁸.

Como se puede apreciar, esta última consecuencia constituye un corolario lógico de los planteamientos sostenidos por este autor. Y es que para el mismo, sobre todo

14. Heine, *Technischer Fortschritt*, pp. 67 ss., 70 ss.; Íd., *Plädoyer*, pp. 92 ss.

15. Heine, *Technischer Fortschritt*, p. 66; Íd., *Plädoyer*, p. 105. El Estado ya no está en condiciones de llevar a cabo una administración a largo plazo de los riesgos modernos ya que, como se ha indicado, no invierte lo suficiente.

16. Así, resulta obligado traer a colación la argumentación coincidente de Esteve Pardo, *Autorregulación*, p. 108, quien señala que «la tendencia de las Administraciones a no asumir responsabilidad en sectores a los que no alcanzan sus conocimientos o capacidades y, más genéricamente, su tendencia a desprenderse en lo posible de responsabilidad, están sin duda en la base de un fenómeno relativamente reciente en nuestro ordenamiento: el reconocimiento de sujetos privados que ejercen funciones públicas bajo su propia responsabilidad, adoptando decisiones definitivas que la Administración asume sin reservas».

17. Heine, *Plädoyer*, pp. 101, 105.

18. Vid. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 253 ss., 279 s.; Íd., *Plädoyer*, p. 105; Íd., *Technischer Fortschritt*, pp. 68 s., 74; Íd., *Modelos*, pp. 58 s.; Íd., *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, p. 179. También este sentido se encamina acertadamente Bottke, *wistra*, 1997, p. 249: «La atribución al colectivo de una competencia sobre los contactos [sociales] le estimula a una autorregulación conforme a la norma».

en el ámbito de la conducción de nuevos riesgos sociales a través de la innovación técnica, el Legislador se ve necesariamente obligado cada vez más a incrementar la autorresponsabilidad de la empresa y a limitar la actividad estatal de control a una suerte de «control de los controles internos de la corporación»¹⁹. De ahí se deriva una característica fundamental del modelo propuesto por este autor, que no es otra que la afirmación de que el ámbito fundamental en el que debe desarrollarse la responsabilidad penal empresarial es el referido a los *grandes riesgos de la sociedad moderna vinculados a procesos empresariales basados en la técnica*²⁰. En este sentido, presta una especial atención al Derecho Penal ambiental y a la responsabilidad por el producto²¹.

Las reflexiones de HEINE se pueden completar sin excesivas dificultades con los análisis provenientes de la teoría de sistemas. En este ámbito se ha estudiado detenidamente cómo el «policentrismo» de la sociedad moderna conlleva que los clásicos medios de coordinación y conducción, entre ellos el Estado y el Derecho, se vean obligados a transformarse²². Por ello, en lo que sigue se analizarán con algo más de detalle los actores principales implicados en este nuevo «juego» de responsabilidad para poder alcanzar a comprender con mayor detenimiento la incidencia que puede llegar a desplegar la autorregulación en la responsabilidad penal empresarial²³.

II.2. La sociedad policéntrica

La diferenciación funcional y correspondiente descentralización de la sociedad se ha ido acentuando a lo largo del siglo XX, hasta el punto de que una de las características fundamentales de la sociedad moderna es precisamente la carencia

19. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 282 con referencias; Íd., *Plädoyer*, p. 93.

20. Heine, *ÖJZ* 1996, p. 218; Íd., *ZStrR* 119 (2001), p. 37.

21. Así, en concreto, tal y como se puede comprobar en sus propuestas legislativas, Heine circunscribe el Derecho Penal empresarial a (1) las muertes o lesiones de un número indeterminado de personas (partes de la población); (2) peligros comunes en la forma tradicional; (3) daños al medioambiente especialmente graves [Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 288; Íd., *Modelos*, pp. 63 ss.].

22. Vid. introductoriamente las reflexiones de Willke, *Steuerungstheorie*, pp. 1 ss., sobre el problema del gobierno o conducción en la sociedad moderna, que no son sino reflejo de los problemas de gobierno o conducción de sistemas autopoieticos, cerrados a intervenciones externas directas. Más en profundidad vid. Íd., *Dystopia*, pp. 86 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 10 ss., 76 ss.

23. Gran parte de las presentes reflexiones se encuentran presentes en Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 262 ss. Vid. igualmente las certeras consideraciones de Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 55 ss., relacionando el problema del policentrismo social con el intento del Estado por controlar a las organizaciones.

de un único centro organizador, es decir, su constitución como una sociedad policéntrica²⁴. Así, en primer lugar, deben destacarse dos características de las sociedades modernas postindustrializadas. Por un lado, la diferenciación funcional de la sociedad moderna²⁵ ha conllevado la constitución de diferentes sistemas sociales funcionales como el Derecho, la economía, la política, etc., aflorando por tanto diversos centros autónomos y, en consecuencia, convirtiéndose la sociedad moderna en una sociedad policéntrica²⁶. Por otro lado, la sociedad moderna es una sociedad caracterizada, entre otras, por dos circunstancias: el riesgo y el conocimiento²⁷.

La sociedad postindustrial ha sido definida, como es sabido, como una sociedad de riesgo²⁸. Íntimamente relacionado con ello, aunque no coincidente, se

24. Vid. Willke, *Ironie*, passim (no en vano su subtítulo es «Fundamentos para una teoría del Estado de la sociedad policéntrica»); Íd., *Atopia*, pp. 107 ss., 123 ss.; Íd., *Dystopia*, pp. 86 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 192 ss.

25. Vid. ahora sólo Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 743 ss.

26. Vid. Willke, *Ironie*, pp. 57 ss., 126 ss.; Íd., *Atopia*, pp. 107 ss., 123 ss.; Íd., *Dystopia*, pp. 86 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 192 ss. Una de las características de este policentrismo es que ningún sistema puede reclamar para sí la conducción o gobierno directo de la sociedad, ni siquiera la economía [vid. ya Luhmann, *Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 26 ss., 322 s., 324 ss.; más desarrollado en relación con la economía de mercado vid. Baecker, *Marktwirtschaft*, pp. 157 ss., 222 ss.]. Por ello, no resulta acertado el diagnóstico de Jakobs de considerar a la economía el sistema conducente (*Leitsystem*) [Íd., *Norm*, pp. 112 ss.]. Lo que sí puede colegirse con Jakobs es que la construcción que el sistema económico realiza de la persona (*homo oeconomicus*) provoca considerables irritaciones en la persona que genera el sistema jurídico (*homo juridicus*) [vid. Íd., *Norm*, pp. 115 ss.], lo cual no es sino otro apoyo más a la tesis que afirma la responsabilidad penal empresarial, ya que las empresas son los actores económicos por excelencia.

27. Estas dos características han sido a su vez, entre otras, las detonantes del paso de una sociedad capitalista a una sociedad «postcapitalista» caracterizada porque «el conflicto industrial de clases entre empresarios y trabajadores dependientes ha desaparecido prácticamente y en su lugar han surgido los conflictos “postmodernos” de estilos de vida y situaciones de riesgo; (...) los clásicos factores de producción empresarial como el trabajo, el capital y el suelo habrían perdido relevancia frente al factor de producción ‘conocimiento’, y ello no sólo en un sentido cuantitativo-gradual» [vid. ampliamente Kraemer, *Kapitalistische Gesellschaft*, pp. 110 ss.].

28. Vid. principalmente, a los efectos que aquí interesan, Beck, *Riesgo*, pp. 25 ss. y passim; Íd., *Gegengifte*, pp. 209 ss.; Íd., Teoría, pp. 201 ss.; Luhmann, *Soziologische Aufklärung V*, pp. 131 ss.; Íd., *Soziologie des Risikos*, passim. En la literatura jurídico-penal, la sociedad del riesgo se ha convertido en un topos incipientemente desarrollado [vid. la ya clásica obra de Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, pp. 76 ss. y passim; Silva Sánchez, *Expansión*, pp. 26 ss., 36 s.]. En este punto no se puede reproducir ni el estado de la cuestión al respecto ni las propuestas *ad futurum* que existen en la dogmática penal. Pero sí debe apuntarse que la incorporación a este debate de las organizaciones empresariales como sistemas autónomos que *generan* y *controlan* el riesgo, podría modificar ciertos planteamientos respecto de la relevancia de decisiones individuales puntuales y concretas.

define igualmente a la sociedad moderna como una sociedad del conocimiento (*Wissengesellschaft*)²⁹. La relación entre ambas circunstancias a los efectos que aquí interesan viene dada porque las organizaciones empresariales son consideradas como los mayores productores de riesgos y de conocimiento simultáneamente³⁰. Más aún, a los efectos que aquí interesan, *resulta decisivo que la generación del conocimiento es necesaria para el control del riesgo*.

Por tanto, se genera una situación extremadamente delicada para el Estado tradicional. Así, no solamente carece de las herramientas necesarias para poder hacer frente a los retos que le plantea la nueva configuración social, sino que los agentes que sí pueden ofrecer una respuesta, se escapan a su control. Por ello, no es casualidad que, como se pasa a relatar a continuación, el rol que tradicionalmente ha venido desempeñando el Estado, se modifique sustancialmente y pase a otorgar determinados espacios de libertad a las organizaciones empresariales pero a cambio de un mayor ejercicio de la responsabilidad. En esa lógica, la responsabilidad penal constituye el máximo ejercicio de la sanción estatal en determinados casos especialmente relevantes para la configuración social actual.

II.3. El Estado supervisor

En efecto, las consideraciones que acaban de efectuarse respecto de los cambios experimentados por la sociedad policéntrica, tienen importantes consecuencias para la función del Estado –como se ha encargado de poner de manifiesto extensamente HELMUT WILLKE³¹–. En líneas generales, y siguiendo al exposición de WILLKE, el Estado, víctima de sus propios logros³², se ve absolutamente incapaz de llevar a cabo las antaño frecuentes políticas intervencionistas³³ y busca nuevas vías de acceso a parcelas sociales cuya complejidad ya le desborda. En este sentido, el Estado se ve

29. Vid. ahora por todos Willke, *Wissengesellschaft*, pp. 379 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 9 ss.; Íd., *Smart Governance*, pp. 74 ss., 100 ss.

30. Vid. por ejemplo, sobre el tratamiento del riesgo en la economía a través de las organizaciones bancarias Baecker, *Banken*, pp. 108 ss.; Willke, *Wissenmanagement*, pp. 238 ss.

31. Vid. Willke, *Ironie*, pp. 216 ss., 239 ss., 262 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 128 ss.; Íd., *Atopia*, pp. 14 ss. Vid. asimismo el breve pero interesante análisis de Ahlrep, *Entwurf*, passim.

32. Vid. ya Willke, *Entzauberung*, p. 49 y passim. Sobre la transformación del Estado vid. Willke, *Interventionstheorie*, pp. 222 ss.; Íd., *Systemtheorie*, pp. 222 ss.; Íd., *Steuerungstheorie*, pp. 22 ss.; Íd., *Ironie*, pp. 85 ss., 92 ss., 107 ss., 144 ss., 335 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 306 ss., 347 ss. Un temprano resumen en español puede verse en García Amado, *AFD*, 1988, pp. 254 ss.; Cfr. la crítica constructiva de Habermas, *Faktizität*, pp. 415 ss.

33. Sobre la crisis del Estado intervencionista vid. ya Teubner, *Law&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 267 ss., con referencias. Vid. también las aportaciones de Willke en la nota anterior.

incapaz de cumplir con la multitud de tareas asignadas al «Estado de bienestar», dado que los recursos de que dispone para ello son limitados y del todo insuficientes para llevar a cabo dichas prestaciones adecuadamente³⁴. Ello adquiere un cariz especial cuando se trata del control de riesgos característico de la sociedad moderna.

Esta situación se ve aún más exacerbada cuando se comprueba la existencia de sistemas mundiales «laterales»³⁵. La aparición de éstos, junto con las carencias apuntadas, conlleva la pérdida del monopolio regulador del Estado a nivel mundial, por lo que el Estado se convierte en un actor más en la escena global. De ahí que el topos de investigación actual sobre las posibilidades reales de regulación o gobierno pasen necesariamente por las propuestas de *Global Governance* entendido no como un gobierno central ejercido por un único organismo, sino por la interacción entre los Estados nacionales y los contextos globales –estando siempre muy presentes las consideraciones respecto de quiénes ganan y quiénes pierden con la globalización–³⁶.

Precisamente de ahí se deriva el nuevo rol adoptado por el Estado, que ya no puede tildarse de intervencionista en el sentido tradicional, sino que se transforma en el Estado supervisor. En este sentido, la tarea que tiene ante sí el Estado es ceder espacios de gestión funcional a diversos sistemas –sobre la base del principio de subsidiariedad horizontal, y no vertical– entre los cuales se encuentra el Derecho o la economía y, a continuación, supervisar la correcta prestación por parte de cada uno de éstos. Ello implica, a su vez, que dichos sistemas funcionales modifiquen igualmente su labor tradicional, puesto que sólo de esa manera la gestión de los mismos se adecuará al nuevo escenario social existente.

II.4. El Derecho reflexivo

De las anteriores consideraciones, se deriva que al igual que el Estado modificó su rol social, también los sistemas funcionales han visto alterado significativamente su significado tradicional por las nuevas exigencias de la sociedad moderna. A los efectos que aquí interesan, la atención se centra sobre el sistema jurídico, tradicional sistema de intervención del Estado en las esferas particulares. En este sentido, constituiría un grave error no percibir los nuevos retos que la sociedad global policéntrica plantea tanto al Estado como al Derecho, puesto que su capacidad de intervención directa se ve ciertamente mermada en términos tradicionales. Y pedirles más de lo que pueden dar resulta no sólo disfuncional para quienes se encuentran sometidos a los mismos, sino que, a mayor abundamiento, se corre el riesgo de no poder adaptarse a la complejidad existente y de proporcionar respuestas ineficaces ante los retos planteados.

34. Sobre el final de la utopía del Estado de bienestar vid. Willke, *Atopia*, pp. 14 ss. Vid. asimismo las reflexiones de Silva Sánchez, *Expansión*, pp. 30 s.

35. Sobre ello, y el reto para el Estado, vid. Willke, *Supervisión*, pp. 121 ss.

36. Vid. la obra fundamental de Willke, *Global Governance*, pp. 5 ss., 42 ss., 100 ss.

Por ello, el Derecho ha venido modificando su racionalidad y así, se ha pasado de una racionalidad formal, a una racionalidad substancial para desembocar principalmente a finales del siglo XX en una racionalidad reflexiva³⁷. Los tradicionales métodos empleados por el Derecho se muestran inadecuados frente a la creciente complejidad de una sociedad funcionalmente diferenciada. Abreviando, quizás, en exceso, se podría indicar que las características fundamentales de la racionalidad reflexiva (1) el control de la autorregulación: la coordinación de formas de cooperación social determinadas recursivamente; (2) la estructuración y reestructuración de sistemas para el discurso interno y la coordinación externa; (3) la orientación hacia el procedimiento: estructuras institucionales y procesos de decisión orientados relacionalmente.

A raíz de lo anterior se ha instaurado un nuevo planteamiento respecto de la configuración que debe mostrar el Derecho en este nuevo escenario. Se trata de las denominadas teorías del Derecho reflexivo y teorías similares³⁸, las cuales han llamado poderosamente la atención de ciertos penalistas³⁹. Aquí se trabaja con una concepción del Derecho no como instrumento de intervención directa en las esferas sociales, sino como contexto regulador en el cual se posibilita la autorregulación de los diferentes actores implicados. Como indican TEUBNER y WILLKE, «la autorreferencia y dinámica autónoma de subsistemas sociales diferenciados (...), tiende a obstruir progresivamente el control político de las formas tradicionales del Derecho. La implementación de programas políticos depende de la habilidad de estos subsistemas de organizarse y regularse a sí mismos. Ello significa que el principal problema que implica una adecuada evaluación de la instrumentalidad política del Derecho es ahora la nueva definición, por un lado, del contexto y del control, y por otro, de la autorregulación descentralizada»⁴⁰.

37. Así Teubner, *Law&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 254 ss. [vid. también una temprana respuesta a las críticas en Íd., *Law&Soc.Rev.* 18 (1984), pp. 301 ss.].

38. Vid. Teubner, *ARSP* 68 (1982), pp. 13 ss.; Íd., *Law&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 239 ss.; Íd., *Juridification*, pp. 3 ss., 27 ss.; Íd., *Legal Instrumentalism*, pp. 299 ss.; Bechmann, *Reflexive Law*, pp. 417 ss.; Teubner / Willke, *ZfRSoz.* 5 (1984), pp. 4 ss.; Willke, *Legal Structure*, pp. 280 ss., 290 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 76 ss.

39. Vid. por todos ahora Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 49, 59 ss., 78 ss., 249 s., con referencias; vid. también Lütolf, *Strafbarkeit*, p. 35; Schünemann, *Personas jurídicas*, p. 572; Schwinge, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 206 ss. Debe aquí notarse especialmente la posición de Schünemann, quien considera que la legitimación de las sanciones a la empresa viene dada, en gran medida, por el concepto del Derecho reflexivo para la conducción y el control indirecto de los sistemas autopoieticos [vid. claramente Íd., Art. 4, pp. 170, 175; vid. también Íd., *Plädoyer*, p. 138; Íd., *Legal Entities*, p. 232].

40. Teubner / Willke, *ZfRSoz* 5 (1984), p. 5. Sobre la idea del dirección del contexto (*Kontextsteuerung*) vid. más en profundidad vid. Willke, *Ironie*, pp. 185 ss., 341 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 72 ss.; Íd., *Atopia*, pp. 131 ss.; Íd., *Dystopia*, pp. 65 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 122 ss.

II.5. Las organizaciones empresariales

En este escenario un tanto extremo irrumpen las organizaciones empresariales modernas como sistemas sociales autopoieticos que no admiten un control o intervención externo directo⁴¹, complicando aún más la situación. Sin embargo, dicha complicación constituye, paradójicamente, el comienzo de la solución del problema. En efecto, Estado y Derecho se ven obligados a permitir ámbitos de autorregulación organizativo-empresarial, de tal manera que, como mucho, pueden aspirar a un control del contexto en el que se va a llevar a cabo dicha autorregulación.

En el proceso de diferenciación social tendente a la descentralización organizativa, las empresas se han «convertido» en unidades autónomas de organización de tal manera que la única forma de garantizar el orden social es imponiéndoles la tarea de procurarse la necesaria fidelidad al Derecho⁴². Al igual que ocurrió con la responsabilidad penal individual, va a ser precisamente esta evolución del modo descentralizado de organización social⁴³ el que pueda propiciar el nacimiento de una auténtica responsabilidad *personal* empresarial⁴⁴. Se trata del conocido topos de la autorregulación regulada o, expresado de otra manera, de la heterorregulación de la autorregulación⁴⁵.

41. Sobre las organizaciones como sistemas autopoieticos vid. Gómez-Jara Díez, *RECPC* 8/2006, pp. 1 y ss., con abundantes referencias.

42. En el momento en el que se va constatando –y reconociendo– la capacidad autoorganizativa de las empresas, se va produciendo un paulatino incremento de las responsabilidades asociadas a las mismas, siendo la primigenia de ellas el deber de fidelidad al Derecho por parte de la empresa. En este sentido puede afirmarse que dicha fidelidad al Derecho se concreta en el mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. En efecto, la vigencia de la norma puede verse cuestionada por una cultura empresarial de infidelidad hacia el Derecho.

43. Así, Schünemann, Art 4, p. 170, advierte correctamente que en la actualidad existe una organización descentralizada en relación con el fenómeno empresarial, pero, sorprendentemente, no deriva como consecuencia el nacimiento de un Derecho Penal empresarial [Vid. *Infra* § V. 4.3.2.2.1].

44. En este sentido se pueden interpretar las palabras de que la atribución de competencia al colectivo empresarial «comunica que los contactos sociales cualificadamente relacionados con el colectivo no son un *destino* ciego» [Bottke, *wistra*, 1997, p. 249]. Y es que, efectivamente, «el principio de culpabilidad garantiza (...) que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona» [Jakobs, *Normativización*, p. 50].

45. Vid. Ladeur, *Selbstregulierung*, pp. 59 ss., con ulteriores referencias; en España por todos Esteve Pardo, *Autorregulación*, pp. 35 s.: «Los sistemas autorreferenciales se autorregulan en muy buena medida, pero (...) no es esa genérica autorregulación la que resulta de interés para el sistema jurídico, sino sólo la que, generándose en otros sistemas (...), es tomada como referencia por el sistema del Derecho. (...) Esta autorregulación es así la

Por tanto, existen parcelas de la esfera social en las cuales el Estado, vistas estas circunstancias, cede su monopolio regulativo en aras de una autorregulación por parte de las propias organizaciones empresariales que operan en dichos sectores⁴⁶.

En este sentido, a través de las posibilidades de cooperación con las organizaciones privadas, las diferentes formas de autorregulación abren al Estado el acceso a los problemas específicos de los ámbitos vitales que corresponda regular⁴⁷. Ahora bien, eso no significa obligatoriamente dejar la regulación de asuntos públicos enteramente en manos privadas. La discusión que tan intensamente se está tratando en diferentes parcelas del Derecho administrativo –el Derecho medioambiental, el Derecho de las telecomunicaciones, el Derecho económico– consiste en *determinar cómo puede llevarse a cabo una regulación estatal de la autorregulación privada*. El siguiente epígrafe se dedicará precisamente a dicho intento de heterorregulación de la autorregulación, centrando la atención en la incidencia que tiene en el *ius puniendi* estatal.

principal vía que se le abre al Derecho para adentrarse en unos espacios sociales (...) que tienden a quedar bajo el dominio de los sistemas, cada vez más organizados y cerrados en sí mismos, que en ellos operan» [dicho autor desarrolla extensamente su planteamiento al respecto en *Íbid.*, pp. 160 ss.]. Vid. asimismo la excelente monografía de Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación*, pp. 327 ss., 388 ss.

46. Así, en España, señala Esteve Pardo, *Autorregulación*, p. 28: «La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la Administración deviene así materialmente imposible por la falta más elemental de conocimiento. Este propósito regulador sobre los sectores industriales en los que se da una cierta complejidad y evolución tecnológica sólo resulta factible con la colaboración reguladora de los propios sectores y sus expertos. Con su autorregulación en suma».

47. Ladeur, *Selbstregulierung*, p. 59. Así, «la autorregulación producida por sujetos o grupos privados y sobre la que recae un inequívoco interés de los poderes públicos» [Esteve Pardo, *Autorregulación*, p. 86]. Los métodos empleados en esta gestión de riesgos son las normas técnicas en materia de seguridad, que son las que *acaban precisando la frontera del riesgo permitido*; la mejor tecnología disponible, que marca en cada caso las exigencias en punto a medidas preventivas o correctoras de posibles riesgos; la detección y valoración de riesgos ambientales, objeto central de las ecoauditorías; el autocontrol en la industria alimentaria que no es sino el análisis de riesgos y control de puntos críticos [vid. más detalladamente *Íd.*, *Autorregulación*, pp. 87 ss., 89 ss., 93 ss., 97 ss.].

III. Ámbitos de autorregulación en el Derecho Penal empresarial

III.1. Autorregulación (II): cesión a la empresa de la soberanía del castigo a sus empleados

A la vista de las anteriores consideraciones se plantea, en primer lugar⁴⁸, la posibilidad de que se produzca una cesión total del *ius puniendi* por parte del Estado a la propia organización empresarial para proceder al castigo de las conductas delictivas que se producen en su seno. Es decir, en virtud de su competencia autorregulatoria y de su mayor capacidad para el descubrimiento y sanción de los delitos que cometan sus «empleados» –entendido dicho término en sentido amplio como incluyente de trabajadores, managers, ejecutivos y miembros del Consejo de Administración– se «delega» en la propia empresa la potestad –tanto material como procesal– de ejercer el *ius puniendi* sobre quienes se encuentran sometidos a su soberanía⁴⁹.

La lógica tras esta concepción resulta evidente: se trata de trasladar a la propia empresa todos los costes asociados a la conducta delictiva perpetrada por sus empleados. En efecto, no sólo se cuenta con una mejor posibilidad de acceder al verdadero esclarecimiento de los hechos en virtud del mejor conocimiento de la estructura empresarial que ostenta la empresa, sino que, a mayor abundamiento, se produce un significativo ahorro de los costes de investigación, enjuiciamiento y condena ya que el Estado no tiene que invertir ni tiempo ni esfuerzo en dicha tarea⁵⁰. Se produce, en consecuencia, una descentralización absoluta del poder estatal, actuando la organización empresarial como ente supervisor absoluto –sc. como una suerte de Estado–. Sería, en última instancia, un trasvase de poder similar al que aconteció cuando la sociedad delegó en el Estado la potestad última para sancionar penalmente.

Esta lógica, sin embargo, no convence en su totalidad. Con independencia de los problemas teóricos que de ello se derivan –el contrato socio-estatal se vería sustituido por el contrato entre el empleado y la empresa– no parece que la

48. La clasificación que aquí se efectúa no resulta incompatible con otras concepciones de la autorregulación penal, sino que se hace especial hincapié en determinadas características que se entienden relevantes para la discusión. Vid. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 231 ss., 266 ss. explicitando los modelos de grandes conocedores de la discusión como Ayres, Braithwaite, Fisse o Gruner. Vid. igualmente su reciente contribución, Nieto Martín, *Responsabilidad social*, passim.

49. Se trata, en definitiva, de los sistemas disciplinarios que existen en el seno de las empresas, y sobre cuyo particular no se puede aquí profundizar debido, entre otras cuestiones, a lo controvertido del tema en el Derecho administrativo [vid., en general, Nieto García, *Derecho administrativo*, pp. 323 ss.; Fernández, *Poder disciplinario*, passim.].

50. Vid. una lógica subyacente similar en Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 48 ss.

sociedad moderna responda a dichos parámetros. El policentrismo de la sociedad moderna al que se hizo referencia al comienzo no ha conllevado –al menos hasta el momento– la asunción de la totalidad de las funciones estatales por parte de las organizaciones empresariales. Si bien resulta cierto que determinadas organizaciones empresariales ostentan un poder económico y político muy superior al de numerosos Estados, ello no ha supuesto que su participación en la vida pública suplante a la del Estado hasta el punto de ejercer una de las manifestaciones de soberanía más auténticas que existe: el castigo penal.

No obstante, ello no significa que el paulatino trasvase de soberanía que se va produciendo, no pueda tener cierta importancia para el Derecho Penal. En este sentido, algunas propuestas contemporáneas respecto de la responsabilidad penal empresarial⁵¹ y determinadas regulaciones de otros ordenamientos⁵²

51. Vid. en España las reflexiones de Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 110 ss., 248 ss. En los países anglosajones vid. por todos Fisse/Braithwaite, *Corporations*, pp. 80 ss y passim.

52. La referencia aquí a las *Organizational Sentencing Guidelines* de los EEUU resulta obligada. En este sentido, los dos aspectos se ven reflejados, por un lado, en el contenido e implementación de los *Effective Compliance Programs* y, por otro lado, en la reducción de culpabilidad si colabora en la investigación y denuncia de las conductas delictivas:

§8B2.1 Programa ético y de cumplimiento efectivo

El programa ético y de cumplimiento deberá promoverse y sancionarse de manera coherente a lo largo y ancho de la organización mediante (A) incentivos apropiados para actuar de acuerdo con el programa ético y de cumplimiento; y (B) medidas disciplinarias adecuadas por involucrarse en actividades delictivas y por no haber tomado las medidas adecuadas para prevenir o detectar la conducta delictiva.

Tras la detección de la conducta delictiva, la organización deberá adoptar las medidas oportunas para responder de manera adecuada a la conducta delictiva y para prevenir ulteriores conductas delictivas similares, lo cual incluye tener que efectuar las modificaciones que sean necesarias en el programa ético y de cumplimiento.

§8C2.5 Índice de culpabilidad

(g) Autodenuncia, cooperación y aceptación de responsabilidad

Si resultan de aplicación más de una de las siguientes circunstancias, aplique la mayor:

- (1) Si la organización (A) con anterioridad a la amenaza inminente de una investigación o revelación gubernamental; y (B) dentro de un espacio de tiempo razonable tras haber tenido conocimiento del delito, denuncia el delito a las autoridades gubernamentales competentes, coopera totalmente en la investigación, y demuestra claramente que reconoce y acepta la responsabilidad derivada de su conducta delictiva, reste 5 puntos; o
- (2) Si la organización coopera totalmente en la investigación y demuestra claramente que reconoce y acepta la responsabilidad derivada de su conducta delictiva, reste 2 puntos; o
- (3) Si la organización demuestra claramente que reconoce y acepta la responsabilidad derivada de su conducta delictiva reste 1 punto.

se hacen eco de la lógica expuesta en un doble sentido. *Por un lado*, se manifiesta que si la empresa sanciona a su empleado por el ilícito cometido, entonces el *quantum* de la pena estatal debe verse reducido –incluso debe extinguirse para los delitos de bagatela–. *Por otro lado*, la cooperación de la empresa en el descubrimiento y sanción de las conductas delictivas de los empleados se transforma en la concesión de un beneficio importante a las empresas de cara a la sanción que se le impone. Al haber cedido cierta soberanía a la organización empresarial –descubrimiento y sanción– por «incapacidad» del Estado, resulta lógico que el resto de soberanía estatal subyacente tenga en cuenta ese «correcto» ejercicio de soberanía estatal cedida.

III.2. Autorregulación (II): cesión a una entidad privada de la soberanía del castigo a las empresas

En un nivel un tanto más elevado, se encuentra la siguiente manifestación de la autorregulación. Se trata de la existencia de determinadas entidades privadas de supervisión de una determinada actividad empresarial. Aquí la soberanía sancionatoria estatal se cede no a una organización empresarial en concreto, sino a un organismo regulador, supervisor y sancionador de las organizaciones empresariales que operan en un determinado sector de actividad. Los ejemplos son aquí bien conocidos en el ámbito del Derecho administrativo, no sólo español, sino también –y sobre todo– internacional. *Topoi* como la autorregulación de la publicidad, la televisión, la farmacia, o, en fin, los vinos, han manifestado claramente la lógica que subyace a esta ideología con resultados diversos⁵³.

De nuevo, la lógica que impulsa estos movimientos resulta coherente. La misma labor que, en determinadas instancias, desempeñan ciertas agencias estatales, ha sido delegada en organismos privados que poseen un mayor poder supervisor y sancionador que el que éstas pueden alcanzar. En este punto, las organizaciones empresariales comienzan a ser destinatarias más directas de las sanciones, puesto que en lugar de cederles el *ius puniendi*, éste se traslada a un determinado organismo que, en lugar de ser estatal –y, por tanto, perteneciente al ámbito de lo público–, resulta fundamentalmente privado. De nuevo, se aprecia la transferencia de los costes de supervisión y sanción de un determinado sector de actividad al ámbito de lo privado, implicando ello, a su vez, un reconocimiento implícito de la incapacidad, tanto económica como cognoscitiva estatal, de poder hacer frente adecuadamente a los retos de la última evolución experimentada por la sociedad moderna.

Como se refirió asimismo con anterioridad, la llevanza a ultranza de la referida lógica no convence. En términos generales, resulta igualmente dudoso que el grado de diferenciación alcanzado en la sociedad moderna sea de tal magnitud que permita afirmar la asunción de la totalidad de las funciones estatales por parte

de los organismos privados de regulación de las empresas de un determinado sector de actividad. Ciertamente que ya en la actualidad existen la asunción de determinadas funciones sancionadoras por parte de estos organismos, pero el castigo penal, y lo que ello significa en el contexto de la sociedad moderna, no parece haber sido transferido –al menos por el momento– a los mismos.

Ello, al igual que ocurrió con el apartado anterior, no es óbice para reconocer la relevancia que pueden implicar determinadas sanciones impuestas por los organismos privados de regulación a las empresas. Así como resulta cierto que los indicadores respecto de la regulación más adecuada en un determinado sector de actividad son tenidos sumamente en cuenta –incluso asumidos– por el Estado, no puede resultar extraño que las sanciones que impongan dichos organismos sean igualmente tenidos sumamente en cuenta. Ahora bien, de ahí a conceder el monopolio del *ius puniendi* a dichos organismos parece haber un salto cualitativo que el Estado no está dispuesto a realizar hoy por hoy.

III.3. Autorregulación (III): cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de responsabilidad por las consecuencias que de la misma se derivan

Hasta el momento se han observado determinadas tendencias de la autorregulación con incidencia en la conformación del Derecho Penal empresarial. Sin embargo, ninguna de ellas refleja la esencia de este último. En efecto, el movimiento autorregulatorio tiene otra vertiente que puede desempeñar un papel más relevante en la conformación del Derecho Penal empresarial sin menoscabar la soberanía del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. Ello no significa, empero, que no se puedan –o incluso deban– tener en cuenta las anteriores manifestaciones de la autorregulación. Lo que sí significa es que el pilar sobre el que se erige el Derecho Penal empresarial no puede ser proporcionado –al menos en la época contemporánea– por las anteriores expresiones de la autorregulación. Si el Estado aspira a detentar la última soberanía supervisora en su ámbito de ejercicio de poder, entonces la capacidad autorreguladora de las empresas y la incapacidad estatal deben vincularse de otra manera.

Como ya se ha explicado con más detalle en otros trabajos, la mencionada capacidad autoorganizativa de determinadas organizaciones empresariales debe vislumbrarse como una determinada libertad a cambio de la cual se le exige responsabilidad a la propia organización empresarial⁵⁴. Libertad de organización vs. responsabilidad por las consecuencias es el principio que sirve aquí de base y que debe orientar la conformación del Derecho Penal empresarial. Ello supone el reconocimiento de que no sólo la conducta de los empleados de la organización

53. Vid., con amplias referencias, Darnaculleta, *Autorregulación*, pp. 192 ss., 225 ss.

54. Vid. ahora sólo Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 274 ss.

empresarial puede cuestionar la vigencia de las normas del ordenamiento jurídico estatal, sino que la propia empresa, también, es capaz de cuestionar dicha vigencia estatal de las normas⁵⁵. Por ello, como se verá más adelante, no se trata sólo de sancionar a la empresa por no haber impedido los delitos cometidos por sus empleados, sino que, asimismo, se la hace responsable por el *output* lesivo que se deriva de su actividad empresarial⁵⁶.

En efecto, la lógica que aquí se expone implica el reconocimiento máximo de la heterorregulación de la autorregulación, poniendo el acento en la heterogeneidad de la fórmula empleada. Así, es el propio Estado el que, con todas las limitaciones inherentes a su posicionamiento en la sociedad moderna, mantiene un residuo de competencia y sobre todo un monopolio respecto de la expresividad intrínseca a la pena estatal. Si bien resulta cierto que se está en presencia de importantes fenómenos de constitucionalismo social⁵⁷ y de paradigmas como el del «Derecho global sin Estado» (*Global Law without a State*)⁵⁸ que ciertamente modifican el entendimiento tradicional del monopolio estatal de la violencia, da la impresión de que todavía se mantiene una cierta parcela intrínsecamente estatal y que es ésta última manifestación de la autorregulación regulada la que permite fundamentar la verdadera responsabilidad penal empresarial⁵⁹.

Ello no significa, empero, como también se ha venido manifestando, que el Estado no reconozca ninguna relevancia a los fenómenos autorreguladores anteriormente apuntados. Todas las anteriores observaciones efectuadas contienen diversos elementos que pueden desplegar cierta influencia a la hora de determinar finalmente la responsabilidad penal empresarial; sin embargo, no parece que puedan llegar a constituir el dato decisivo a la hora de sancionar penalmente a la organización empresarial. Por ello, lo más adecuado, desde este punto de vista, es situar el «si» de la responsabilidad penal empresarial en este tercer fundamento de la autorregulación, y permitir que el primero y el segundo desplieguen efectos en el «cómo».

55. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 270 ss.

56. Se trata de dos fundamentos diferenciados de la punición empresarial [vid. Gómez-Jara Díez, Artículo 31.2 del Código Penal, pp. 289 ss.].

57. Vid. con carácter introductorio, Teubner, *Constitucionalismo social*, pp. 109 ss., con abundantes referencias.

58. Vid., por todos, las contribuciones en Teubner (ed.), *Global Law*, passim.

59. Como indica un acérrimo detractor de la responsabilidad penal empresarial «Si esa es la evolución de la sociedad la punición de personas jurídicas y empresas sería una consecuencia lógica y la dogmática (el subsistema ciencia) no podría hacer nada por detener esa tendencia» [Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 219, nota 34].

IV. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un esbozo

IV.1. Introducción

Tras la publicación de diversos trabajos en los que se desarrollaban los fundamentos y consecuencias del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial⁶⁰, se han publicado varias contribuciones en las cuales se inicia un diálogo crítico y constructivo con dicho modelo⁶¹. Debido a la importancia coyuntural de la cuestión acerca del modelo más idóneo para introducir en la legislación española, en las líneas que siguen se procederá a debatir las críticas planteadas, para lo cual resulta obligada una breve descripción de los lineamientos generales tanto del delito empresarial como de la pena empresarial. Con ello no pretende significarse que se trata de una discusión cerrada –ni mucho menos– sino única y exclusivamente la importancia de la misma y la dirección, a juicio del autor, que debería tomarse.

Si bien resulta una obviedad, una exposición medianamente detallada de una teoría del delito y de la pena excede con mucho el margen disponible en el presente trabajo. Por ello, se espera que el lector pueda disculpar la apretada síntesis a la que se someterán conceptos jurídico-penales tan fundamentales como los aquí tratados en aras de una comprensión global de la posición adoptada y de los hitos básicos a los que responde. La réplica a diversas críticas que se han vertido tanto en los trabajos académicos antes citados como en intervenciones en seminarios académicos y profesionales tomará como base los lineamientos que se trazan previamente, por lo que se intentará sacrificar la exactitud de la exposición a favor de la claridad.

60. Vid. fundamentalmente Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, passim; Íd., *Modelo constructivista*, pp. 93 ss. con ulteriores referencias. De nuevo debe indicarse que gran parte de las reflexiones que se consignan a continuación son un reflejo de los trabajos anteriores.

61. Vid. por lo que se alcanza a ver, los análisis críticos más elaborados al respecto son Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 145 ss.; Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 134 ss., 145 ss. Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, pp. 13 ss.; Schünemann, *Responsabilidad*, pp. 148 ss. Un excelente análisis descriptivo puede encontrarse en Gracia Martín, *Responsabilidad penal*, pp. 805 ss. Críticas específicas pueden encontrarse, por ejemplo, en Bajo Fernández, *Responsabilidad*, p. 80; Galán Muñoz, *RDPCr* 18 (2006), pp. 251 ss.; Zugaldía Espinar, *Responsabilidad*, pp. 151, 158. Quizás una de las cuestiones que mayor aceptación ha tenido en el debate académico español ha sido adoptar la nomenclatura de la distinción propuesta en Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 139 ss. entre autorresponsabilidad penal empresarial y heterorresponsabilidad penal empresarial [Bajo Fernández, *Responsabilidad*, pp. 76 ss.; Cancio Meliá, *Responsabilidad*, pp. 6 ss.; Galán Muñoz, *RDPCr* 18 (2006), pp. 239 ss.; Quintero Olivares, *Responsabilidad*, pp. 189 s.].

IV.2. Una teoría del delito empresarial

El delito empresarial parte de una premisa fundamental: determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que – al igual que ocurre con la psique del ser humano – comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación⁶². Precisamente a partir de ahí, se establece el fundamento de la competencia de la persona jurídica sobre su propio ámbito organizativo. Es decir, el hecho de que determinadas personas jurídicas alcancen un determinado grado de autoorganización, comporta que sea legítimo desde el punto de vista del Derecho Penal que se responsabilice a la empresa por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad autoorganizativa⁶³. En pocas palabras, el primer nivel de análisis de la teoría del delito empresarial es la capacidad de autoorganización de la persona jurídica –funcionalmente equivalente a la capacidad de acción de la persona física–⁶⁴.

Por lo que se refiere a la *imputación objetiva*, no parece que se planteen, a primera vista, excesivos problemas, toda vez que tradicionalmente se ha considerado que las dificultades en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial venían dadas por la vertiente subjetiva, no la objetiva. En cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido⁶⁵. Brevemente se puede indicar que un ámbito especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten conformar un «ciudadano empresarial medio» con una serie de deberes que superan, con mucho, las de un individuo concreto, sobre todo a la luz del fenómeno autorregulador anteriormente apuntado y a la imposibilidad del Estado en gestionar determinados riesgos modernos.

En cuanto a la vertiente de la imputación subjetiva –tradicionalmente la más problemática– el dolo/imprudencia empresarial se materializa en la existencia de un determinado *conocimiento organizativo del riesgo empresarial*. El topos del

conocimiento organizativo (*organizational knowledge*) ha sido y es ampliamente estudiado en el ámbito de la teoría de la organización, y del mismo se pueden adquirir importantes perspectivas respecto de qué significa que una organización empresarial tenía/debía tener, en un momento concreto, un determinado conocimiento organizativo. En correspondencia con la aproximación teórico-sistémica a este topos, se coincidió con Willke, en que «el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (...), sino por las *relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento*. Las vinculaciones mismas constituyen el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización»⁶⁶.

Pasando directamente al otro núcleo problemático, la culpabilidad empresarial se relaciona con tres elementos fundamentales: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico *del Derecho Penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma*⁶⁷. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las organizaciones empresariales puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho, que dicha cultura empresarial pueda cuestionar gravemente la vigencia de las normas del ordenamiento jurídico y que se esté reconociendo paulatinamente un mínimo de ciudadanía a la empresa en lo que a la libertad de expresión respecta –*corporate free speech*– conllevan que, en la sociedad moderna, la culpabilidad empresarial y la culpabilidad individual se muestren como funcionalmente equivalentes.

IV.3. Una teoría de la pena empresarial

La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial también ha constituido, sin duda, uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la responsabilidad penal empresarial⁶⁸. En este sentido, no son pocas las voces que se han alzado sosteniendo que, por un lado, la empresa, en sí, no tiene capacidad de sentir el «dolor» de la pena⁶⁹; por otro lado, también se ha objetado con

62. Vid. Gómez-Jara Díez, *RECPC* 8/2006, pp. 1 ss., con ulteriores referencias a la teoría de la organización y la sociología de la organización.

63. Vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 278 ss., con referencias a posiciones como las de Schönemann, Bottke o Heine que, en cierta medida, comparten el argumento fundamental de libertad de organización a cambio de responsabilidad por las consecuencias.

64. Vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 228 ss., con referencias a las posiciones coincidentes de autores como Heine (empresas con dominio de organización funcionalmente sistémico), Lampe (empresas como productores sociales de injusto) o Bottke (empresas como organizadores de contactos sociales).

65. Vid. sucintamente Gómez-Jara Díez, *Modelo constructivista*, pp. 137 ss.

66. Íd., *Steuerungstheorie*, pp. 283 ss., 290 s. Vid. asimismo, Íd., *Managementforschung* 6 (1996), pp. 263 ss.; extensamente Íd., *Wissensmanagement*, pp. 27 ss., 66 ss. Sobre la distinción entre conocimiento organizativo y conocimiento individual vid. Willke, *Einführung*, pp. 55 ss., 59 ss.

67. Para el desarrollo de dichos pilares en el ámbito de la culpabilidad individual vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 258 ss., 273 ss., 285 ss.

68. Vid. por ejemplo, en tiempos recientes Stratenwerth, *FS-Schmitt*, p. 302: «falta todo sustrato para una pena»; la crítica más contundente puede encontrarse en v. Freier, *Verbandsstrafe*, pp. 55 ss., 230 ss.

69. Quizás una de las posiciones más conocidas de antiguo a este respecto es la Kohler, J., *Leitfaden*, p. 163 s.; Íd., *GA* 1917, pp. 503 ss. Este autor entiende que no debe darse un

cierta asiduidad que al imponer una pena a la empresa se está castigando, en realidad, a los accionistas o a los miembros de la empresa⁷⁰. Sin embargo, el hecho de que el concepto de pena se haya alejado cada vez más del dolor físico del condenado⁷¹ y de que se haya constatado que la organización empresarial se conforma como una entidad/sistema separado de dichos accionistas/miembros⁷² contribuyen, sin duda, a replantearse el verdadero alcance de esta objeción.

Conforme a las líneas explicitadas anteriormente el modelo constructivista establece una estrecha relación entre los conceptos de culpabilidad y pena⁷³. En este sentido, la culpabilidad, tanto en el Derecho Penal empresarial como en el Derecho Penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva –en concreto: en la *retribución comunicativa*–. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la *función* de contribuir –en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación– al reestablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como *prestación* el reforzar la fidelidad al Derecho. De esta manera, la intensa y actual discusión que existe en el Derecho Penal

Derecho Penal de las personas jurídicas (sí un Derecho Penal administrativo) puesto que parte de un concepto de pena justa que se encuentra vinculada al sentimiento de dolor y éste sólo puede darse en la persona física (no obstante, afirma que desde una concepción de la pena como disuasión es perfectamente posible la unión de pena y persona jurídica, dando lugar a un Derecho Penal administrativo debido a que la disuasión no es un verdadero fin del Derecho Penal sino del Derecho Penal administrativo).

70. Vid. ya. v. Bar, *Gesetz und Schuld*, II, 1917, p. 135 nota 5a). Por ello no es de extrañar que en tiempos modernos algunos partidarios de la responsabilidad penal empresarial parecen reconocer esta circunstancia e intentan ofrecer justificaciones de por qué pese a todo resulta legítima la imposición de una sanción a la empresa [vid. por todos Schünemann, *ADPCP* 2002, pp. 232 ss.]. Sin embargo, esta objeción encuentra una firme oposición desde que Hepp, *Rechtswissenschaft*, pp. 85 ss. señalara que muchas penas afectan indirectamente a personas inocentes con consecuencias perjudiciales. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que en el ámbito administrativo sancionador se ha visto la justificación de la responsabilidad de las personas jurídicas en la capacidad que tienen de soportar la sanción [vid. por todos Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, pp. 323 ss.].
71. Sobre el papel que desempeña el dolor «penal» en la concepción de la pena vid., por un lado, Jakobs, *Staatliche Strafe*, pp. 26, 28, 29, vinculándolo a la *finalidad* de la pena y separándolo del *significado*; más detallado en Íd., *LH-Reyes Echandi*, pp. 152 ss.; cfr. por todo lado, Gómez-Jara, *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 332 s. atribuyendo al dolor la categoría de constructo normativo; más desarrollado en Gómez-Jara Díez, *InDret* 2/2008, pp. 15 ss.
72. En este punto vuelve a resultar decisiva la concepción autopoiética de la organización empresarial, puesto que, entre otras cuestiones, dicha concepción no obedece a la distinción todo/parte sino a la de sistema entorno, estando situados los individuos en el entorno –y no en el sistema–. Vid. sobre ello, con ulteriores referencias Gómez-Jara Díez, *RECPC* 8/2006, pp. 5 ss.
73. Vid. en detalle Gómez-Jara Díez, *Teoría*, pp. 414 ss.

individual en torno a la relación que se establece entre culpabilidad y pena se extiende igualmente al Derecho Penal empresarial, con el consiguiente beneficio –al menos conceptual– que supone poder hacer compatible una discusión del «núcleo duro» del Derecho Penal moderno con la responsabilidad penal empresarial.

La opción de fundamentar la pena empresarial en una vertiente de la prevención general positiva no es una novedad. Son varios los autores que, de una u otra forma, han acudido a diversas variantes de esta teoría de la pena para fundamentar sus posiciones en esta materia⁷⁴. Lo que quizás aporta el modelo constructivista en este sentido es una «actualización» de esta opción, apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación⁷⁵. Por lo que a la *función* respecta, la pena tanto si se impone a un individuo o a una organización empresarial reestablece comunicativamente la vigencia de la norma y, en este sentido, no se produce diferencia alguna entre el campo del Derecho Penal individual y el del Derecho Penal empresarial⁷⁶. Ello, por lo demás, es una consecuencia obligada de conformar

74. Vid., con diferentes matices, entre otros, Ackermann, *Verantwortlichkeit*, p. 296; Bottke, *wistra* 1997, p. 250; Bucy, *Minn.L.Rev.* 75 (1991), pp. 1106 ss.; Dannecker, *GA* 2001, p. 104; Heine, *Verantwortlichkeit*, pp. 17 s.; v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, p. 126, con nota 4; Müller, *Stellung*, 1985, p. 26; Schünemann, *Plädoyer*, p. 141; Tiedemann, *NJW* 1988, p. 1172.
75. En este sentido, Feijoo Sánchez, *Sanciones* (nota 32), pp. 82 s., ha opuesto recientemente a determinadas construcciones antiguas en la doctrina española que «es cierto que, como punto de partida general, se puede afirmar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la necesidad de imponer una pena cuando lo exige el restablecimiento de la norma. Pero ésta es una argumentación circular que no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe sufrir la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma. (...) La mera referencia a la prevención general positiva no basta para individualizar por qué un determinado subsistema o una determinada persona es la que debe recibir una sanción para que se restablezca el ordenamiento». En este sentido, para que la imposición de una pena a la empresa adquiera el significado comunicativo de restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, resulta fundamental –en el Derecho Penal moderno– que los presupuestos para imponer dicha pena conformen un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio.
76. Vid. al respecto Gómez-Jara Díez, *Teoría*, pp. 414 ss., 420 ss.; sobre su relevancia en el ámbito del Derecho Penal empresarial vid. Íd., *Culpabilidad*, pp. 295 ss. Desde esta perspectiva, por tanto, no se pueden compartir las afirmaciones de Cancio Meliá, *Responsabilidad*, pp. 11 s., de que la pena a la organización empresarial constituye, *per se*, un debilitamiento de fuerza expresiva de la pena además de la debilitamiento de la prevención general positiva [vid. igualmente Mir Puig, *RECPC* 06 (2004), p. 14; Íd., *LH-Ruiz Antón*, p. 758; Íd., *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 682, haciendo referencia a la distinción simbólica y comunicativa que supone la pena y que, en caso de aplicarse a la persona jurídica, se perdería]. Así, por lo que respecta a lo primero, la fuerza expresiva de la pena, por lo menos desde la perspectiva teórico-sistémica aquí adoptada, no se vincula al

un concepto de persona jurídico-penal que abarque tanto a individuos como a organizaciones empresariales⁷⁷. En lo que a la *prestación* concierne, lo que más interesa aquí es cómo se muestra el reforzamiento de la fidelidad al Derecho en el ámbito jurídico-penal empresarial. Y es que, al igual que ocurrió con el individuo, el simbolismo jurídico-penal asociado a la pena impuesta con base en la libertad de autoorganización de la persona, estimula la idea de la autorresponsabilidad de la persona⁷⁸. En el caso del Derecho Penal empresarial, dicha idea se plasma en la estimulación y el refuerzo de la autorresponsabilidad empresarial⁷⁹, como refuerzo de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho.

Lo que acaba de exponerse no choca, en absoluto, con la denunciada necesidad de contar con un catálogo amplio de sanciones para empresas en el marco de un Derecho Penal empresarial⁸⁰. Así, por *un lado*, el modelo constructivista indica que no todas esas sanciones deben tener la consideración de penas; así como en el Derecho Penal individual existe un sistema de –como mínimo– doble vía, también el Derecho Penal empresarial debe distinguir entre tipos de sanciones y establecer un sistema de –como mínimo– doble vía⁸¹. *Por otro lado*, la concepción

dolor penal humano entendido en términos psicologicistas, sino que, en lo que al dolor se refiere, como se ha referido anteriormente, éste es entendido como un constructo normativo sobre el cual se comunica *normativamente* [vid. con más detalle Gómez-Jara Díez, *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 332 ss.]; lo determinante a estos efectos es que el sistema al cual se impone la pena goce, en primer lugar, de una autorreferencialidad suficiente y, en segundo lugar, de la posibilidad de participar en la conformación de la norma. En lo referente a lo segundo, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad depende, claro está, de qué características conformen la identidad de una sociedad en una época determinada; dado que en la actualidad existen notables indicios de que la sociedad moderna es, en gran medida, una sociedad de organizaciones [vid. Perrow, *Theory and Society* 20 (1991), pp. 725 ss.] no parece desacertado considerar que las penas a las organizaciones empresariales confirman igualmente su identidad. Expresado de manera más concisa: las críticas de Cancio Meliá y Mir Puig resultan válidas, en principio, para los modelos de heterorresponsabilidad empresarial, pero no para los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial.

77. Sobre dicho concepto de persona y sus requisitos vid. ampliamente Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal*, pp. 219 ss.

78. Vid. ahora sólo Jakobs, *Normativización*, p. 108; Íd., *Norm*, pp. 83 ss.

79. Vid. las reflexiones de Bottke, *wistra* 1997, pp. 250 s.; Heine, *Verantwortlichkeit*, pp. 253 s., 279 s.; Íd., Plädoyer, p. 105.

80. Sobre la necesidad de un catálogo amplio vid. Heine, *Verantwortlichkeit*, pp. 301 ss.; Íd., Plädoyer, pp. 98 s., 109; Íd., *Sanctions*, pp. 237 ss.

81. En este sentido, resulta idóneo la imposición de penas basadas en la culpabilidad empresarial y medidas de seguridad fundamentadas en la peligrosidad empresarial [vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 74 s.; en un sentido similar Bottke, *wistra* 1997, pp. 249, 252 s.]. Es por ello, que, en el fondo, no tienen por qué resultar irreconciliables las posiciones que abogan por un

constructivista no implica que las penas a las empresas sean idénticas a las penas a los individuos; sólo se pretende señalar que, desde el punto de vista conceptual –es decir, en un plano de reflexión *abstracto*–, son funcionalmente equivalentes. Por ello a la hora de *concretar* qué tipo de penas deben imponerse a las empresas, se debe tener en cuenta la realidad empresarial en el sentido de observar qué necesidades en relación con la punición de empresas presenta la sociedad moderna y cuál es el estatus que, hoy por hoy, ostentan las organizaciones empresariales en la misma⁸².

Finalmente, no puede desconocerse la extraordinaria importancia de la denominada «pena de muerte empresarial» (*corporate death penalty*)⁸³. La *desaparición de la conocida firma de auditoría y consultoría Arthur Andersen* como consecuencia del procedimiento penal que se inició en su contra en el año 2002⁸⁴ ha supuesto una importante llamada de atención ante la importancia de la condena pública de las empresas y del significativo reproche que la pena –y no otro tipo de sanciones de carácter punitivo como, por ejemplo, los «daños punitivos» (*punitive damages*)– comporta en la sociedad moderna debido al devastador impacto de la publicidad negativa en las organizaciones empresariales⁸⁵.

Derecho Penal empresarial de medidas [entre otros Schünemann, Plädoyer, pp. 133 ss., 168 ss.; Íd., *ADPCP* 2002, p. 29; Schwinge, *Sanktionen*, pp. 137 ss.] con aquellas que proponen un verdadero Derecho *Penal* empresarial.

82. Ello resulta decisivo en relación con la denominada «pena de muerte» para las empresas: por ejemplo, la disolución o la privación de activos. En este sentido resulta sumamente ilustrativa la situación estadounidense, puesto que conforme a las Directrices la pena de muerte empresarial sólo se podrá imponer a aquellas empresas que tengan una finalidad delictiva o que operen principalmente a través de medios delictivos. Así, resulta un tanto curioso que la regulación española sea más «agresiva» que la estadounidense toda vez que las consecuencias accesorias del Código Penal –Art. 129 b)– permiten la disolución de la sociedad, cuestión vedada en el ordenamiento estadounidense a aquellas organizaciones empresariales que no hayan sido constituidas por motivos delictivos o que no operen fundamentalmente sobre la base de medios delictivos. Probablemente la causa de ello sea la mayor relevancia de la libertad empresarial en los EE.UU. que conlleva un estatus mayor de las organizaciones empresariales de aquel país.

83. Vid. al respecto Hamdani/Klement, *Corporate Death Penalty*, pp. 1 ss.; Kreiner, *Ariz. L. Rev.* 47 (2005), pp. 933 ss.

84. Sobre el caso *Andersen* vid., con ulteriores referencias, Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad*, pp. 54 ss.

85. Sobre ello vid. ahora sólo el clásico estudio de Fisse/Braithwaite, *Impact of Publicity*, passim.

IV.4. El modelo constructivista a debate

IV.4.1. ¿Realismo de la persona física vs. ficción de la persona jurídica?

En la discusión jurídico-penal en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece, en unas más veladamente que en otras, la crítica de que, en última instancia, las únicas personas que existen en el mundo real son las personas físicas y no las personas jurídicas. Con independencia de que, dichas críticas dependen extraordinariamente del planteamiento teórico de partida que se adopte –siendo relevante traer a colación aquí que, para numerosas posiciones teóricas⁸⁶, a los «ojos» del Derecho sólo existen personas jurídicas–, lo cierto es que parece que dichas críticas tienden a simplificar excesivamente la problemática que circunda la propia existencia de las personas físicas.

Así, resulta un tanto complicado afirmar que, por ejemplo, los procesos de autorreferencialidad en el ser humano son evidentes, mientras que en la organización empresarial son «ficticios». Lo que sí resulta cierto es que dichos procesos han sido más estudiados, hasta el momento, en los primeros que en las segundas, generándose así por la ciencia –sobre todo por las ciencias neuropsicológicas⁸⁷– una estructura comunicativa que irrita notablemente el Derecho Penal (individual)⁸⁸. Es por ello que la paulatina generación de dicha estructura en el ámbito de las ciencias sociales –y en especial, de la teoría de la organización– respecto de las organizaciones empresariales despliega –o al menos debe desplegar– importantes consecuencias en el Derecho Penal (empresarial). En definitiva la teoría de la comunicación⁸⁹, la teoría de la organización y la sociología de la organización⁹⁰, parecen haber dado importantes muestras en las últimas décadas de que existen indicios suficientes de que la comunicación goza la misma autorreferencialidad que

86. Probablemente se deba a Teubner la construcción más depurada al respecto [vid. entre otras muchas aportaciones Teubner/Hutter, *Homo juridicus*, p. 574; Teubner, *DOXA* 25 (2002), p. 538 y el excelente y clarificador trabajo Teubner, *Am.J.Comp.L.* 36 (1988), pp. 130 ss.].

87. Vid. ahora sólo Roth, *Selbstorganisation*, pp. 149 ss.; Íd., *Gehirn*, pp. 167 ss.; Íd., *Fühlen*, *passim*.

88. Vid. por todos el excelente trabajo de Molina Fernández, *AFDUAM* 4 (4000), pp. 57 ss., con ulteriores referencias.

89. Fundamental Merten, *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse*, 1977, pp. 43 ss. y *passim*.

90. Vid., entre otros, Auser, *Evolution of the Firm*, pp. 179 ss, 181; Drazin/Sanderlands, *Organization Science* 3 (1992), pp. 230 ss.; las contribuciones contenidas en Ulrich/Probst, *Selforganization*, *passim* y Probst/Sieglwart, *Integriertes Management*, *passim*.

la conciencia –premisa fundamental de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos⁹¹.

Ello se constata de manera especialmente significativa en el ámbito de la imputación subjetiva. En este punto se sostiene que hablar del dolo como conocimiento de la persona física es algo evidente, mientras que cuando se formula la misma frase respecto de la persona jurídica, se trata de una ficción⁹². Sin embargo, en puridad, para proceder a realizar la imputación subjetiva a una determinada persona –sea física o jurídica– lo relevante es la existencia de determinados indicios que permitan atribuir significativamente un determinado conocimiento en un determinado momento. De ahí no se deriva que en un caso se esté tratando con una atribución «realista» de conocimiento y en otro «ficticia»/«normativa⁹³, sino que en ambos casos se está en presencia de la imputación de un determinado conocimiento –ya sea individual, ya sea organizativo– sobre la base de determinados indicios.

IV.4.2. ¿Monismo de la teoría de sistemas vs. pluralismo de otras teorías?

En varias de las explicaciones ofrecidas hasta el momento se ha hecho referencia a que se adopta la perspectiva que brinda la teoría de sistemas. Ello parece haber sido interpretado por ciertos autores como una obligatoriedad de adoptar los puntos de partida constructivistas para poder fundamentar los resultados alcanzados. De esta manera, la corrección de estos últimos, dependería exclusivamente, de la connivencia con unos presupuestos

91. Baecker, *Wozu Systeme*, pp. 111 ss.; Luhmann, *Soziale Systeme*, pp. 191 ss.; Íd., *Wissenschaft*, pp. 21 ss.; Íd., *Soziologische Aufklärung. Bd. VI.*, pp. 113 ss.; Nassehi, *Comunicación*, pp. 21 ss.

92. En este sentido apunta Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 145 s., que «hasta ahora no se ha ofertado un análisis detallado alguno que respalde la idea de que existen sistemas con una autorreferencialidad que se aproxime siquiera a la complejidad de la psique humana», por lo que concluye que una fundamentación dogmática en dicho supuesto es «no sólo demasiado escueta y formal, sino también endeble». Evidentemente, difícilmente puede un dogmático penal llevar a cabo por sí mismo un análisis de la autorreferencialidad de la comunicación y de la organización empresarial, sino que debe remitirse, irremediabilmente, a los estudios, sumamente exhaustivos, que existen en las ciencias de la comunicación y de la organización empresarial. El modelo constructivista parte de la certeza de dichos análisis, y quien no lo entienda así, debe buscar apoyos en dichas ciencias o en otras para rebatirlos.

93. Cfr. no obstante, Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 159 ss., interpretando que al construir de la manera en que antes se ha referido – Supra IV. 2 –, se «abandona» el camino del normativismo. En realidad, tanto para personas físicas como para las jurídicas se propone un concepto normativo de dolo que, en ambas ocasiones, se atribuye sobre la base de determinados indicios –en el caso de las organizaciones empresariales, gracias a las aportaciones de la teoría de la organización–.

epistemológicos determinados. Por tanto, desterrada la teoría de sistemas como inadecuada para el Derecho Penal, se elimina *ipso facto* la base sobre la que se asienta el modelo constructivista⁹⁴.

Con independencia de que la propia teoría de sistemas se nutre, como no puede ser de otra manera, de las aportaciones de muchas otras teorías –y, por tanto, irremediabilmente, integra los conocimientos de las mismas–, lo cierto es que la ventaja que representa la adopción de dicha teoría es, fundamentalmente, no contar sólo con una descripción adecuada de un fenómeno concreto –sc. la autorregulación– sino integrar dicha concepción en una explicación completa del fenómeno social. Ciertamente, son muchos los análisis teóricos que brindan aportaciones fundamentales respecto de circunstancias puntuales, pero parece poder afirmarse que si los mismos se integran en una explicación coherente de la multiplicidad de facetas que presenta la sociedad moderna, se obtiene un resultado neto mayor.

Finalmente, por abordar una de las típicas críticas que se efectúa a la teoría de sistemas, el «encapsulamiento» o «aislamiento» sólo puede predicarse desde un relativo «desconocimiento» de los presupuestos de dicha teoría. Y es que, como se ha reiterado en la literatura teórico-sistémica, *la clausura es la condición de la apertura y no implica, bajo ningún concepto el aislamiento*⁹⁵. El problema consiste en determinar a qué está abierto el sistema; no si está abierto o no, puesto que la respuesta a esta última cuestión es claramente afirmativa. En el ámbito propio de la teoría de sistemas se indica que el sistema está abierto a la energía, pero no a la información; o expresado de otra manera, que el sistema recibe irritaciones del exterior que no condicionan de manera determinante la información que genera el propio sistema.

IV.4.3. Responsabilidad empresarial vs. responsabilidad colectiva

En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se han presentado numerosas discusiones en torno a si se trata de una responsabilidad colectiva –responden los miembros del colectivo– o de una

94. Vid. ya Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 127, nota 36: «conduce a una idea de autismo, enquistamiento y encapsulamiento del ordenamiento jurídico como sistema»; Íd., *Derecho Penal*, p. 149; Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 81: «es preferible apostar por sistemas abiertos, no encapsulados o autorreferenciales». La inidoneidad de la crítica se torna aún más evidente cuando se advierte que gran parte de los fundamentos del modelo constructivista se derivan de autores como Helmut Willke o Gunther Teubner, que pueden tildarse de todo menos «sistémicos ortodoxos»; más bien son conocidos –como se puede observar con la lectura de cualquiera de sus trabajos– por la combinación de las aportaciones de la teoría de sistemas con otras disciplinas.

95. Vid. ampliamente Gómez-Jara Díez, *Teoría*, pp. 390 ss., con ulteriores referencias.

responsabilidad empresarial –responde la propia empresa–. La primera se vincula estrechamente con la responsabilidad del grupo, la tribu, el clan o la familia –*sit venia verbo* «*Sippehaftung*»– y resulta, desde la perspectiva del modelo constructivista, incompatible con los principios básicos del Derecho Penal moderno –cuestión diferente es su compatibilidad con otros Derechos penales pretéritos⁹⁶.

Es por ello que la depurada argumentación de NIETO MARTÍN conlleva un importante *handicap*. Y es que la finalidad última de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en reforzar la responsabilidad penal de las personas físicas. Mediante el castigo al colectivo de personas que conforman la organización empresarial se pretende, en última instancia, aumentar la responsabilidad penal de las personas físicas que, a su modo de ver, la integran⁹⁷. La autorregulación que late en el fondo no es sino la autorregulación de las personas que integran la persona física, lo cual se presenta como especialmente problemática cuando, a la hora de imponer la pena y de ejecutarla, existen personas físicas diferentes a las que estaban cuando acontecieron los hechos delictivos⁹⁸.

96. De ahí que no pueda compartirse la opinión de Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 2, de que el modelo constructivista abogue por afirmar que «en Derecho Penal es admisible la *responsabilidad colectiva*» (cursiva en original). El modelo constructivista parte de una distinción fundamental entre responsabilidad empresarial y responsabilidad colectiva [vid. sólo French, *Corporate Responsibility*, passim], y sólo considera compatible con los parámetros del Derecho Penal la primera. Sobre las diferentes formas de culpabilidad colectiva vid. Rothenpieler, *Kollektivschuld*, pp. 120 ss. y passim.

97. Vid. de manera taxativa Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 48: «La responsabilidad de la empresa no persigue sustituir la responsabilidad individual, sino incrementarla». Precisamente en un sentido contrario parece dirigirse la construcción de Feijoo Sánchez puesto que para este autor una organización global correcta de la empresa impide «penetrar» en la misma para atribuir responsabilidad [Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 181 ss.]. De ahí que Feijoo Sánchez analice cuándo se considera que una empresa, como realidad emergente, está bien organizada o cuando cuenta con una organización defectuosa [Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 125 ss., 131 ss.] que, según su concepción, no implica la responsabilidad penal de la misma sino la posibilidad de indagar quiénes son los responsables individuales de tal organización defectuosa, pudiendo imponer a la empresa, únicamente, determinadas sanciones que en ningún caso pueden considerarse penas.

98. Y, en realidad, no sólo eso, sino que existe, por lo que se alcanza a ver, un importante déficit de legitimación –que, en última instancia, afecta a todas las formas de culpabilidad colectiva– ¿Es legítimo sancionar *penalmente* a una persona jurídica para conseguir mayores efectos disuasorios sobre las personas jurídicas? Con independencia de que, de esta manera, se está concibiendo a la empresa como un medio para un fin en un ámbito, como es el Derecho Penal, en el que estos razonamientos están vedados, los pretendidos efectos psicológicos sobre los individuos son más que cuestionables –si ya resultan cuestionados mediante la sanción penal directa a los individuos, más aún mediante la sanción indirecta a través de la persona jurídica– y, sobre todo, están expuestos

Sin embargo, el *quid* de la cuestión desde la perspectiva del modelo constructivista no radica ni en aumentar ni en disminuir la responsabilidad de las personas físicas. Consiste en constatar la existencia de unos nuevos sujetos –sc. organizaciones empresariales– en el escenario social moderno que llevan a cabo comportamientos socialmente lesivos merecedores y necesitados de sanción penal⁹⁹. Y ello con independencia de que otros sujetos –sc. personas físicas– participen o no en los mismos. Cuestión diferente es cómo se relacionan los injustos de ambos, pero ello no debe conllevar una «transferencia» de responsabilidad en uno u otro sentido¹⁰⁰.

IV.4.4. Culpabilidad empresarial «de verdad» vs. culpabilidad empresarial «a medias»

Otra de las cuestiones más debatidas en los últimos tiempos, y en torno a la cual no parece atisbarse una solución satisfactoria, es si al hablarse de culpabilidad empresarial, en realidad, se está tratando «algo» diferente a la culpabilidad individual. Es decir, al encontrarse estrechamente vinculada la idea de la culpabilidad con determinadas características del ser humano, se considera que nunca podrá existir una verdadera culpabilidad en la persona jurídica, sino que, a lo sumo, hablar de culpabilidad empresarial refleja poco

a importantes abusos. El modelo constructivista parte de la concepción opuesta: el reconocimiento de la organización empresarial como un ciudadano de la sociedad moderna que, junto a los importantes beneficios de los que goza como tal, se imponen importantes obligaciones –hasta llegar a las máximas cotas: las penales– por su propio comportamiento empresarial –y no por los efectos que se pudieran desplegar sobre los individuos–.

99. Por ello no se puede mostrar de acuerdo con la propuesta de Pastor, *InDret* 2/2006, p. 13, de que, aun constatándose el paso de una sociedad de individuos a una sociedad de organizaciones, «para hacer frente al fenómeno de los riesgos no permitidos producidos por las organizaciones (y, en concreto, por la empresa), debe recurrirse a respuestas distintas a la pena (medida de seguridad, Derecho administrativo sancionador)». Y ello porque, más allá de la posibilidad de que el Legislador pueda hacer inútil toda la discusión al introducir las penas para empresas sin mayores consideraciones, en lo que al «debe» se refiere, se está describiendo la situación actual –penas para personas físicas y medidas de seguridad (consecuencias accesorias) y Derecho administrativo sancionador– que son consideradas por gran parte de quienes participan en este debate tanto ineficaces como injustas.
100. Lo mismo cabe señalar respecto de las críticas de «doble valoración» del mismo hecho –conocimiento de la persona física– y de la «transferencia» de los elementos del delito desde las personas físicas de la empresa a esta última “para construir los elementos de la responsabilidad penal empresarial” [Pastor, *InDret* 2/2006, p. 16]. Este tipo de consideraciones, en general, desconoce la separación entre conocimiento individual y conocimiento organizativo –que no es la suma de conocimientos individuales, como se tuvo oportunidad de exponer con anterioridad–. Acertadamente vid. en la misma línea, Zúñiga Rodríguez, *Bases*, p. 239.

más que un eufemismo¹⁰¹. Asimismo, y en esta línea de argumentación, se hace referencia a que, en realidad, no se puede realizar un reproche ético-social similar al que se hace a los seres humanos¹⁰².

Ante este tipo de planteamientos no deja de extrañar la aparente univocidad, respecto del propio concepto de culpabilidad, en la que se apoyan. En este sentido, resulta difícil excluir *a priori* la posibilidad de una culpabilidad empresarial apelando a una suerte de consenso respecto de la culpabilidad individual ya que, como bien es sabido, éste, ni se ha producido, ni tiene visos de producirse en el futuro cercano. La posibilidad de afirmar la existencia de una culpabilidad empresarial tiene, necesariamente, que ir vinculada a un concepto determinado de culpabilidad¹⁰³, y no se puede descartar, sin más, de la mano de apriorismos basados en consensos inexistentes¹⁰⁴.

-
101. Ello es advertido tanto por detractores de la culpabilidad empresarial como Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 150 ss., como por importantes valedores [Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 145, quien fundamenta en última instancia determinados rasgos de su propuesta en el hecho de que no se trata de una culpabilidad equivalente a la de la persona física y, por tanto, se pueden admitir ciertos rasgos intolerables en el Derecho Penal individual como es la configuración del Derecho Penal empresarial como un Derecho Penal de autor (vid. *Ibid.*, pp. 151 ss.)].
102. Vid. Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 21: «cuando en el texto empleo el término de culpabilidad de empresa, debe entenderse que no me refiero a un juicio de reproche similar al que se proyecta sobre las personas físicas». Sin embargo, precisamente a partir del importante significado que los expertos en esta materia asignan al reproche (*shaming*) empresarial, difícilmente puede estarse de acuerdo con la afirmación de que no existe un reproche a la empresa [vid., entre otros muchos, Banard, *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999), pp. 959 ss.; Curcio, *DePaul L. Rev.* 45 (1996) pp. 341 ss., especialmente, pp. 368 ss.; Skeel, *U.Penn.L.Rev.* 149 (2001), pp. 1811 ss.].
103. En este sentido es correcta la afirmación de Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, p. 147, al adoptar su concepto de culpabilidad como punto de partida, pero es incorrecta al no analizar con mayor detenimiento lo que para dicho concepto –al igual que para el concepto constructivista de culpabilidad– es una circunstancia fundamental: la participación en los asuntos públicos. Y es que, como ya ha tenido ocasión de explicitarse en otro lugar y se referirá brevemente con posterioridad, hoy en día resulta difícilmente cuestionable que ciertas organizaciones empresariales no participen en los asuntos públicos.
104. Del mismo modo, tampoco parece que resulten útiles aquellas críticas [vid. Zugaldía Espinar, *Responsabilidad*, p. 158] que se refieren a determinadas aportaciones de diversas teorías de la culpabilidad que puedan servir de apoyo puntual en la construcción de un concepto de culpabilidad –en el caso del concepto constructivista, determinadas aportaciones de la teoría de la culpabilidad de Jakobs–, pero que no sólo cuentan con otros apoyos –en el concepto constructivista, los brindados entre otros por Kindhäuser o Klaus Günther [vid. las referencias en Gómez-Jara Diez, *Culpabilidad*, pp. 286 ss.]–, sino que brindan una aproximación global diferenciada [vid., correctamente, Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 142 ss.]. En general, sobre la diferenciación respecto la teoría normativo-funcionalista y la búsqueda de un fundamento propio vid. las consideraciones vertidas en Gómez-Jara Diez, *Culpabilidad*, pp. 208 ss.

También en este ámbito de la culpabilidad empresarial resulta un tanto extraño que se someta este concepto a exigencias a las que no se somete el concepto de culpabilidad individual. No son infrecuentes las argumentaciones que apelan a la «indemostrabilidad» de la culpabilidad empresarial frente a la aparente «demostrabilidad» de la culpabilidad individual¹⁰⁵. Con independencia de lo señalado anteriormente respecto de la necesidad de referir la discusión a conceptos concretos de culpabilidad, realmente no se alcanza a ver cómo se puede sostener la «evidencia» de la culpabilidad individual frente a la «artificialidad» de la culpabilidad empresarial —a menos que todo el razonamiento penal se base en una *analogía entis* de tal manera que no se pueda atribuir responsabilidad penal a quien físicamente no se parezca a un ser humano—.

En definitiva, lo importante es dejar de lado prejuicios antropocéntricos y observar cuáles son las condiciones mínimas para que un sistema jurídico-penal atribuya responsabilidad sobre la base de la culpabilidad. Y si dichas condiciones son predicables de la organización empresarial, entonces no existen motivos teóricos ni prácticos para evitar utilizar, con todas sus consecuencias, el concepto de culpabilidad empresarial. Más aún, no se pueden compartir aquellas concepciones que pretenden emplear dicho concepto, pero, posteriormente, ni derivar todas las consecuencias que le son inherentes —Derecho Penal del hecho, culpabilidad vs. peligrosidad, penas vs. medidas de seguridad, etc.—, ni admitir su equivalencia con el concepto de culpabilidad individual¹⁰⁶.

IV.4.5. Ciudadanía empresarial vs. ciudadanía individual

No muy lejos de lo que acaba de señalarse se encuentra una de las cuestiones más debatidas del concepto constructivista de culpabilidad empresarial: la referida a la ciudadanía empresarial. En este sentido, se han vertido críticas especialmente

105. Vid. las referencias en Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 139 ss.

106. Fundamentalmente la, por otro lado sugerente, propuesta de Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 145 ss. O bien se reconoce que la organización empresarial tiene capacidad de culpabilidad —aunque sea equivalente funcionalmente— y, por tanto, se le reconocen todas las garantías que dicho concepto clave para el Derecho Penal comporta, o bien se declara abiertamente, como hacen una gran variedad de autores, que no tiene capacidad de culpabilidad, y se la trata, en mayor o menor medida, como un objeto y no se le conceden las protecciones que dispensan los principios informadores del Derecho Penal. *Tertium non datur*. Tanto en este ámbito (culpabilidad) como en el de la pena los nombres importan y mucho. Otra cuestión es que el nominalismo se ha tornado, como indica Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 15 ss., en un debate estéril. Pero ello en el sentido de que una palabra del Legislador y la discusión se ve ciertamente zanjada. Posiblemente haya sido ése uno de los mayores logros del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006, puesto que en el mismo se declaraba abiertamente que a la persona jurídica se le imponían las penas del artículo 33 del Código Penal.

respecto de la asignación de derechos fundamentales a las personas jurídicas¹⁰⁷ y que éstos, en última instancia, no son suficientes ya que el Derecho Penal trata con conceptos máximos de ciudadanía y no el mínimo de ciudadanía al que hace referencia el concepto constructivista¹⁰⁸, además de que este último se basa en lecturas de otros ordenamientos jurídicos que no se pueden incorporar al, por ejemplo, español¹⁰⁹.

Pues bien, frente a las mismas debe apuntarse, en primer lugar, que difícilmente puede afirmarse que, en términos generales, la culpabilidad esté vinculada con un estatus de ciudadanía máxima¹¹⁰. En este sentido, el recurso que ciertos autores efectúan al derecho de voto resulta especialmente problemático¹¹¹, puesto que ello implicaría excluir del Derecho Penal a todos los extranjeros, residentes o no, que no fueran titulares de dicho derecho. Lo fundamental, al menos desde la perspectiva aquí defendida, es la vertiente expresiva del derecho de voto, en el sentido de que sólo aquella persona que ha tenido la oportunidad de participar en la conformación de las normas, puede ser sancionada penalmente de manera legítima por las mismas —sc. el conocido paradigma de la autolegislación—¹¹².

Como consecuencia de este planteamiento, el derecho fundamental clave a la hora de establecer la culpabilidad empresarial es el derecho a la libertad de expresión. A este respecto deben significarse aquello que los propios constitucionalistas señalan respecto de los derechos fundamentales de las personas jurídicas en España; y es, sencilla y llanamente, que no se cuenta con

107. En general, sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas vid. Rosado Iglesias, *Titularidad*, pp. 168 ss., 171 ss. distinguiendo entre los derechos fundamentales que sí se pueden extender a las personas jurídicas y los que no. En lo que a los derechos fundamentales del proceso penal vid., en España, Echarrí Casi, *Sanciones*, pp. 131 ss.; en EE.UU. Henning, *Tenn. L. Rev.* 63 (1996), pp. 793 ss.; en Alemania, Drope, *Strafprozessuale Probleme*, passim.

108. Vid. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 104 ss., quien sin embargo reconoce que «atribución de derechos de ciudadanía y atribución de responsabilidad es un binomio que va naturalmente unido»; Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 15, afirmando finalmente que es muy dudoso afirmar una equivalencia entre la ciudadanía individual y la ciudadanía empresarial.

109. Vid. con diversos matices, Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, p. 147, nota 268.

110. Cfr., no obstante, Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, p. 147, nota 268, afirmando que «en Derecho Penal hablamos de “ciudadanía máxima” que es la única que puede fundamentar la imposición de una pena».

111. Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, p. 147, nota 268; Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 15.

112. Vid. de manera extensa Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 286 ss., con ulteriores referencias.

una doctrina jurisprudencial y académica consolidada al respecto¹¹³. Por tanto, no parece inadecuado intentar realizar aportaciones al debate español de la mano de la discusión que está teniendo lugar en un país como Estados Unidos en torno al concepto de la libertad de expresión empresarial (*corporate free speech*)¹¹⁴.

En el debate estadounidense, lo relevante a estos efectos no es tanto el reconocimiento en sí, sino el *contenido y significado de dicha libertad*. En este sentido resultan especialmente relevantes las consideraciones de LAWRENCE FRIEDMAN¹¹⁵, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Bellotti*¹¹⁶. Así, en relación con la libertad de expresión reconocida a las corporaciones, dicha Corte declaró expresamente que se trataba de «la expresión o discurso que resulta indispensable para la toma de decisiones en la democracia, y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión provenga de una corporación en lugar de un individuo»¹¹⁷. De esta manera se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales*. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas.

Ello, en principio, no tiene por qué resultar incompatible con el ordenamiento jurídico español. Así, el Tribunal Constitucional tiene declarado, con carácter

113. Vid. Gómez Montoro, *Rev. Esp. Der. Const.* 22 (2002), pp. 49 ss.; Íd., *Titularidad*, pp. 387 ss. De hecho, existen pocos trabajos académicos al respecto [vid. recientemente la monografía de Rosado Iglesias, *Titularidad*, pp. 97 ss., 165 ss., donde llega a afirmar que existe una «escasez de trabajos específicos en la materia»; resumidamente en Rosado Iglesias, *Personas jurídicas*, pp. 1465 ss.].

114. Vid., sobre el estado de la cuestión *Developments*, *Harv.L.Rev.* 117 (2004), pp. 2272 ss.; sobre los fundamentos de este movimiento, de manera introductoria, Kerr, *Comm. L. & Pol'* y 10 (2005), pp. 63 ss.; más en detalle sus monografías Kerr, *Rights of Corporate Speech*, *passim* e Íd., *Corporate Free-Speech Movement*, pp. 175 ss. y *passim* [no es de extrañar que este autor, probablemente uno de los mayores conocedores de la diatriba del momento en este campo, introduzca en su planteamiento razonamientos jurídicos, históricos, económicos y filosóficos como el mismo reconoce nada más comenzar su fantástica monografía (p. 1)]. Sobre el caso probablemente más importante de los últimos 10 años –el caso *Nike*– vid. Baker, *Case W. Res. L. Rev.* 54 (2004), pp. 1161 ss.; en el ámbito penal resulta fundamental la aportación de Friedman, *Harv. J. L. & Pub. Pol.* 23 (2000), pp. 833 ss.

115. Friedman, *Harv. J. L. & Pub. Pol.* 23 (2000), pp. 833 ss.

116. 435 U.S. 765 (1978).

117. 435 U.S. 765 (1978) 777.

general, «el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, [lo que] exige *asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legalmente desarrollados*. En definitiva, *el término “ciudadanos” (...) ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas*»¹¹⁸. Más aún: ha reconocido que las personas jurídicas tienen derecho al honor¹¹⁹ –por lo que, de nuevo, decae el argumento de la imposibilidad de reproche–, explicitando que para el caso de las personas jurídicas es «correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador (!)»¹²⁰.

IV.4.6. Derecho Penal empresarial de autor vs. Derecho Penal empresarial del hecho

Otra crítica que resulta habitual es la referida a la necesidad de considerar que la culpabilidad empresarial es siempre, como mucho, una culpabilidad por la conducción de vida y nunca una culpabilidad por el hecho. De ahí que el Derecho Penal empresarial sea *per definitionem* un Derecho Penal de autor y no un Derecho Penal del hecho¹²¹. Por ello, incluso los partidarios de los modelos autorreguladores en el Derecho Penal empresarial reconocen que se trata de un Derecho Penal de autor que, sin embargo, debido a las menores exigencias que se presentan frente a las personas jurídicas, resulta constitucionalmente legítimo¹²².

El fundamento último del argumento reside en cómo conceptualizar el delito de la persona física en relación con la persona jurídica. Así, se señala que dicho delito se termina concibiendo como una condición objetiva de punibilidad y que la misma arroja como resultado que a la persona jurídica, en puridad, se la esté sancionando no por lo que ella ha hecho, sino por lo que la persona

118. STC 241/1992, de 21 de diciembre (FJ 4º). Es por ello que no puede estarse de acuerdo con el reproche de Bajo Fernández, *Responsabilidad*, p. 80, cuando hace referencia a que emplear el término «ciudadano» en relación con una persona jurídica resulta «exótico».

119. Vid. a este respecto la conocida STC 139/1995: «el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas».

120. STC 107/1988, de 8 de junio. Más aún, se produce la paradójica situación de que las injurias y las calumnias contra personas jurídicas son sancionadas penalmente, pero, en cambio, éstas no pueden cometer delitos –de hecho, si ello fuera así, ¿cómo resulta posible calumniar a la persona jurídica?– [en general sobre la relación entre el estatus de víctima y el de autor por parte de la empresa vid. Gómez-Jara Díez, *PACE L. Rev.* 2008].

121. Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 152 ss.

122. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 150 ss.

física ha hecho por ella¹²³. Se admite entonces que la responsabilidad de la persona jurídica deriva fundamentalmente de cómo se ha organizado a lo largo del tiempo y que ello constituye en cierta medida un Derecho Penal de autor y no del hecho.

Sin embargo, este tipo de argumentaciones no resultan convincentes. El principal motivo de ello es que, de nuevo, se pretende observar en la persona física unas «cualidades» del hecho que resultan excesivamente naturalistas. En este sentido, se toma como referencia la «inmediatez» de determinados delitos cometidos por personas físicas –sc. un clásico homicidio entre personas físicas– y, evidentemente, se apela a la imposibilidad de que exista una «mano» de la persona jurídica que «sostenga» el cuchillo que quita la vida a una persona física. Sin embargo, ello constituye una visión extremadamente sesgada de la realidad jurídico-penal y, de hecho, ello conllevaría la exclusión de un sinfín de supuestos del Derecho Penal individual.

Y es que un entendimiento normativo del concepto de hecho penal arroja un resultado bien diferente, y no por ello se está en presencia de una culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida. El hecho –para respetar la culpabilidad por el hecho– consiste en la configuración de un ámbito de organización propio –siempre, claro está, respetando los *límites* de la tentativa y la consumación–, y de ahí que la libertad desde este planteamiento teórico no se entienda como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto) organización, libertad de autoadministrarse¹²⁴. En definitiva, el hecho, tanto en el Derecho Penal individual como en el Derecho Penal empresarial, se define como la *configuración de un ámbito organizativo determinado*¹²⁵ y dicha configuración se produce, en el caso de la organización empresarial, gracias a su capacidad de autoorganización que fundamenta precisamente su competencia organizativa.

123. Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, p. 152; Schünemann, *Responsabilidad*, pp. 148 ss. «la culpabilidad por organización remite, en todo caso, a actos incorrectos de organización de sujetos individuales y conduce, en esa medida, a un regreso infinito»; Bajo Fernández, *Responsabilidad*, p. 80: «la conducta punible de la persona física se presenta como condición objetiva de punibilidad para la persona jurídica».

124. De lo expuesto se deriva un sentido muy concreto de cómo debe entenderse el concepto de «libertad». Así, la libertad, tanto para el individuo como para la empresa, es una libertad de autoadministrarse [vid. Jakobs, *Estudios*, p. 392; Íd., en: *Teoría*, pp. 189 ss.; Íd., *ZStW* 117 (2005), pp. 247 ss., 259 ss., 261, lo cual entronca igualmente con la libertad en el sentido de autonomía comunicativa de Kindhäuser, *Fidelidad*, pp. 203 ss.; Günther, *Card.L.Rev.* 17 (1996), pp. 1035 ss., 1037 ss.; desde el punto de vista del Derecho Penal empresarial Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 279 ss.].

125. Vid. más extensamente Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal*, pp. 185, 193, 279 s.; en sentido similar, la concepción de Bottke, *Assoziationsprävention*, p. 310, nota 1002, parece entender por hecho –tanto individual como empresarial– la *organización de un contacto social*.

IV.4.7. Un Derecho Penal empresarial de doble vía vs. un Derecho Penal individual de tres vías

En tiempos recientes, y fundamentalmente a raíz de la obra de NIETO MARTÍN¹²⁶, se ha planteado la inadecuación del Derecho Penal empresarial de doble vía que propone el modelo constructivista y se ha propuesto, en su lugar, un Derecho Penal individual de tres vías en el cual junto a las clásicas vías de la pena y la medida de seguridad individual aparece la sanción de carácter penal a la empresa cuya misión es reforzar la responsabilidad penal individual¹²⁷ y cuya orientación es fundamentalmente a futuro, sin necesidad de distinguir si el fundamento de imposición de la sanción se basa en la culpabilidad antecedente o en la peligrosidad futura puesto que, en última instancia, como se ha advertido, la culpabilidad empresarial no se corresponde con los fundamentos de la culpabilidad individual.

Desde el punto de vista teórico –el práctico le analizaremos más adelante– dicha propuesta no parece ser coherente. Y ello porque, si bien sí que resulta válido, y así debe reconocerse, desde la perspectiva del propio NIETO MARTÍN, lo cierto es que resulta difícilmente compatible con los parámetros del Derecho Penal moderno. En efecto, si se pretende que el Derecho Penal siga manteniendo su fuerza expresiva –razón fundamental para abogar por la responsabilidad penal, y no meramente sancionadora, de la persona jurídica¹²⁸– resulta harto complicado sostener que se está tratando de culpabilidad empresarial para la prevención de futuros delitos.

126. Vid. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 81 ss.

127. Vid. Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 24: «La sanción a la persona jurídica es un método de motivación a los componentes de un colectivo»; «la sanción a personas jurídicas representa una tercera vía dentro del Derecho Penal conjuntamente a las penas y las medidas de seguridad».

128. El citado autor se muestra en contra del razonamiento de la fuerza expresiva del Derecho Penal: «si colocamos la discusión en el terreno empírico, no creo que la sociedad perciba como fenómenos distintos una “pena” y una “sanción de carácter penal”; sobre todo si se tiene en cuenta que el tipo de sanción (...), con independencia de la etiqueta, será el mismo» [Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 26]. Sin embargo, el terreno empírico, al menos en opinión de quien escribe estas líneas, sí que ofrece ejemplos conocidos de la fuerza expresiva de la «pena» y la responsabilidad «penal» de la empresa en contra, por ejemplo, de otras sanciones que pudieran tildarse de «sanciones de carácter penal»: los daños punitivos (*punitive damages*) que en su propia denominación comportan ese carácter de infligir un daño y de castigo. La diferencia que se constata en el ordenamiento estadounidense, que cuenta con ambos tipos de sanciones, es abrumadora: la desaparición de la empresa *Arthur Andersen* a raíz de su condena penal por la destrucción de documentos es un claro ejemplo. El público percibió de manera meridiana la implicación del reproche penal de la pena que se le había impuesto –aunque ésta no fuera, ni mucho menos, exorbitante–. De hecho, el temor a la fuerza expresiva de la pena es lo que lleva a numerosas empresas, como se relatará en el Epílogo, a cerrar acuerdos absolutamente draconianos con las Fiscalías a cambio de no verse sometido al riesgo de una sanción penal –actitud que no se constata en ningún otro ámbito jurídico, aunque existan sanciones de carácter penal–. Expresado de otra manera: el coste reputacional que la «pena» y la «responsabilidad penal» suponen para la empresa es mayor que cualquier tipo de «sanción de carácter penal».

V. El debate legislativo sobre la responsabilidad penal empresarial: a la búsqueda de la eficacia y la justicia

V.1. Introducción

Tradicionalmente, en España la idea de la responsabilidad, en general, de las personas jurídicas se ha vinculado a la actuación de las personas físicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no podía ser una excepción y, por ello, no puede extrañar que la regulación existente al respecto tanto en el artículo 129 del Código Penal¹²⁹ como en el 31.2 del Código Penal¹³⁰ se basen en modelos de heterorresponsabilidad, o, expresado de otra manera, de responsabilidad por el hecho ajeno. Quizás lo que resulte más sorprendente es que la doctrina tradicional en España haya propuesto hasta tiempos sumamente recientes modelos de heterorresponsabilidad basados en la actuación de determinadas personas físicas y en la transferencia de culpabilidad de la persona física a la persona jurídica¹³¹.

Los desarrollos conceptuales y legislativos de los últimos años en el ámbito internacional, sin embargo, aconsejan proceder de manera diferente. La necesidad de tomar en cuenta el fenómeno de la autorregulación en el ámbito de las propuestas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta acuciante, puesto que, en caso contrario, no sólo se está desperdiciando una oportunidad extraordinaria de intentar compaginar al máximo responsabilidad individual con responsabilidad empresarial, sino que político-criminalmente se llevan a cabo propuestas que adolecen de importantes déficits. Por ello, en lo que sigue se efectuarán una serie de reflexiones respecto de las diversas necesidades que existen para introducir la autorregulación en las referidas propuestas legislativas, abogando, concretamente, por la perspectiva constructivista.

129. Vid. entre otros, Guardiola Lago, *Art. 129*, passim; De la Fuente Honrubia, *Consecuencias accesorias*, passim; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, passim; Miró Llenares, *Art. 129 del Código Penal*, pp. 119 ss.; Silva Sánchez, *Consecuencias accesorias*, pp. 1 ss.

130. Vid., con ulteriores referencias, Gómez-Jara Díez, *Art. 31.2*, pp. 239 ss.; Silva Sánchez/Ortiz de Urbina, *InDret 2/2006*, p. 1 ss.

131. Vid. las referencias y su crítica en Gómez-Jara Díez, *Art. 31.2*, pp. 289 ss.

V.2. La necesidad de un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial

Históricamente, al plantearse la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos han tomado como base la heterorresponsabilidad. Con otras palabras, se han establecido modelos en los cuales determinados delitos cometidos por determinados miembros de una persona jurídica eran imputados a ésta sin mayores disquisiciones. Ello no es de extrañar a la luz de la dificultad que suponía construir una teoría jurídica del delito para personas jurídicas y a la necesidad acuciante de dar una respuesta contundente frente a ciertos acontecimientos que conmocionaban la realidad social del momento. Argumentos referidos a la posibilidad de que, por ejemplo, en otras ramas del ordenamiento las personas jurídicas concluían contratos válidos y que cuando dichos contratos fueran fraudulentos el delito debía imputarse a éstas, resultaban ciertamente atractivos al sentido común¹³².

No obstante, estos primeros modelos de responsabilidad penal empresarial eran tempranamente corregidos por la jurisprudencia, la doctrina y, finalmente, la legislación¹³³. En efecto, ni resultaba conforme a Justicia que cualquier actuación de un empleado de una empresa –aún en el marco de sus competencias y con la intención de beneficiarla– cuando ésta hubiere llevado a cabo una actuación de cumplir con el Derecho, ni resultaba político-criminalmente adecuado hacer depender de la persona física la punición de la persona jurídica por los evidentes problemas de imputación a personas físicas que se pueden presentar en estructuras empresariales complejas.

Por ello, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial hacen frente a ambos déficits de los planteamientos tradicionales siendo más justos –sólo se hace responsable a la empresa de aquello que realmente le es reprochable– y político-criminalmente más adecuados –toda vez que no hacen depender la punición de la empresa de la punición de la persona jurídica–. No en vano, las propuestas legislativas contemporáneas, marcadamente las de los países anglosajones, incorporan importantes cuotas de autorresponsabilidad a la hora de delimitar los hechos y las circunstancias por las cuales debe considerarse

132. Se está haciendo referencia al clásico argumento de v. Liszt, *Lehrbuch*, § 28 I 2 nota 3, de que si una persona jurídica puede concluir contratos, puede entonces concluir contratos fraudulentos. Cfr. la réplica de Rodríguez Mourullo, *PG*, p. 227, ha señalado que «en verdad no es que la persona jurídica “concluya” por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos» [muestra su acuerdo Gracia Martín, *Personas jurídicas*, p. 42].

133. Vid. las referencias al caso francés en Europa y al estadounidense en el mundo anglosajón en Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 67 ss.

penalmente responsable a las organizaciones empresariales¹³⁴. Hacer caso omiso de dichos avances en los últimos tiempos e instaurar modelos de heteroresponsabilidad penal empresarial –como los que se han venido efectuando hasta el momento en España– difícilmente puede verse como otra cosa que no sea un importante retraso, puesto que no pasará mucho tiempo hasta que la Jurisprudencia –la doctrina ya está tomando buena nota de ello¹³⁵– se vea obligada a introducir cuotas de autorresponsabilidad en la resolución de los casos que se le presenten.

V.3. La necesidad de establecer un doble fundamento de responsabilidad penal empresarial

La introducción del fenómeno de la autorregulación en el seno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas significa un avance sumamente importante, pero no comporta que las propuestas que se deriven del mismo sean idénticas. *Ad exemplum* se puede hacer referencia a la circunstancia de que autores, en principio, tan distantes en la nomenclatura de la responsabilidad a introducir, por ejemplo, como NIETO MARTÍN¹³⁶ y FEIJOO SÁNCHEZ¹³⁷ basen, ambos, gran parte de sus razonamientos en la autorregulación. Ello se aplica, incluso, a quienes, como NIETO MARTÍN y GÓMEZ-JARA DÍEZ, abogan por una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas.

Ello se traduce, por ejemplo, en la propuesta de NIETO MARTÍN de no distinguir entre culpabilidad empresarial y peligrosidad empresarial¹³⁸. Pues bien, la necesidad de este doble fundamento –culpabilidad para la penas a organizaciones empresariales y peligrosidad para las medidas de seguridad a los mismos sujetos organizativos–, trae consecuencia, de nuevo, de consideraciones de eficacia y justicia. En efecto, resulta sumamente beneficioso distinguir entre aproximaciones retrospectivas y prospectivas –con independencia de que en cada una de ellas se encuentre insito algún elemento de la contraria– puesto que se posibilita una valoración más adecuada tanto del tipo de sanción como del *quantum* de la misma a imponer. Por ejemplo, si el resultado lesivo acontecido es consecuencia de una deficitaria organización empresarial en un momento dado del pasado en el que

134. Vid. las referencias en Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad*, pp. 115 ss.; Íd., Artículo 31.2, pp. 302 ss.

135. Vid. en este sentido, además de las reflexiones en Gómez-Jara Díez, Artículo 31.2, pp. 234 ss., las atinadas observaciones de Zúñiga Rodríguez, *Bases*, pp. 287 ss.; Íd., *Responsabilidad*, pp. 87 ss.; Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 109 ss.

136. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 48 ss., 77 ss., 178 ss., 223 ss.

137. Feijoo Sánchez, *Derecho Penal*, pp. 55 ss., 167 ss.

138. Vid. Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 170, nota 344, 300 s.

concurría una cultura empresarial de infidelidad al Derecho, pero que ya no acontece, no parece tener sentido la imposición de determinados programas de cumplimiento a futuro –puesto que ya cuenta con los mismos–, pero tampoco dejarla sin sanción alguna por lo que pasó en el pasado.

Ciertamente, que resultados similares pueden alcanzarse de la mano de no distinguir entre tipos de sanción y establecer un catálogo amplio de sanciones; pero el fundamento en la culpabilidad empresarial o la peligrosidad empresarial ayudan a determinar qué tipo de reacción estatal resulta más adecuada frente a la organización empresarial. Volviendo al ejemplo anterior, no sería justo imponer determinados programas de cumplimiento cuando la empresa ya cuenta con unos adecuados, pero no sería eficaz dejar sin sanción el acontecimiento socialmente lesivo del pasado. Evaluar si la empresa es peligrosa de cara al futuro o si la empresa manifestó en un momento determinado una culpabilidad evidente resulta –al igual que con el individuo– más adecuado. O expresado de otra forma: ¿por qué distinguir entre ambas en el Derecho Penal individual y no en el Derecho Penal empresarial?

V.4. La necesidad de distinguir entre autoría y participación empresarial

La estrecha vinculación que tradicionalmente ha existido entre el delito cometido por la persona física y el nacimiento de la responsabilidad para la persona jurídica ha dificultado extraordinariamente distinguir entre lo que pertenece a un sujeto de imputación y a otro. En su máxima expresión, considerar que el delito de la persona física constituye una «condición objetiva de punibilidad» de la persona jurídica –como se apuntó con anterioridad¹³⁹– parece llevar aparejada la imposibilidad de distinguir entre autoría y participación empresarial.

No obstante, ello plantea serios problemas de eficacia y justicia. En efecto, de esta manera se torna necesario constatar la comisión de un delito concreto por parte de una persona física que, en determinadas circunstancias, resulta imposible, lo cual implica una dependencia, en última instancia, de la responsabilidad empresarial respecto de la responsabilidad individual. Y dicha consecuencia no quiere ser asumida, bajo ningún pretexto, por prácticamente todos los partidarios de la responsabilidad penal empresarial. De hecho, las legislaciones más modernas en la materia establecen claramente la independencia de un tipo de responsabilidad frente al otro –incluyendo el proyecto de reforma del Código Penal español de 2006–.

Es por ello que resulta sumamente útil distinguir entre autoría y participación empresarial. No parece ser lo mismo que una determinada organización empresarial haya llevado a cabo una aportación mínima –a través de una

139. Vid. *supra* nota 89.

configuración laxa de su estructura organizativa– a partir de la cual la persona física ha ejecutado una actuación delictiva fundamental de cara a la realización de resultado, que una conformación determinante por parte de la organización empresarial en la cual la persona física realiza una aportación sumamente reducida –sc. la apertura de una compuerta de liberación de residuos tóxicos– al resultado final.

V.5. La necesidad de distinguir entre dolo e imprudencia empresarial

En similar línea a lo ya expuesto, la atribución del dolo o la imprudencia de la persona física a la persona jurídica, como recurso «fácil» para establecer la imputación subjetiva de la persona jurídica, ha conllevado serias dificultades para distinguir ulteriormente entre la imputación subjetiva de la propia empresa y la concerniente a la persona física. Si a ello se le une la dificultad de explicar en qué consiste el dolo o imprudencia de la propia persona jurídica, entonces no resulta extraño que este tipo de distinciones hayan pasado, hasta tiempos muy recientes¹⁴⁰, totalmente desapercibidas tanto para la dogmática como para el legislador.

Sin embargo, el nacimiento del topos del «conocimiento organizativo», como conocimiento de la organización empresarial desvinculado del «conocimiento individual», por un lado, y la paulatina normativización que se ha llevado a cabo en la dogmática moderna de la imputación subjetiva en Derecho Penal, han abierto nuevas posibilidades de observación. La definición del dolo empresarial como conocimiento organizativo de la realización de un determinado resultado lesivo y la imprudencia como el deber poseer dicho conocimiento, permiten comenzar a distinguir entre lo propio de organizaciones y lo propio de los individuos.

Así, por ejemplo, el hecho de que una organización empresarial posea un determinado conocimiento organizativo respecto de las consecuencias de introducir determinadas composiciones químicas en los compuestos alimentarios que distribuye y la carencia de dicho conocimiento –pero el deber de poseerlo debido a lo que se considera una empresa prudente en el sector alimentario– implican una clara diferenciación. De ahí que, en caso de poder atribuírsele dicho

140. Vid. ya Zúñiga Rodríguez, *Bases*, pp. 238 ss.; Íd., *Responsabilidad*, pp. 110 ss.; Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 155 ss. quien, tras examinar las diversas propuestas contemporáneas considera que «no es ni necesario ni conveniente hablar de dolo o imprudencia empresarial» y concluye que «el pretendido tipo subjetivo no es, por tanto, sino la intensidad de la relación entre defecto de organización y el comportamiento del autor» (p. 160), por lo que, en última instancia, su modelo se ve sometido a la importante crítica de que la responsabilidad penal empresarial no es sino el cúmulo de varias responsabilidades penales individuales a lo largo del tiempo [Schünemann]. No obstante, ello resulta consecuente con su concepción de que la responsabilidad penal empresarial no es más –ni menos (!!)– que el reforzamiento de la responsabilidad penal individual.

conocimiento, la sanción que merezca la distribución de los alimentos sea mayor que si no lo poseyera pero debiera haberlo poseído¹⁴¹.

V.6. La necesidad de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial

No se descubre nada nuevo si se afirma que las organizaciones empresariales son, *ab initio*, «temerosas» del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, el importante contenido simbólico-comunicativo del Derecho Penal comporta el temor a que comience a verse afectada notablemente algo que las empresas valoran en grado sumo –máxime en la sociedad globalizada contemporánea–: la reputación empresarial. Si a ello se le suma el hecho de que la inexistencia, hasta ahora, de un sistema de garantías claras y precisas para la imposición de penas a las empresas, ciertamente resulta comprensible la intranquilidad que la cuestión despierta en el sector empresarial.

No obstante, es precisamente aquí donde resulta fundamental advertir que se trata de una verdadera responsabilidad y que, por tanto, la imposición de las penas se ve sometida a la necesidad de constatar la existencia de una culpabilidad empresarial, de tal manera que si ésta no es objeto de prueba en el proceso penal –con las garantías que a tal efecto deben establecerse–, la organización empresarial no debe ser hecha responsable. Y ello a pesar de que un empleado/directivo/miembro del consejo de administración haya cometido un delito. La instauración de un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial comporta que no pueda siquiera atisbarse los vestigios de una responsabilidad objetiva –como sí ocurre, pese a ciertos intentos doctrinales y jurisprudenciales– en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

Pues bien, si realmente se pretende sostener que las organizaciones empresariales tienen una capacidad de culpabilidad debe afirmarse exactamente en la misma medida que deben existir causas de exclusión de dicha culpabilidad. En este sentido, resulta imprescindible un mínimo de coherencia y de justicia; al menos si se quiere establecer un sistema de responsabilidad *penal* empresarial. Conforme al planteamiento aquí sostenido la culpabilidad empresarial consiste en un déficit de fidelidad al Derecho el cual se manifiesta en una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho. Desde esta posición, uno de los modelos especialmente idóneo de introducción de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial es el estadounidense, el cual se basa en los denominados programas de cumplimiento corporativo –*Corporate Compliance Programs*– cuyos detalles,

141. Deben dejarse aquí de lado las consideraciones sobre la indiferencia o la ignorancia deliberada como dolo, sin que ello implique carencia alguna puesto que resultan extrapolables las construcciones que ya obran en el Derecho Penal individual [vid. sobre el primero, Jakobs, *Dolo*, pp. 145 ss.; sobre el segundo, Ragués i Vallès, *Ignorancia*, pp. 214 ss.].

por motivos de espacio, no se pueden desarrollar aquí¹⁴². Baste por el momento con recordar que el sistema más detallado que existe hasta la fecha a este respecto –el sistema estadounidense– se considera que dichos programas constituyen un reflejo de la cultura empresarial de la persona jurídica y, por tanto, sirven para determinar el índice de culpabilidad específicamente empresarial.

Epílogo. El lado «oscuro» de la autorregulación: el deber de colaboración de la empresa y los derechos procesales fundamentales de las personas físicas

Hasta aquí se ha hecho referencia a una serie de ventajas que comporta la autorregulación para la discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial. Sin embargo, debe advertirse igualmente frente a uno de los mayores riesgos que comporta la autorregulación, esta vez, para la responsabilidad penal individual. Y es que el acento que el movimiento autorregulador está situando en la cooperación y el cumplimiento por parte de la organización empresarial puede conllevar la existencia de presiones sumamente cualificadas para que la empresa, en su ansia de colaboración y cooperación con la Administración de Justicia, renuncie, no sólo a ciertos derechos de defensa fundamentales, sino que determinadas renunciaciones impliquen una merma de las posibilidades de defensa de los individuos.

Las cuestiones que se plantean en este entorno no se encuentran, ni mucho menos, alejadas de la realidad legislativa, dogmática y jurisprudencial. En este sentido, basta con examinar, *por un lado*, el contenido del artículo 4 del artículo 31bis) del Proyecto de Reforma, por otro, algunas propuestas como las planteadas por NIETO MARTÍN, y, *finalmente*, el importante debate estadounidense en torno a los acuerdos de persecución diferida o no persecución (*deferred/non prosecution agreements*) de organizaciones empresariales¹⁴³. Ciertamente, no se pueden

142. Vid. sobre ello con más detalle, Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, pp. 254 ss.; Íd., *Responsabilidad*, pp. 76 ss. Resumidamente pueden consultarse las indicaciones de Gruner, *Compendium*, pp. 641 ss.; Íd., *Designing*, pp. 153 ss. En general, sobre la responsabilidad de los Consejos de Administración, por no implementar un *Effective Compliance Program* a partir de la sentencia en el caso *Caremark* vid. Orland, *Criminal Liability*, § 14.01 ss.

143. Vid. entre otros, Orland, *Transformation*, pp. 199 ss.; Zierdt, *Ky.L.J.* 96 (2007), pp. 1 ss.; Coffee, *Nat'l.L.J.* July 25, 2005, pp. 13 ss.; Greenblum, *Colum .L. Rev.* 105 (2005), pp. 1863 ss.; Warin/Jaffe, *Andrews Litigation Reporter* 19 (2005), pp. 263 ss.; Warin/Boutros, *Va. L. Rev.* 93 (2007), pp. 107 ss.; ya Warin / Schwartz, *J. Corp. L.* 23 (1997), pp. 121 ss.; Christie/Hanna, *Am. Crim .L. Rev.* 43 (2006), pp. 1043 ss.; Stamboulidis/Garg, *Deferred Prosecution*, pp. 13 ss.; Gruner, *Deferred Prosecutions*, pp. 117 ss.; Garret, *Va. L. Rev.* 93 (2007), pp. 853 ss.; Bohrer/Trencher, *Am. Crim. L. Rev.* 44 (2007), pp. 1481 ss.; Bharara, *Am. Crim. L. Rev.* 44 (2007), pp. 53 ss.; Finder/McConnell, *St. Louis L.J.* 51 (2006), pp. 1 ss.; especialmente interesante las reflexiones de quien se ha convertido en el centro de atención a partir del caso KPMG –explicado brevemente más adelante–, McNulty,

establecer conclusiones definitivas de las experiencias de otros ordenamientos jurídicos, pero al igual que ocurre en muchos otros aspectos de la responsabilidad penal empresarial, no parece desacertado tener en cuenta la evolución que ha experimentado la discusión estadounidense y los problemas que se han planteado para, al menos, intentar no cometer los mismos errores¹⁴⁴.

En cuanto a la *primera cuestión*, el apartado 4º del artículo 31bis) del Proyecto indica que se considera una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas «b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad*». El problema consiste en dilucidar cuándo se entiende que la empresa ha colaborado en la investigación del hecho y hasta dónde puede llegar dicha colaboración, en el sentido de afectar a los derechos de defensa no sólo propios, sino también ajenos –sc. los de determinadas personas físicas–¹⁴⁵.

En lo que a la *segunda* se refiere, baste examinar las reflexiones y propuestas de NIETO MARTÍN para advertir el desembarco de estas consideraciones en el plano dogmático español. Así, según este autor, «un proceso penal a tres bandas, acusación pública–empresa–persona individual, puede explotar los intereses contrapuestos que pueden existir entre representante y representado»¹⁴⁶. De esta manera, se convierte «a las empresas en colaboradoras del sistema policial estatal»¹⁴⁷. El problema, como pasamos a relatar a continuación, es que en esta transformación de la empresa en policía, los derechos de las personas físicas –y, de hecho, los de la propia empresa– pueden verse extremadamente afectados.

En efecto, entrando de lleno en el tercer aspecto, bien puede afirmarse que el desarrollo más importante experimentado por la responsabilidad penal empresarial en el último lustro en EE.UU. ha sido la irrupción de los *deferred/non prosecution agreements*. Este tipo de acuerdos estaba en principio previsto para las personas físicas¹⁴⁸, pero a partir de unos determinados casos de considerable

Corporate Fraud Prosecutions, pp. 799 ss. Una exposición inicial puede encontrarse en el tratado de Orland, *Criminal Liability*, § 6.06.

144. Posiblemente, la descripción más reciente entre autorregulación y este tipo de acuerdos puede consultarse en Spivack/Raman, *Am. Crim. L. Rev.* 45 (2008), pp. 159 ss.

145. De manera explícita indica Orland, *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 1 (2006), p. 48, que con la proliferación de los acuerdos de no persecución penal o persecución penal diferida, los abogados defensores de las empresas han sido muy proclives a sacrificar a los Altos Directivos de la empresa con tal de evitar que no se imputaran cargos a la propia empresa.

146. Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 49.

147. Nieto Martín, *Responsabilidad*, pp. 50 ss.

148. De conformidad con el *Speedy Trial Act* de 1974, 18 U.S.C. § 3161(h) (2): los plazos establecidos por la ley –y que, a diferencia del caso español, sí se cumplen– se

repercusión social¹⁴⁹, empezaron a ser aplicados de manera constante por la Fiscalía estadounidense en los años noventa hasta haberse convertido en un instrumento habitual de la política criminal estadounidense del Siglo XXI¹⁵⁰.

Los acuerdos a los que aquí se hace referencia¹⁵¹ son, en principio, unilaterales: la fiscalía los redacta y la fiscalía decide cuando se incumplen. Las empresas sólo prestan su consentimiento. No se trata de un acuerdo de conformidad, mucho menos de una condena. En general, la empresa reconoce que se ha producido un ilícito y accede a cooperar con el fiscal en la investigación en curso, pagar impresionantes multas, reestructurar su operativa empresarial y cumplir con otra serie de condiciones, que a menudo incluyen un nada barato «supervisor empresarial» elegido o fuertemente recomendado por el fiscal¹⁵². A cambio, cuando finaliza un periodo de tiempo

suspenderán «en aquellos periodos en los que la acusación es postpuesta o diferida por el Abogado de Estado, previa conformidad escrita con el acusado y con el consentimiento de tribunal, con el objetivo de permitir al acusado demostrar su buena conducta». Este tipo de acuerdos fueron utilizados esporádicamente para los delincuentes callejeros no reincidentes; pero nunca habían sido utilizados para delincuentes de cuello blanco.

149. Se trata de casos en los que estaban implicados *Salomon Brothers* y *Prudential Securities* [sobre ambos casos vid. Orland, *Transformation*, pp. 212 ss.].
150. En este sentido el número de DPA/NPA ha crecido exponencialmente: de 1991 a 2002 sólo existieron 11 DPAs y 7 NPAs; con la creación de la *Corporate Fraud Task Force*, entre 2003 y 2007 ha habido 55 DPAs y 30 NPAs (un total de 85) lo que equivale a 17 por año; pues bien, en el 2007 hubo 38, lo que es un incremento de casi el 100% [vid. el Washington Legal Foundation; *Special Report: Federal Erosion of Business Civil Liberties*, § 6-1].
151. Como ya se expuso en otro lugar, a partir del año 1999/2000 las Fiscalías en Estados Unidos cuentan con unas directrices que deben orientar su función de acusación. En el año 2003, dichas directrices fueron revisadas por el Fiscal Federal/Abogado del Estado estadounidense, dando lugar a lo que se denominó el Memorando Thomson. Desde la perspectiva de este memorando, el punto central para que la Fiscalía decidiera imputar penalmente a una empresa era el grado de colaboración y cooperación que la empresa había mostrado con la Fiscalía. Así, las opciones básicas de los Fiscales son las siguientes:
- Iniciar la persecución penal alcanzando el Escrito de Acusación o alcanzando el acuerdo de conformidad con la empresa.
 - Decidir no perseguir penalmente a la empresa por motivos de interés público.
 - Alcanzar un acuerdo de persecución penal diferida con la empresa.
 - Alcanzar un acuerdo de no persecución penal con la empresa.
152. Resultó muy conocido el hecho de que el ex-Fiscal General del Estado, John Ashcroft, fue contratado por 72 Millones de dólares para monitorizar un conocido caso de DFA. Asimismo, en el caso reciente de *Bristol Meyers*, incluso se ha llegado a incluir en el acuerdo que dentro del Consejo de Administración de la empresa habrá un Consejero nombrado por el Gobierno [vid. en detalle sobre este acuerdo Gruner, *Deferred Prosecutions*, pp. 151 ss.].

que oscila de 1 a 3 años, el fiscal accede a retirar los cargos contra la empresa si creen (unilateralmente) que la empresa no ha infringido los términos del acuerdo. No obstante, los efectos de cualquiera de los dos «acuerdos» son tan devastadores que se están proponiendo alternativas para no tener que llegar a este tipo de situaciones¹⁵³.

Los *Non Prosecution Agreements* [=NPA] no requieren que la empresa admita ningún tipo de culpabilidad porque, en última instancia, el Fiscal no presenta cargos. Resultan bastante informales y suelen venir en la forma de una Carta de la Abogacía del Estado firmada por ambas partes. Por el contrario, los *Deferred Prosecution Agreements* [=DPA], requieren un procedimiento más complejo. Los fiscales presentan los cargos pero difieren su persecución mientras la empresa coopere. Las condiciones de estos acuerdos suelen ser mucho más detalladas y gravosas para la empresa que las de los NPA.

Respecto de qué motivos llevan a las empresas a aceptar este tipo de acuerdos, pueden citarse varios. En *primer lugar*, una investigación de carácter penal puede tener consecuencias extraordinariamente adversas para la empresa, incluso si finalmente no es condenada. Por ejemplo, el gobierno federal suspende los contratos y las subvenciones a empresas que están bajo investigación. En *segundo lugar*, las empresas cotizadas sufren un drástico descenso en el nivel de cotización de sus acciones y se suelen presentar numerosas *class actions* por parte de los inversores. Finalmente, existe el riesgo de una condena que pudiera revestir los caracteres de una pena de muerte empresarial –a la que se ha hecho referencia anteriormente–, con los perjuicios correspondientes.

Los principales problemas que se están advirtiendo en la práctica son los siguientes: En *primer lugar*, se suele exigir a las empresas que renuncien expresamente a la confidencialidad abogado/cliente. En *segundo lugar*, es el fiscal el que determina unilateralmente si la empresa ha cumplido o no, sin que ésta tenga oportunidad judicial o extrajudicial alguna de cuestionar dicha determinación. En *tercer lugar*, y ello ha dado lugar a una polémica importante, se venía exigiendo a las empresas que, incluso en contra de sus contratos previamente firmados, no abonaran los gastos de defensa de sus empleados. Esta cuestión en particular ha sido objeto, como decimos, de polémica a raíz de un conocido caso con el que terminaremos esta intervención.

-
153. Vid. fundamentalmente, Stamboulidis/Garg, *Deferred Prosecution*, pp. 13 ss., especialmente pp. 21 ss., proponiendo investigaciones internas, ajustes en los programas de cumplimiento y una formación del personal adecuada. Por su parte, Greenblum, *Col. L. Rev.* 105 (2005), pp. 1863, especialmente pp. 1895 ss., proponiendo que exista algún tipo de supervisión judicial en la confección de estos acuerdos para salvaguardar los derechos de posibles partes perjudicadas por el mismo (accionistas, empleados, etc.).

En Agosto de 2005, el Ministerio de Justicia alcanzó un DPA con una conocida firma de auditoría en EEUU en relación con la falta de comunicación al IRS de una serie de *tax shelter plans*. El DPA exigía que esta auditora, entre otras cuestiones, cerrara el departamento tributario; pagara multas e indemnizaciones por importe de 456 Millones de dólares y cooperara totalmente con la investigación. Pues bien, además de todo ello, exigió a la auditora que no adelantara los gastos de defensa de sus socios y empleados, lo cual se vio obligada a realizar bajo la coacción de la Fiscalía. No obstante, dicha circunstancia se puso en conocimiento del juez encargado de la investigación del caso, el conocido LEWIS KAPLAN, y éste sobreescribió los cargos contra 13 de los 16 imputados puesto que su derecho de defensa y a un proceso debido había sido vulnerado por la Fiscalía. Por ello no es de extrañar que en los tiempos actuales, se hayan tomado las primeras medidas de retroceso de la política imperante bajo el Memorando Thomson¹⁵⁴.

Bibliografía

Ackermann, Bruni; *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main: Lang, 1984.

Ahlrep, Steven; *Der Entwurf des Supervisionstaates nach Niklas Luhmann und Helmut Willke*, 2007.

Ausor, «Enterpreneurial Imagination, Information, and the Evolution of the Firm», en: England (ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, 1994, pp. 179 ss.

Baecker, Dirk; *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

—*Womit handeln Banken? Eine Untersuchung zur Risikoverarbeitung in der Wirtschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

—*Wozu Systeme?*, 2002, pp. 111 ss.

Bajo Fernández, Miguel; «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro»; en: *Derecho y justicia penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuellar*, 2006, pp. 69 ss.

Baker, Edwin; «Paternalism, Politics, and Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandry in Nike», en: *Case W. Res. L. Rev.* 54 (2004), pp. 1161 ss.

Bar, Ludwig von; *Gesetz und Schuld im Strafrecht II. Fragen des geltenden Deutschen Strafrechts und seiner Reform. Schuld nach dem Strafgesetz*, Guttentag: Keip, 1907.

Barnard, Jayne; «Reintegrative Shaming in Corporate Sentencing», en: *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999), pp. 959 ss.

Bechmann, Gotthard; «Reflexive Law: A New Theory-Paradigm for Legal Science?», en: Teubner, Gunther/Febrero, Alberto; *State, Law & Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milano: Guiffre, 1992, pp. 417 ss.

Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

Bohrer, Barry/Trencher, Barbara; «Prosecution deferred: Exploring the Unintended Consequences and Future of Corporate Cooperation», *Am. Crim. L. Rev.* 44 (2007), pp. 1481 ss.

Bottke, Wilfried; *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

—«Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen "strafmündig" werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, pp. 241 ss.

Bucy, Pamela; «Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability», en: *Minn. L. Rev.* 75 (1991), pp. 1095 ss.

Beck, Ulrich; *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt: Suhrkamp, 1988.

—«Teoría de la sociedad del riesgo» (traducción de Celso Sánchez Capdequí), en: Beriain, Josetxo (Comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 201 ss.

—*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M^a Rosa Borrás), Barcelona, Buenos Aires: Paidós, 1998.

Bharara, Preet; «Corporations Cry Uncle and Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants», en: *Am. Crim. L. Rev.* 44 (2007), pp. 53 ss.

Christie, Christopher/Hanna, Robert; «A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol Myers Squibb Co», en: *Am. Crim. L. Rev.* 43 (2006), pp. 1043 ss.

Cancio Meliá, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas

154. Por ello no son de extrañar las palabras de McMulty, *Corporate Fraud Prosecutions*, pp. 800 ss., estableciendo importantes revisiones de las directrices que imperaban bajo el mandato de su predecesor (Thomson), reconociendo que la aplicación de las mismas conllevó que se «desincentivara la búsqueda de asesoramiento jurídico y la comunicación plena y honesta entre abogado y cliente».

consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Dir.)/Gómez Martín (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, pp. 6 ss.

Curcio, Andrea; «Painful Publicity—An Alternative Punitive Damage Santion», en: *DePaul L. Rev.* 45 (1996), pp. 341 ss.

Dannecker, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», en: *GA* 2001, p. 111 [=«Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (traducción de Ana Cristina Rodríguez Yagüe), en: *RP* 7 (2001), pp. 40 ss.].

Darnacullea I Gardella, María Mercè; *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

De la Fuente Honrubia, Fernando; *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Valladolid: Lex Nova, 2004.

Del Guayo, Iñigo; «Apertura y clausura del sistema jurídico», en: Alenza García/Razquín Lizárraga (Coords.), *Organización y procedimiento administrativo. Libro Homenaje al profesor Francisco González Navarro*, 2007, pp. 149 ss.

—«La regulación económica como alternativa», en: *Rev. Der. Adm.* 130 (2006), pp. 227 ss.

—«Mercado e Instituciones. La relación agentes/reguladores», en: *Economía Industrial* 364 (2007), pp. 153 ss.

Developments in the law, «Free Speech Protections for Corporations Competing in the Market of Commerce and Ideas», en: *Harv. L. Rev.* 117 (2004), pp. 2272 ss.

Drazin/Sanderlands, «Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing», en: *Organization Science* 3 (1992), pp. 230 ss.

Drope, Katherine; *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

Echarri Casi; Fermín Javier; *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, 2003.

Esteve Pardo; José; *Autorregulación. Génesis y efectos*, 2002.

Feijoo Sánchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, 2003.

—*Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007.

Fernández, M.F.; *El poder disciplinario de la empresa*, 1991.

Finder, Lawrence/McConnell, Ryan D., «Devolution of Authority: The Department of Justice's Corporate Charging Policies», en: *St. Louis L.J.* 51 (2006), pp. 1 ss.

Finger, August; *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Band I*, Berlin: Heymann, 1904.

Fisse, Brent/Braithwaite, John; *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

—*The Impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany: State University of New York Press, 1983.

Freier, Friedrich von; *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

French, Peter A.; *Collective and Corporate Responsibility*, 1984.

Friedman, Lawrence; «In Defense of Corporate Criminal Liability», en: *H. J. L. & Pub. Pol.* 23 (2000), pp. 850 ss.

Galán Muñoz, «*Societas delinquere nex punire potest?* Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 del Código Penal», en: *RDPCr* 18 (2006), pp. 229 ss.

García Amado, Juan Antonio; «Sociología sistémica y política legislativa», en: *AFD* 1988, pp. 254 ss. [contribución también incluida en: Gómez-Jara Díez, Carlos (ed.); *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005].

Garret, Brandon L.; «Structural Reform Prosecution», en: *Va. L. Rev.* 93(2007), pp. 853 ss.

Gómez-Jara Díez, Carlos; *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005.

—«Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad», en: Gómez-Jara Díez, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 385 ss.

—«Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung», en: *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 315 s.

—«La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor como constructo comunicativo?», en: *InDret* 2/2008, pp. 15 ss.

—«Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC* 8/2006, pp. 1 ss.

—«El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en:

Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 93 ss.

—«El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: Cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*», en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 239 ss.

—«Autorresponsabilidad penal empresarial», en: Boix Reig (Dir.)/Lloria García (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 136 ss.

—«Corporations as Victims of Mismanagement: Beyond the Shareholder v. Manager Debate», en: *PACE L. Rev.* 2008.

Gómez Montoro, Ángel José; «La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en: *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, pp. 387 ss.

—«La titularidad de derechos fundamentales» *Rev. Esp. Der. Const.* 22 (2002), pp. 49 ss.

Gracia Martín, Luis; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: Boix Reig (Dir.)/Lloria García (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, 2008, pp. 805 ss.

—«La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en: Mir Puig, Santiago/Luzón Peña, Diego Manuel (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996, pp. 35 ss.

Greenblum, Benjamin; «What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements», en: *Colum.L.Rev.* 105 (2005), pp. 1863 ss.

Gruner, Richard; «Three Painful Lessons: Corporate Experience With Deferred Prosecution Agreements», en: PLI, *Corporate Law and Practice Handbook Series*, 2008, pp. 117 ss.

—Compendium, pp. 641 ss.

—Designing, pp. 153 ss.

Günther, «Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis», en: *Card. L. Rev.* 17 (1996), pp. 1035 ss., 1037 ss.

Guardiola Lago, María Jesús; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

Habermas, Jürgen; *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

Hamdani/Klement, *Deterrence and the Corporate Death Penalty*, 2006.

Heine, Günter; «La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea», en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 163 ss.

—«Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale.-Entwicklung – nationale Konsequenzen», en: *ÖJZ* 51 (1996), pp. 211 ss. [traducción en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco (Coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, pp. 49 ss.].

—«Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», en: *ZStrR* 119 (2001), pp. 22 ss.

—«Technischer Fortschritt im Spannungsverhältnis von Unternehmen, Gesellschaft und Staat – Neue Herausforderungen für das Recht», en: Schulte, Martin (ed.), *Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?*, Heidelberg: C.F. Müller, 1997, pp. 57 ss. Íd., *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, p. 179.

—«Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006: pp. 25 ss.

—*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden: Nomos, 1995.

—«Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur"» en: Alwart, Heiner (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, München, Mering: Rainer Hampp, 1998, pp. 90 ss.

—«Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability», en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, pp. 237 ss.

Hepp, Carl Ferdinand Theodor; *Versuche über einzelne Teile der Rechtswissenschaft*, 1827, pp. 85 ss.

Henning, Peter; «The Connundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions», en: *Tenn.L.Rev.* 63 (1996), pp. 793 ss.

v. Hippel, *Deutsches Strafrecht. Zweiter Band: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, 1930,

Jakobs, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

—*Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004,

—«La pena como reparación del daño» (trad. Cancio Meliá), en: *LH-Reyes Echandía*, 2005, pp. 152 ss.

—*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Madrid: Civitas, 2003.

—*Estudios de Derecho Penal*, 1997.

—«La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma» (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez), en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, 2005, pp. 177 ss.

—«Individuum und Person», en: *ZStW* 117 (2005), pp. 247 ss.

—«Indiferencia como dolo indirecto», en: Zugaldía Espinar/López Barja de Quiroga (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 345 ss.

Kerr, Robert; «Subordinating the Economic to the Political: The Evolution of the Corporate Free Speech Doctrine», en: *Comm. L. & Pol'y* 10 (2005), pp. 63 ss.

—*Rights of Corporate Speech: Mobil Oil and the Legal Development of the Voice of Big Business*, 2005.

—*The Corporate Free-speech Movement: Cognitive Feudalism and the Endangered Marketplace of Ideas*, 2008.

Kindhäuser, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Caverro), en: Luzón Peña/Mir Puig (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 203 ss.

Kohler, J., *Leitfaden des deutschen Strafrechts*, 1912.

—«Die Straffähigkeit der juristischen Person», en: *GA* 1917, pp. 503 ss.

Kraemer, Klaus; «Kapitalistische Gesellschaft», en: Kneer, Georg/Nassehi, Armin/Schroer, Markus (eds.), *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*, München: Fink, 2001, pp. 111 ss.

Kreiner, Mary; «The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty», en: *Ariz. L.Rev.* 47 (2005), pp. 933 ss.

Ladeur, Kart Heinz; «Risikobewertung und Risikomanagement im

Anlagensicherheitsrecht», en: *UPR* 1993, pp. 121 ss.

—«Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer "Logik der Netzwerke": Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), pp. 59 ss.

Laufer, William S.; «La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho», en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 69 ss.

Liszt, Frank von; *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16ª ed. y 17ª ed. Leipzig: Guttentag, 1908.

Luhmann, Niklas; *Die Gesellschaft der Gesellschaft. Bd. I y II*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

—*Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeiner Theorie*, 1984.

—*Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988.

—*Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990.

—*Soziologische Aufklärung. Bd. V: Konstruktivistische Perspektiven*, 1990.

—*Soziologie des Risikos*, Berlin, New York: De Gruyter, 1991.

—*Soziologische Aufklärung. Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch*, 1995.

Lütolf, Sandra Hilda; *Strafbarkeit der juristischen Person*. Zürich: Schulthess Polygraph, 1997.

McNulty, Paul; «Prepared Remarks of Deputy Attorney General Paul Mc Nulty Regarding the Department's Guidelines in Corporate Fraud Prosecutions», en: *PLI, Corporate Governance 2007: Counseling your Client for the 2007 Proxy Season*, 2007, pp. 799 ss.

Mir Puig, Santiago; «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC* 06 (2004) [en línea]. [Citado el 21 de julio de 2004]. Disponible en World Wide Web: «<http://criminnet.ugr.es/recpc>».

—«Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio/Gurdiel Sierra, Manuel/Cortés Bechiarelli, Emilio (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo blanch, 2004, pp. 741 ss.

—«Límites del normativismo en Derecho Penal», en: *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 666 ss.

Miró Llinares, Fernando; «Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal», en: *Responsabilidad de las personas jurídicas. Especial referencia a los consejos de administración: actuar en nombre de otro*, 2006, pp. 190 ss.

Molina Fernández, Fernando; «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 4* (2000), pp. 57 ss.

Müller, Ekkehard; *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln: Deubner, 1985.

Nassehi, «La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia. Sobre los fundamentos de la teoría social de Niklas Luhmann» (traducción de Juan Ignacio Piña Rochefort), en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 21 ss.

Nieto García, Alejandro; *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., pp. 323 ss.

Nieto Martín, Adán; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008.

—«Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa», en: Bajo Fernández (Dir.)/Bacigalupo/Gómez-Jara Díez (Coords.), *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas de Derecho y Economía*, 2008.

Orland, Leonard; *Corporate Criminal Liability: Regulation and Compliance*, 2004.

—«The Transformation of Corporate Criminal Law», en: PLI, *The New Justice Department Guidelines for Corporate Prosecutions: What the McNulty Memo Means to You*, 2007, pp. 199 ss.

Perrow, Charles; «A Society of Organizations», en: *Theory and Society* 20 (1991), pp. 725 ss.

Prittitz, Cornelius; *Strafrecht und Risiko*, 1993.

Probst/Siegwart, *Integriertes Management: Bausteine der systemorientierten Managements. Festschrift zum 65 Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich*, 1985.

Quintero Olivares, Gonzalo; «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas», en: García García (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. Estudios de Derecho Judicial 115-2007, 2007, pp. 157 ss.

Ragués i Vallès, Ramon; *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, 2008.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Civitas, 1978.

Rosado Iglesias, Gema; *La titularidad de derechos fundamentales por la personas jurídica*, 2004.

—«Sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales», en: Carrasco Durán/Pérez Royo/Urias Martínez/Terol Becerra (Coords.), *Derecho constitucional para el Siglo XXI*, Vol. 1, 2006, pp. 1465 ss.

Roth, Gerhard; «Gehirn und Selbstorganisation», en: Krohn, Wolfgang/Küppers, Günter (eds.), *Selbstorganisation. Aspekte einer wissenschaftlichen Revolution*, Braunschweig: Vieweg, 1990, pp. 167 ss.

—«Selbstorganisation – Selbsterhaltung – Selbstreferentialität: Prinzipien der Organisation der Lebewesen und ihre Folgen für die Beziehung zwischen Organismus und Umwelt», en: Dress, Andreas/Hendrichs, H./Küppers, Günter (eds.), *Selbstorganisation*, München: Piper, 1986, pp. 149 ss.

—*Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2001.

Rothenpieler, Friedrich Wilhelm; *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*. Duncker & Humblot, 1982.

Schünemann, Bernd; «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea», en: Bajo Fernández (Dir.)/Bacigalupo/Gómez-Jara Díez (Coords.), *Constitución europea y Derecho Penal económico*, 2005, pp. 141 ss.

—«La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea» (traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos), en: AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 565 ss.

—«Art. 4.: Maßnahmen gegen Unternehmen», en: Schünemann, Bernd (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 1996, pp. 168 ss.

—«Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: Schünemann, Bernd (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 1996, pp. 129 ss.

—«Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en: Eser, Albin/Heine, Günther/Huber, Barbara (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*. Freiburg: Ius Crim, 1999, pp. 225 ss.

—«Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la

individualización de la imputación», en: *ADPCP* 2002, pp. 9 ss.

Schwinge, Christina; *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*. Pfaffenweiler: Centaurus, 1996.

Silva Sánchez, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ªed. Madrid: Civitas, 2001.

—«La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal», en: AA.VV., *Derecho Penal económico*, 2001.

Silva Sánchez/Ortiz de Urbina Gimeno, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», en: *InDret* 2/2006 (accesible en Internet: www.indret.com), pp. 1 ss.

Spivack, Peter/Raman, Sujit, «Regulating the “New Regulators”: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», en: *Am.Crim.L.Rev.* 45 (2008), pp. 159 ss.

Skeel, David A.; «Shaming in Corporate Law», en: *U. Penn. L. Rev.* 149 (2001), pp. 1811 ss.

Stamboulidis, George/Garg, Anjula; «Alternatives to Indictment: Remedial Measures in an Age of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements», en: *PLI, Internal Investigations: Legal, Ethical & Strategic Issues*, 2006, pp. 13 ss.

Stratenwerth, Günther; «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en: Geppert, Klaus et al (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, 1992, pp. 295 ss.

Teubner, Gunther; «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en: *ARSP* 1982, pp. 13 ss.

—«Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», en: *L.&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 239 ss.

—«Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», en: *L. & Soc. Rev.* 18 (1984), pp. 301 ss.

—«Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions», en: Teubner, Gunther (ed.), *Juridification of Social Spheres*. Berlin, New York, 1984, pp. 3 ss.

—«After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», en: Teubner, Gunther (ed.); *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York: De Gruyter, 1986, pp. 299 ss.

—«Enterprise Corporatism. New Industrial Policy and the “Essence” of the Legal

Person», en: *Am. J. Comp. L.* 36 (1988), pp. 130 ss.

—«El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho», en: *DOXA* 25 (2002), pp. 533 ss.

—«Globalización y Constitucionalismo social: Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 109 ss.

Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, 1997.

Teubner, Gunther/Hutter, Michael; «Homo Oeconomicus and Homo Juridicus – Communicative Fictions?», en: Baums, Theodor/Hopt, Klaus J./Horn, Norbert (eds.); *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*. London: Kluwer, 2000, pp. 569 ss.

Teubner, Gunther/Willke, Helmut; «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en: *ZfRSoz* 5 (1984), pp. 4 ss.

Tiedemann, Klaus; «Die “Bewußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en: *NJW* 1988, pp. 1169 ss.

Ulrich, Hans/Probst, *Selforganization and Management of Social Systems: Insights, Doughts, and Questions*, 1984.

Warin, Joseph/Jaffe, Peter; «The Deferred-Prosecution Jigsaw Puzzle: A Modest Proposal for Reform», en: *Andrews Litigation Reporter* 19 (2005), pp. 263 ss.

Warin, F. Joseph/Boutros, Andrew S.; «Deferred Prosecution Agreements: A view From the Trenches and a Proposal for Reform», en: *Va. L. Rev.* 93 (2007), pp. 107 ss.

Warin F. Joseph/Schwartz, Jason C.; «Deferred Prosecution: The Need for Specialized Guidelines for Corporate Defendants», en: *J. Corp. L.* 23 (1997), pp. 121 ss.

Washington Legal Foundation; *Special Report: Federal Erosion of Business Civil Liberties*, 2008.

Willke, Helmut; «Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program», en: Teubner, Gunther (ed.); *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York: De Gruyter, 1986, pp. 280 ss.

—*Systemtheorie I: Grundlagen*, 6ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000.

—*Systemtheorie II: Interventionstheorie*, 3ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 1999.

—*Systemtheorie III: Steuerungstheorie*, 2ªed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 1998.

—Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

—«Dimensionen des Wissensmanagement – Zum Zusammenhang von gesellschaftlicher und organisationaler Wissenbasierung», en: *Managementforschung* 6 (1996), pp. 263 ss.

—*Supervision des Staates*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

—«Wissengesellschaft», en: Kneer, Georg/Nassehi, Armin/Schroer, Markus (eds.), *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*. München: Fink, 2001, pp. 379 ss.

—Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

—Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

—Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

—*Systemisches Wissensmanagement*. 2ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2001.

—*Smart Governance. Governing the Global Knowledge Society*, 2006.

—*Global Governance*, 2006, pp. 5 ss., 42 ss., 100 ss.

Zierdt, Candace; «Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contracting Policing», en: *Ky. L.J.* 96 (2008), pp. 1 ss.

Zugaldía Espinar, José Miguel; *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008.

Zúñiga Rodríguez, Laura; *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2003.

—«La responsabilidad penal de las personas jurídicas: principales problemas de imputación», en: García García (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial 115-2007, 2007, pp. 65 ss.



Capítulo III

La defensa de los intereses generales en el delito urbanístico

Lunes, 9 de junio de 2008

Moderadora:

Dña. Julia Roper Carrasco

Profª. Titular habilitada de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

Delitos urbanísticos: defensa de los intereses generales

D. José Antonio Martín Pallín

Magistrado emérito del Tribunal Supremo

I. Introducción

En primer lugar, mi agradecimiento al Prof. Cuerda y a la Universidad Rey Juan Carlos por haberme dado la oportunidad de participar en un foro tan importante y tan actual. Por la visión de los temas que se abordarán sucesivamente, se tiene la certeza de que estamos enfrentándonos a la realidad, frente a otros eventos en los que predominan los conceptos abstractos y filosóficos. Creo que los temas de estas jornadas tienen muy poco de filosofía y mucho de actualidad. Entre estas realidades, se sitúa con luz propia todo lo relacionado, con actividades urbanísticas.

La Profesora Julia Roperó ha dicho, y con razón, que estamos ante un tema que, nos guste o no nos guste, sea cual sea nuestra posición sobre el mismo, tiene exigencia y relevancia constitucional. Cualquiera que sea el enfoque, el debate se ha decantado. El urbanismo y el medio ambiente son bienes constitucionales que incuestionablemente necesitan de un mecanismo de protección. Lo que tenemos que valorar es qué tratamiento jurídico queremos dar a ese bien que necesita protección.

II. Intereses individuales e intereses pluri-subjetivos

El Derecho Penal durante mucho tiempo ha estado anclado y ha construido toda su dogmática sobre los elementos del delito, en función de la existencia de conductas que atacan a bienes jurídicos individuales. Por ello, los esquemas de acción y resultado, sujeto y víctima, estaban muy delimitados. La teoría que se construyó respecto de la culpabilidad, de los elementos del tipo, o la privación de libertad como eje de la respuesta penal, con las alternativas de las medidas de seguridad, tenemos que revisarlas y adaptarlas a la aparición de un Derecho Penal que ya no puede volver la espalda, si no quiere quedarse fosilizado, a la protección de los bienes jurídicos colectivos, que algunos llaman, pluri-subjetivos. Personalmente no me gusta la expresión acuñada por los italianos, que los califican como bienes difusos. Me parece un magma, difícilmente

manejable o perceptible. Ello nos conduce a recordar que la elasticidad del Derecho permite absorber determinadas conductas sin mayores contratiempos para los que las realizan.

Es cierto que el Derecho Penal se enfrenta a un reto. El Derecho Penal tiene una vocación de taxatividad y certeza. Los ciudadanos deben saber que determinadas conductas merecen reproche y cuál es la razón. En este punto radica la base de la seguridad jurídica, no en otros aspectos que no comparto. El ciudadano debe conocer efectivamente cuál es la postura del legislador y por qué le reprocha esa conducta. Puede que la acción afecte no a una persona en concreto, en el homicidio al muerto, en la libertad sexual a la agredida, en la propiedad individual al robado o estafado. En otros casos, afecta a intereses colectivos que, repito, no son para mí difusos, sino que, en todo caso, son pluri-subjetivos.

Es decir, sin romper el esquema del derecho subjetivo como base de la acción y reacción del Derecho, el ciudadano le pide al Estado que accione o que reaccione, ante derechos pluri-subjetivos. Los puede activar una sola persona pero, a su vez, tiene un efecto reaccional sobre todos los que se encuentran en la misma situación o en la misma posición que el que actúa. En este terreno se encuentra el campo abonado para lo que es una tradición de nuestro Derecho procesal, que también habrá que revisar y actualizar, como la acción pública y la acción popular. Normalmente la mayor parte de los delitos son públicos, pero en la práctica el monopolio de la acción lo tiene el Ministerio Fiscal, aunque puede haber acusación particular y acusación popular, pero estadísticamente, en la mayoría de delitos la acción popular no existe.

Cuando afrontamos estos intereses pluri-subjetivos, la acción pública encaja perfectamente con la naturaleza del bien que se quiere tutelar, de tal manera que una persona puede ejercitar su acción defendiendo un interés subjetivo compartido, consciente de que además está protegiendo los intereses subjetivos de los demás. De esta manera se convierte en un actor de la colectividad, por encima de cualquier interés puramente egoísta o particular. También habrá que reconocerle un interés respetable a que se le indemnice o se le repare por el perjuicio que ha sufrido.

Hasta tal punto estos intereses colectivos o generales no son difusos, lo demuestra el hecho de que las ciencias de la investigación y análisis de los fenómenos, del urbanismo o del medio ambiente, están en condiciones de cuantificar de forma exacta o muy aproximada, cuál es el impacto que se produce sobre la sociedad en general y sobre ciudadanos concretos en particular, por la comisión de hechos delictivos de esta naturaleza que afectan a intereses colectivos.

III. Efectos colaterales

Por poner un ejemplo y seguir con mi exposición, en materia de medio ambiente, que más que difuso, es un bien gaseoso. Las conclusiones científicas basadas en estudios rigurosos de la Organización Mundial de la Salud y de Academias especializadas, en España mueren dieciséis mil personas al año por el efecto directo o inducido de la contaminación ambiental. Este es un dato y no una abstracción genérica. La acumulación de resultados no se sabe adónde nos puede llevar. Se sabe y está cuantificado, siempre por supuesto con el riesgo de la exactitud. Tenemos el diagnóstico y disponemos de las estadísticas.

Los efectos malignos de estos delitos se generalizan. Se trata de un mal grave en sí mismo que, además, produce -empleando una terminología muy al uso- unos daños colaterales tan importantes que si el Derecho Penal mira hacia otro lado, creo que puede arrastrar incluso al sistema político democrático hacia zonas no deseadas. Se ha hablado, y creo que nadie lo podría discutir, que el urbanismo está asociado a la corrupción de funcionarios nacionales e internacionales, cohechos, prevaricaciones, información privilegiada, falsedades documentales, estafas, impactos medioambientales, contaminación acústica y de las aguas, y ahora del blanqueo de dinero.

IV. Criminalidad organizada

Conviene advertir que el blanqueo de dinero no se hace gratuitamente o de una forma artesanal. Es una operación fraudulenta en la que intervienen importantes estructuras del sistema financiero y redes de organizaciones criminales. De ahí a crear un sistema mafioso, el paso es muy fácil y cuando nos demos cuenta o sin darnos cuenta, nos encontramos ante verdaderas mafias en su verdadero sentido, es decir, crimen más poder político. En España se confunde el concepto de organización criminal con el concepto de mafia. La mafia es un grupo, a mi modo de ver, mucho más extenso, que supone la ocupación de parcelas de poder político.

El ejemplo italiano es prototípico. La mafia italiana tiene siempre algún senador o diputado, algunas veces incluso algún obispo, véase *El Padrino*, por tanto no hay que confundirla con las organizaciones que se dedican a traer personas inmigrantes en situaciones graves para su seguridad que, por supuesto, hay que perseguir. La mafia es algo que los italianos, que después exportaron a Norteamérica, saben perfectamente cómo funciona. Que les pregunten a nuestros exportadores de aceite y de vino, los problemas que tienen en Nueva York para colocarse en el mercado, y no precisamente por cuestiones de competitividad o de calidad, sino por actuaciones comerciales mafiosas que controlan el mercado de Nueva York.

V. Financiación de partidos políticos y de la Hacienda municipal

El urbanismo corrupto es, a su vez, y también hay que decirlo, una fuente de financiación de los partidos políticos, que se ha utilizado de manera absolutamente perversa para el sistema. Si alguien pretende, a estas alturas, que el Derecho Penal no tiene nada que decir en esta materia, su posición puede ser respetable, pero creo que no está en la sintonía de onda en la que debemos movernos en el momento actual.

No estamos ante derechos puramente simbólicos. Incluso los grandes principios de la actuación económica del Estado se consideraron durante tiempo declaraciones románticas y programáticas. Ahora, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna y en condiciones de calidad, ha pasado de la pura retórica. En este momento, en Francia, existen reclamaciones ante los tribunales pidiendo la concreción judicial del derecho subjetivo de acceso a una vivienda digna, que puso en marcha Sarkozy en las últimas elecciones. Aquí no sabemos lo que pasaría, pero podría perfectamente acudir a los tribunales y dependería un poco de la capacidad de asimilación e integración interpretativa del juez, la admisión de una demanda reclamando el derecho a la vivienda digna. En todo caso, si la pretensión se rechaza, se pondría de relieve por qué no se le puede satisfacer ese derecho, lo que contribuiría a clarificar el sistema político-criminal.

VI. Derecho administrativo y Derecho Penal

Para poner orden en todo este maremágnum que nos lleva hacia simas peligrosas, algunos siguen aferrados al Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo en su faceta del Derecho Urbanístico, ha sido la élite de esta rama del Derecho. Ha producido ríos y ríos de doctrina científica, magnífica en muchísimos aspectos, pero ha fracasado, de manera rotunda, cuando el conflicto ha llegado a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Muchos fallos del sistema provienen de la propia regulación normativa administrativa y también, en gran parte, por la inoperatividad que nos corresponde a los tribunales. Debemos admitir y advertir que el sistema de respuesta contencioso-administrativo que estamos en condiciones de proporcionar, cuando el conflicto discurre por esos cauces, es lento e ineficaz.

Durante muchos años esto ha sido así. El Código de 1995 trasladó los temas de urbanismo y ordenación del territorio al marco del Derecho Penal. Esta decisión lleva a un cambio del paradigma de valores. El urbanismo era la norma que regulaba el "Construye como puedas, siempre que tengas licencia." En estos momentos el urbanismo como ciencia jurídica reguladora de las licencias, de las calificaciones de terrenos, de las compensaciones, de los volúmenes y de las alturas, ha sido superado. Ha nacido un valor superior, que protege, ahora

también, el Derecho Administrativo. La Ley de Suelo y Ordenación del Territorio y el Código Penal tienen como fin proteger el valor superior de la ordenación del territorio. La ordenación del territorio es algo más que el urbanismo, el urbanismo digámoslo claramente, es el negocio inmobiliario; la ordenación del territorio es la construcción inmobiliaria puesta al servicio de los intereses generales. Un Plan General de Ordenación Urbanística debe tener en cuenta no solamente la construcción, sino el medio ambiente, la ordenación del territorio, su valor para la convivencia armónica y para el desarrollo sostenible e incluso para la seguridad pública. El urbanismo debe proporcionar un marco adecuado para la convivencia.

Yo creo que el Derecho Urbanístico fracasó, en el ámbito del Derecho Administrativo, por una razón que era conocida, desde prácticamente mediados del siglo XIX, cuando se hace la distribución administrativa de España. Nos constituimos en un país en el que municipio arriba, municipio abajo, tenemos unos ocho mil ayuntamientos. Cuando llega el texto constitucional consagra, a mi modo de ver correctamente, el principio de la autonomía municipal. Este principio de la autonomía municipal, que tiene rango constitucional, se inserta, a su vez, dentro del organigrama de las Comunidades Autónomas. Y dentro de las comunidades autónomas no se sabe muy bien cómo. A pesar de existir mecanismos de corrección, éstos, siendo tan cercanos, no digamos nada en las autonomías uniprovinciales en las que la cercanía es prácticamente inmediata, en las grandes comunidades, de siete, ocho provincias, en las que puede haber una mayor lejanía, el sistema de control, sea cual sea su signo político, no han funcionado. Ha primado, desde el punto de vista de la política -esta es una decisión política incuestionablemente-, el principio de autonomía municipal frente al principio de ordenación del territorio que le correspondería a los organismos competentes de las autonomías y al que el Estado no debe renunciar. Si el Estado abandona a su suerte el urbanismo, las posibilidades de que se genere un verdadero caos normativo son grandes. La tarea del Tribunal Constitucional en esta materia tendría que ser la de la coordinación, unificación, resolución de conflictos, pero realmente creo que no ha afinado suficientemente, algunas veces no por culpa del Tribunal Constitucional, sino por la sucesiva y galopante sucesión de leyes urbanísticas. Diecisiete autonomías generando normas, algunas de ellas que no llegaron a entrar en vigor, o cuando ya se estaba en condiciones de dar la respuesta habían perdido su vigencia.

VII. El agente urbanizador

Uno de los factores -me voy a detener exclusivamente en él, aunque habría muchos más, pero no puedo abarcarlo todo ello en mi exposición- tiene su origen en la regulación de forma absolutamente complaciente y sin mayor contenido crítico, de un sujeto activo al que se considera como un elemento dinamizador importante para que los Ayuntamientos puedan exprimir y sacar el mayor rendimiento posible de la política urbanística, que no de ordenación del territorio. Esta figura jurídica es la que se llamó

“agente urbanizador.” Cuando su desprestigio llegó a niveles escandalosos se le llamó “agente colaborador.” Es lo mismo. En definitiva el mal está en la institución, o en la forma de comprender la institución, el nombre es algo verdaderamente secundario. Sea colaborador, sea urbanizador, sea lo que sea, en definitiva lo que se debió valorar en su momento fue la atribución de facultades exclusivas del Estado, como son las de la expropiación forzosa, a un particular ávido de conseguir beneficios.

Se debió pensar antes de dar ese paso. Si se pone en marcha una institución a la que se concede facultades semejantes, la transferencia a un agente privado individual de facultades expropiatorias, se abre la puerta a todo género de corrupciones. Si se junta todo esto con la autonomía administrativa y la escasa capacidad de recaudación que tiene la Hacienda municipal, nadie se sustrae a la tentación de incrementarla con la aportación del agente urbanizador. Si además utiliza como elemento coactivo la herramienta de la expropiación, nadie debe extrañarse de que pase lo que ha pasado, lo milagroso hubiera sido que hubiera sucedido de otra manera distinta. Estamos ante un fenómeno que ha sido potenciado, consciente o inconscientemente, por parte de los legisladores y de los poderes públicos, y al cual no hemos sido capaces de dar respuesta, y que además, y lo que es más grave, ha calado profundamente en sectores de la sociedad española.

VIII. Expectativas de enriquecimiento

Los ciudadanos se han dado cuenta de que su Ayuntamiento, en el que viven, en el que desarrollan sus actividades, les proporciona una mayor cantidad y calidad de servicios en función del éxito de los proyectos urbanísticos y que, con la mera recaudación tributaria de otros impuestos, la capacidad de gasto y de inversión social sería menor. Además, ese ciudadano, que vive en el municipio y espera lógicamente servicios, si es propietario de un erial con una cantidad discreta de amapolas y de hierbas, alberga la fundada esperanza de que el agente urbanizador lo incorpore a un plan de acción individual sacándolo del plan general de urbanismo, convirtiendo el secarral en un verdadero maná. Eso es lo que ha ocasionado que unos cuantos alcaldes audaces se hayan lanzado por ese camino de la especulación y enriquecimiento propio. Algunos, muy poquitos, han ido a la cárcel y otros incluso dirigen el Ayuntamiento desde la cárcel. Los implicados que se han salvado de la prisión se presentan a la reelección y son sacados a hombros por sus conciudadanos que llegan a proporcionarles mayorías espectaculares. En fin, la cosa no es para tomarla a broma. No creo que, en este momento, los ciudadanos de Marbella estén dedicando calurosos recuerdos al que rigió sus destinos con sus votos, sobre todo cuando tienen que demoler, después de que se ha anulado el Plan General, unas treinta y tres mil viviendas. No todas van a caer pero al que toque no estará entusiasmado con la idea.

IX. Llamada al Derecho Penal

Ante todo este panorama, no ha quedado más remedio que hacer un llamamiento urgente al Derecho Penal, les guste o no les guste a los partidarios de la teoría clásica de los bienes individuales o a los que sostienen que el Derecho Penal es la "última ratio". Estoy de acuerdo en que si se pueden solucionar los problemas preventivamente con el Derecho Administrativo, no habría necesidad de elevar el conflicto al área del Derecho Penal. De momento, el Derecho Administrativo no solamente no lo soluciona sino que, como en el caso Marbella, tarda doce años en anular el Plan General. Cuando llega la resolución ha pasado lo que ha pasado.

En mi vida profesional, ni como Fiscal, ni ahora como Magistrado, he recibido ni una sola deducción de testimonio de un órgano contencioso-administrativo por falsedades, cohechos o corrupciones. Si alguna vez se activa el proceso penal ha sido por iniciativa o impulso de ciudadanos particulares. Es cierto que algunas veces se utiliza la llamada acción popular en el marco del proceso penal, o la acción pública en el marco del Derecho Administrativo, de manera abusiva e incluso de manera coactiva y chantajista. Esto es todo lo que estamos sembrando y recogiendo al mismo tiempo, aparte de los males medioambientales, que no hay quien los remedie. Cuando creíamos que el famoso Hotel del Cabo de Gata iba a ser derruido, se está pactando una reelaboración del proyecto de tal manera que yo no sé si lo van a pintar de color acantilado o hacer algo para que se disimule. Está en marcha un proyecto de expropiación compensatoria, que ya veremos hasta donde llega.

X. Impacto económico negativo

El problema tiene además efectos y daños colaterales, que no son baladíes, y que nos pueden ocasionar un daño irreparable, sobre todo en estos momentos de recesión económica, no derivada exclusivamente del ladrillo. Nuestra primera industria lamentablemente, y recalco lo de lamentablemente, porque me gustaría que fuese la tecnología avanzada, la espacial, la aeronáutica, etcétera, es el turismo. Dentro de la balanza comercial y del producto interior bruto genera cifras casi cercanas al 50%.

¿Y qué ha sucedido con todo este maremágnum del ladrillo?, pues que el Parlamento Europeo ha tenido que intervenir y nos ha dado un fuerte tirón de orejas. Ha sido a iniciativa de ciudadanos extranjeros que habían venido a España para establecer su segunda residencia. De pronto se han visto asaltados por el "agente depredador urbanístico" y han puesto en marcha las denuncias que han motivado la intervención de las instituciones europeas. Se han puesto de relieve varias cosas, prácticamente todo lo que he contado sobre política municipal, el fracaso del Derecho Administrativo y, además, la nula eficacia del sistema judicial para corregir todas esas tropelías.

La Comisión europea, el Tribunal de Luxemburgo y, por supuesto, el Parlamento Europeo nos ha llamado la atención sobre nuestras leyes urbanísticas y sobre algunos defectos de nuestra respuesta penal. Ha enviado misiones a la Comunidad Valenciana, pero no nos olvidemos tampoco que otras zonas, como la cornisa cantábrica, están empezando a sufrir una brutal presión urbanística. Quizás confíen en que el cambio climático la convierta en la futura Marbella del norte. Es una apuesta de futuro un poco arriesgada, pero incuestionablemente yo que soy gallego, he comprobado que llueve ahora mucho menos y que la zona resulta muy atractiva.

Estuvimos abriendo los telediarios en Alemania, Gran Bretaña y los países nórdicos. La reacción de los responsables políticos de la zona ha sido tradicional. Una vez más la conspiración judeomasónica y todas las telarañas del pasado. Se ha oído a los prohombres de la Comunidad Valenciana, aupados sobre el ladrillo, diciendo que todo esto es una campaña de determinados intereses turísticos ingleses que han invertido en Croacia y que quieren fomentar su turismo. Yo les diría que los ingleses no son tontos. Yo no invernaría en Croacia de ninguna de las maneras; veranear sí, pero desde luego invernar en Croacia es una auténtica locura, están mejor en Londres con su clima y su cada vez más escasa niebla.

XI. Reforzamiento y actualización del Derecho procesal

En relación con las figuras delictivas concretas, mi amigo y compañero de muchos años Antonio González-Cuellar va a hablar sobre los tipos penales. Todo es manifiestamente mejorable, pero creo que donde tenemos que actuar con urgencia no es tanto en el Derecho Penal sustantivo sino en el Derecho Procesal. El Derecho Procesal al final, es la piedra de toque del funcionamiento de todo ordenamiento jurídico. Las leyes sustantivas se pueden modificar, aunque no es bueno cambiarlas todos los días. Ahora bien, el Derecho Procesal no se puede alterar continuamente entre otras cosas porque carece de retroactividad positiva. Son normas que afectan a los actos que se desarrollan durante la vigencia de la misma, que más adelante podrían ser radicalmente distintos, con lo cual el caos y la inseguridad estarían servidos.

En el Derecho Procesal es decisiva la capacidad de iniciativa o de puesta en marcha del sistema procesal administrativo y penal. En el proceso contencioso-administrativo se dispone de la acción pública. La acción pública en el Derecho Administrativo, ha recorrido un sendero tortuoso. Reconociéndose desde el punto de vista legal, a la hora de la ejecución de las resoluciones, la exclusión de los actores públicos de la posibilidad de estar presente en la misma. Existe una jurisprudencia que sostenía que su intervención era en defensa de unos intereses generales, pero si había alguien con un interés particular, el único que podía solicitar la ejecución era el interesado. En mi opinión se sostenía una

concepción excesivamente privatística del proceso contencioso-administrativo, con una remisión al proceso civil en aquello que no esté expresamente en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa regulado. Los principios hay que respetarlos, y por tanto, la ejecución también corresponde ponerla en marcha al titular de la acción pública tenga o no un interés directamente afectado por la resolución de lo contencioso administrativo.

XII. Problemas en la ejecución de las sentencias

¿Qué se ha producido en la práctica? Que la jurisprudencia ha tenido que evolucionar y a partir del año 2000, la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha dado cuenta de lo que estaba pasando con la ejecución, mejor dicho con la no ejecución de sus sentencias.

Por otro lado, se da la paradoja de que en el Derecho Administrativo la declaración de ilegalidad lleva aparejada obligatoriamente la demolición, mientras que el Derecho Penal la condiciona a la ponderación de los intereses de los terceros, de buena fe. El Contencioso Administrativo, y paso rápidamente a lo penal, ya ha reaccionado, como he dicho, y admite que la ejecución la puede pedir la acción popular, aunque el interesado directamente llegue a un acuerdo con el demandado.

El Derecho avanza a golpe de realidades y no de concepciones abstractas. El detonante de esta evolución ha sido un caso muy conocido en Madrid. El de la Iglesia que se metía prácticamente en el cuarto de baño de algunos señores de la comunidad de vecinos de al lado. La comunidad de vecinos interpone la demanda contra el Arzobispado, la gana, consigue la orden de demolición, y el Arzobispado llega a un acuerdo, por supuesto económico, con los que han ganado, y estos se comprometen a reconocer que la sentencia es inejecutable y que la dan por ejecutada, con la compensación económica que han recibido. Pero tres vecinos denuncian que es imposible que la sentencia no tenga efectos en el mundo jurídico tratándose de una ilegalidad tan flagrante. Discrepan, y la primera respuesta que reciben es desalentadora: "Ustedes no estuvieron en el pleito y, por tanto, no tienen capacidad para pedir la ejecución". Contestan: "No, es que ejercitamos la acción pública, porque es una construcción absolutamente ilegal y sin licencia". Al final, el Tribunal Supremo termina dándoles la razón y, efectivamente, se cumple a pesar del pacto entre el Arzobispado y el resto de los que inicialmente habían reclamado.

Otra sentencia, de 28 de Mayo de 2008 en el recurso 579/2006, recoge el caso todavía más sangrante. Se trata de una señora que ejercita, sin interferencia de ningún particular, la acción pública contra el Ayuntamiento de

Granollers y una entidad constructora. La gana, y cuando van a ejecutarla le dan cuatrocientos mil euros. Llega a un acuerdo para que la sentencia no se ejecute y que se dé por ejecutada con la compensación de cuatrocientos mil euros. Nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia, un chantaje, una burla del Estado de Derecho, y nadie mueve ni una sola ceja. Afortunadamente, como se trataba de una ejecución que había sido ganada por la acción pública, tenía que intervenir el Fiscal. El Ministerio Fiscal ha pedido que se ejecute y, además, que se deduzca testimonio por posible existencia de delito penal.

XIII. Acción pública y acción popular

En el campo penal, tenemos un problema añadido. En este momento la acción popular ha obtenido la ratificación constitucional. Estoy totalmente de acuerdo, si bien pediría urgentemente una nueva regulación de la acción popular en el proceso penal. Yo la cuestionaría en todos aquellos casos en que se afectan bienes jurídicos exclusivamente individuales. No alcanzo a comprender, con todos los respetos, cual es el papel de una asociación feminista en un delito de violación, salvo que insinúen que el juez y el fiscal van a prevaricar.

Creo que es una complicación procesal añadida cuando está personado el fiscal. No descartaría que asesorasen a la persona perjudicada prestándole asistencia jurídica gratuita, si son una ONG y reciben dinero del Estado, pero no veo la necesidad de la acción popular. La acción popular recobra toda su verdadera esencia cuando se trata de bienes jurídicos colectivos, o de bienes jurídicos pluri-subjetivos. En ese caso, adquiere su papel genuino y auténtico otorgándose a todo ciudadano aunque no sea perjudicado por el delito.

Se mantiene que los actores populares no tienen derecho a una indemnización civil en beneficio propio porque actúan en apoyo de los intereses colectivos. Creo no obstante que podría fijarse una indemnización en beneficio de la colectividad e ingresarse, por ejemplo, en un fondo destinado a organizaciones ecologistas o medioambientales. Por otro lado, la acción popular tiene que responder a un interés legítimo y suponer el ejercicio leal y ético de la misma. Cualquier desviación espúrea del ejercicio de la acción popular tendría que ser sancionada penalmente.

Lo que he reseñado sobre la acción pública en el campo del Derecho Administrativo, se repite a diario y con más profusión en el campo del Derecho Penal, con el chantaje añadido de que la contraprestación económica del acusado lleva aparejada a lo mejor la retirada de la acusación y el no ir a la cárcel. En el terreno del Derecho Administrativo, estamos jugando con euros; en el Derecho Penal estamos jugando con euros y a su vez con la libertad de una persona.

XIV. Demolición

Finalmente llegaríamos a la consecuencia jurídica de la reclamación de ilegalidad penal -la administrativa la dejaríamos aparte- de un comportamiento que merecería la sanción penal dentro de los artículos que sancionan los delitos contra la ordenación del territorio. Como les he dicho antes, el Código Penal contempla la posibilidad de la demolición. Bueno, creo que como consecuencia de un hecho delictivo, de una manera general e indiscutida y sin ninguna oposición por parte de la dogmática, una de las consecuencias aparejadas a la responsabilidad penal es la responsabilidad civil que conlleva la restitución, la reparación y la indemnización. Si se ha afectado a la ordenación urbanística a través de una construcción ilegal que supone una grave perturbación de la misma, una de las medidas, sería restaurar el orden jurídico quebrantado demoliendo esa construcción, recuperando, por ejemplo un suelo no urbanizable y no digamos nada de una zona verde o un vial, a su primitivo estado.

La demolición es una medida perfectamente ajustable a la naturaleza de la infracción y, por tanto, es proporcionada y responde a la entidad del mal causado. El principio de punibilidad está perfectamente justificado, siempre que no perjudique a terceros de buena fe. Este concepto lo tenemos que adaptar a la realidad. No se puede sostener, en la sociedad tecnológica en que vivimos, con los instrumentos de conocimiento, de transparencia y de control, que debe de poner en marcha una Administración moderna, que todo tercero lo sea de buena fe.

XV. ¿Terceros de buena fe?

Para no hacer alusiones personales y después me achaquen que estoy perturbando los negocios inmobiliarios, cuando una urbanización está en el foco de atención de los medios de comunicación, cualquiera percibe que corre serio riesgo de ser anulada. A partir de esa situación el que compre un piso, y no se haya molestado en pasar por el Registro de la Propiedad para ver cómo están los datos sobre el suelo, si tiene suerte y le conservan la edificación, no tengo nada que alegar. Pero desde luego, lo que no estoy dispuesto a admitir es que sea tercero de buena fe. Podrá alegar lo que quiera, pedir indemnización al vendedor; pero tercero de buena fe no es. Se ha metido en un negocio que era un campo minado, y como el campo minado le ha estallado, no puede alegar ignorancia y buena fe. El juez penal, no tendría por qué considerarle tercero de buena fe y, por tanto, puede, si lo estima pertinente, acordar la demolición.

Si a esto añadimos la posibilidad, que ya está incluida en todas las legislaciones autonómicas y en la Ley del Suelo, de la transparencia de los planes urbanísticos a través de los sistemas informáticos modernos, las posibilidades de su existencia se reducen.

XVI. El comiso del objeto del delito de las ganancias ilícitas

Y por último, queda algo en lo que casi nadie, por lo menos desde el punto de vista penal, ha pensado. En su momento fue una pena accesoria, ahora es una medida complementaria del delito. Se trata del comiso. Los bienes procedentes de hechos delictivos y, sobre todo -y esto es en lo que voy a hacer más hincapié-, las ganancias obtenidas con tráfico de bienes que constituyen el objeto del delito. No solamente pueden, sino que deben ser decomisadas. Está establecido por el Código Penal para todo género de delito sin excepción; no hace ninguna excepción para el urbanismo ni para la ordenación del territorio. El delito puede llevar aparejada la doble medida del comiso y de la destrucción, por ser un bien procedente de una actividad delictiva.

Ya sé que me van a decir que no es un bien de ilícito comercio y que, por tanto, la destrucción podría ser excesiva y desproporcionada. Es posible, pero yo creo que el comiso sería tremendamente eficaz, sobre todo de las ganancias. Tendríamos que emplear, no queda otro remedio, la alta tecnología informática poniéndola al servicio de los verdaderos intereses que a mi modo de ver, en este momento son prioritarios: la sociedad; me refiero a la sociedad española, a la sociedad norteamericana, a la sociedad inglesa y otras, inmersas en una crisis económica generada en gran parte por el urbanismo descontrolado.

Con todo este panorama, pienso que si los jueces no somos capaces de dar una respuesta en tiempo razonable debemos activar las medidas cautelares que eviten que las construcciones vayan adelante. Con medidas cautelares que, a su vez, lleven aparejada una información pública de la medida cautelar para que el resto de la sociedad pueda, incluso, fiscalizar si efectivamente esas medidas se cumplen o no se cumplen, se puede hacer frente a este desastre, que nos ha llevado de momento a una crisis económica que estaba absolutamente cantada. No hacía falta ser un experto economista para saber que todo el "boom inmobiliario" estaba destinado al fracaso, que era una inversión especulativa. Y no tomen la palabra "especulativa" en un sentido peyorativo, sino simplemente en un sentido inversionista en el que mucha gente pensó que, efectivamente, esto era una buena inversión porque potencialmente había una capacidad de atracción sobreañadida a lo que sería la petición razonable de una sociedad como la nuestra, demandando vivienda.

Los ciudadanos de la Unión Europea demandan una segunda vivienda residencial. Y repito que el mal está generalizado, no son los valencianos exclusivamente los que han cometido estas tropelías, sino los que han motivado que las instancias internacionales se hayan fijado en el problema.

Si retocando el Derecho Penal en lo que haya que retocarlo, reorganizando la acción popular y agilizando el proceso en sus dos facetas, administrativa y penal, podemos conseguir estos objetivos, creo que merece la pena el esfuerzo.

Esto no se va a conseguir, por supuesto, de la noche a la mañana, es bastante más complicado de lo que parece. No se puede hacer un puro ejercicio de voluntarismo, pero pienso que se darán cuenta, nos daremos cuenta todos, que nos estamos jugando muchísimo con nuestra inactividad y con este apego a las tradiciones del pasado, a la dogmática penal del pasado, que se ha visto desbordada por unos intereses galopantes y prioritarios.

La defensa de los intereses generales en el delito urbanístico¹

D. Jesús Urraza Abad

Doctor en Derecho Penal.

Director del despacho Urraza & Mendieta Abogados

La promulgación y entrada en vigor de un nuevo Código Penal por Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de Noviembre, supuso la inclusión en el listado de conductas penalmente relevantes de una serie de comportamientos que, hasta ese momento, se habían mantenido fuera del ámbito de lo punible; de entre todas ellas, traemos hoy a colación los denominados «Delitos sobre la ordenación del territorio», previstos en los artículos 319 y 320 del nuevo Código punitivo.

Transcurridos trece años desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, -y, con él, de lo que podríamos denominar como *Derecho Penal urbanístico*-, muchas de las polémicas interpretativas suscitadas en los primeros tiempos de su aplicación por los artículos 319 y 320 del Código punitivo han resultado suficientemente dirimidas por los Tribunales de justicia en general y el Tribunal Supremo en particular.

Dedicaremos los próximos minutos de mi intervención a realizar una exposición razonablemente ordenada de las cuestiones más relevantes suscitadas hasta la fecha en relación con el Derecho Penal Urbanístico.

1. El presente artículo recoge en esencia el contenido de la intervención de quien lo firma en el "Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico" organizado por la Cátedra de Investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos y KPMG, que tuvo lugar el día 9 de Junio de 2.008, incorporando a lo entonces expuesto los materiales y datos de referencia en los que se apoyaba la intervención.

I. La ordenación del territorio como valor integrado en el derecho a una calidad de vida constitucionalmente reconocido: delimitación del bien jurídico protegido

Todo precepto penal es promulgado con el fin último y esencial de tutelar uno o varios valores sociales y, en ocasiones, hasta constitucionalmente reconocidos como esenciales para el buen funcionamiento de la vida en sociedad; es lo que, desde la técnica jurídica, denominamos *bien jurídico protegido*.

El atentado contra dicho valor, la puesta en peligro (concreto o abstracto) del mismo como consecuencia de la realización de la conducta tipificada en el Código Penal, y el desvalor social y jurídico que ello provoca (antijuridicidad material), se erige así en fundamento último justificativo de la imposición a su autor de la correspondiente sanción criminal.

En el concreto caso de los delitos urbanísticos, una lectura irreflexiva del tenor literal de los artículos 319 y 320 del Código Penal podría llevar a identificar la ordenación territorial, en sí misma considerada, como valor a proteger penalmente.

Una reflexión más pausada nos llevará a reconocer que cuando el Derecho Penal protege la denominada *ordenación del territorio* no lo hace con la mera intención de reforzar el cumplimiento de la legislación administrativa dictada en este ámbito del Derecho, sino concibiendo aquélla como un instrumento jurídico dirigido a la determinación de los usos del suelo en relación a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población. Detrás de todo ello se encuentra, por tanto, el concepto de *calidad de vida y derecho a una vivienda digna y adecuada*².

En este sentido se ha pronunciado con acierto la Sentencia de 4 de Enero de 1.999 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (Rec. Ape. nº 139/1.998; ARP 1.999\744) cuando ha afirmado que *el bien jurídico protegido no es otro que la Ordenación del territorio, pero no la normativa de ordenación*

2. Más específica ha sido en esta materia la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª), en cuya Sentencia de 19 de Abril de 2.006, (Rec. Ape. nº 92/2006; LA LEY 174273/2006) señalaba: «el concepto actual de Ordenación del Territorio viene dado por la Carta Europea de Ordenación del Territorio en la 6ª Reunión organizada por el Consejo de Europa. De acuerdo con los arts. 8º y 9º de la Carta, la Ordenación del Territorio es la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad. Su finalidad principal (art. 11) es ofrecer al hombre un marco y una calidad de vida que aseguren el desarrollo de su personalidad en un entorno organizado a escala humana y sus objetivos fundamentales (arts. 14, 15, 16 y 17) son el desarrollo socio-económico equilibrado de las regiones, la mejora de la calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y la utilización racional del territorio».

*del territorio (normativa de carácter administrativo), sino el valor material de ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo, orientada a los intereses generales (arts. 45 y 47 de la Constitución); en definitiva, el bien jurídico protegido es la utilización racional del suelo y, en un sentido más amplio, la calidad de vida y hábitat humano así como la conservación de los recursos naturales*³.

Como años después ha venido a ratificar la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de Marzo de 2.006 (Rec. 2067/2004), *aun cuando generalmente coincidirá la infracción de la legalidad urbanística con la lesión del bien jurídico, -dado que en un Estado de Derecho las normas deben reflejar precisamente el interés general, concretándolo en una determinada materia-, en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando en su caso, los criterios de "insignificancia" o de "intervención mínima" cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad, por cuanto un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad*.

Esta concepción del bien jurídico protegido por los delitos contra la ordenación del territorio en general deberá inspirar cualquier interpretación de los artículos 319 y 320 del Código Penal en vigor.

II. Análisis de los tipos previstos en los artículos 319 y 320 del Código Penal de 1.995

Bajo la rúbrica «De los delitos sobre la ordenación del territorio», el Capítulo I del Título XVI del Libro Segundo del Código Penal de 1.995 aglutina dos grupos de conductas delictivas: por una parte, el artículo 319 tipifica una serie de comportamientos comisibles por *promotores, constructores o técnicos-directores*; por otra, el artículo 320 recoge una serie de figuras delictivas en las que sólo pueden incurrir quienes ostenten la condición de *autoridad o funcionario público*.

3. En sentido semejante se ha pronunciado propia Audiencia Provincial de Cádiz en su Sentencia de 11 de Septiembre de 1.998, (Rec. Ape. nº 140/1.998; ARP 1.998/5.355). También la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4ª), en su Sentencia de 23 de Enero de 2.007, [Rec. Ape. nº 47/2.006, LA LEY 3946/2006] destaca que *en relación al bien jurídico protegido en el delito urbanístico, que no se tutela la normativa urbanística, -un valor formal o meramente instrumental-, sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientado a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE), es decir, como ya se expresó, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general*.

II. 1. Figuras delictivas comisibles por «promotores, constructores o técnicos directores» (art. 319)

II. 1.1. Tenor literal del artículo 319 del Código Penal

Señala el artículo 319 del Código Penal:

Art. 319.1: Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

II. 1.2. Sujeto activo del delito: significado jurídico-penal de los términos «promotores, constructores o técnicos-directores»

Como ya se apuntaba con anterioridad, el primer elemento común a los comportamientos tipificados como penalmente relevantes en el artículo 319 del Código punitivo reside en que, tanto en su párrafo primero como en el segundo, se contemplan conductas únicamente comisibles por *promotores, constructores o técnicos directores*.

La interpretación de tales términos a efectos jurídico-penales constituyó en los orígenes una de las primeras cuestiones controvertidas en la lectura de dichos preceptos: ¿la exigencia de dicha condición en el autor de tales delitos los convertía en tipos de carácter especial (comisibles únicamente por aquellos ciudadanos en los que concurrían determinadas condiciones profesionales y formativas previas a los hechos) o, por el contrario, nos encontramos ante delitos comunes, comisibles por cualquier ciudadano que objetivamente incurra en los comportamientos tipificados?

Si bien es cierto que los primeros pronunciamientos realizados al respecto por parte de las diversas Audiencias Provinciales resultaron discrepantes en este punto, hoy la cuestión debe considerarse superada:

a) En relación con la figura del «técnico-director»

La línea doctrinal marcada por las Audiencias Provinciales ha sido desde los primeros pronunciamientos claramente unánime en lo que a la condición de *técnico director* se refiere; esta condición sólo puede ostentarse por quien, a su vez, esté titulado como arquitecto o ingeniero superior, arquitectos técnicos o aparejadores o ingenieros técnicos, lo que restringe únicamente a los así titulados la posibilidad de incurrir en las figuras delictivas tipificadas en el artículo 319 del Código Penal⁴.

b) En relación con las figuras del «constructor» y el «promotor»

Más conflictiva resultó en un comienzo la interpretación de los conceptos *constructor* y *promotor* en relación con el artículo 319 del Código Penal⁵. Tuvo que ser la Sala Segunda

4. En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valladolid, en sus Sentencias de 15 de Junio de 1.998 (Rec. Ape. nº 690/1.998; ARP 1.998/2.553), 3 de Septiembre de 1.998 (Rec. Ape. nº 853/1.998; ARP 1.998/3.849) y 1 de Diciembre de 1.998 (Rec. Ape. nº 1.328/1.998; ARP 1.998/5.133); la Audiencia Provincial de Zaragoza, en su Sentencia de 25 de Enero de 1.999 (Rec. Ape. nº 220/1.998; ARP 1.999/8); la Audiencia Provincial de Palencia, en sus Sentencias de 17 de Marzo de 1.998 (Rec. Ape. nº 22/1.998; ARP 1.998/1.402), 14 de Abril de 1.998 (Rec. Ape. nº 27/1.998; ARP 1.998/2.048), 13 de Julio de 1.998 (Rec. Ape. nº 54/1.998; ARP 1.998/2.972) o 31 de Diciembre de 1.998 (Rec. Ape. nº 104/1.998; ARP 1.998/5.626); la Audiencia Provincial de Cádiz, en sus Sentencias de 11 de Septiembre de 1.998 (Rec. Ape. nº 140/1.998; ARP 1.998/5.355) ó 4 de Enero de 1.999 (Rec. Ape. nº 139/1.998; ARP 1.999/744); o la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª, en su Sentencia de 19 de Abril de 2.006, (Rec. Ape. nº 92/2006; LA LEY 174273/2006).

5. Lo cierto es que en los primeros momentos de la aplicación del artículo 319 el panorama ofrecido por las sentencias dictadas por las diversas Audiencias Provinciales que tuvieron ocasión de pronunciarse al respecto resultaba abiertamente contradictorio, obteniéndose pronunciamientos claramente antagónicos en función del concreto órgano jurisdiccional que firmase la respectiva sentencia. Podían distinguirse básicamente dos posiciones doctrinales bien diferenciadas:

A. Las sentencias partidarias de una interpretación formal de los conceptos de *constructor* y *promotor* y carácter especial de los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal.

Esta postura, avalada en los primeros años por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sentencia de 15 de Junio de 1.998 [Rec. Ape. nº 690/1.998; ARP 1998/2553]; Sentencia de 3 de Septiembre de 1.998 [Rec. Ape. nº 853/1.98; ARP 1.998/3.849]; y Sentencia de 1 de Diciembre de 1.998), la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sentencia de 25 de Enero de 1.999 [Rec. Ape. nº 18/1.999; ARP 1.999/9]) y la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sentencia de 22 de Diciembre de 1.998 [Rec. Ape. nº 1.051/1.998; ARP 1.998/5.831]), partía de la base del carácter necesariamente profesional de los conceptos analizados, considerando incompatible la aplicación del artículo 319 a quienes esporádicamente promueven o construyen su propia vivienda, ajenos a la condición de profesional habitual de la construcción o la promoción. A modo puramente esquemático, los argumentos esgrimidos por las Audiencias partidarias de esta doctrina jurisprudencial para avalar su posición podrían resumirse en los siguientes puntos:

a) La necesaria profesionalidad del autor del delito parece deducirse, en opinión de esta postura jurisprudencial, del propio tenor literal del artículo 319 del

del Tribunal Supremo la que, mediante sus Sentencias de 26 de Junio de 2.001 y 14 de Mayo de 2.003, zanjara definitivamente la cuestión decantándose en favor de una acepción funcional o material: podrá incurrir en los delitos previstos en el referido precepto criminal todo aquél que, de hecho, promueva o construya, con independencia de la formación o titularidad académica que ostente, así como del hecho de que lleve a cabo dicha actividad de manera profesionalizada⁶.

Código Penal, en el que se designa como autores potenciales del delito a los «promotores, constructores o técnicos directores», en lugar de haber empleado las más genéricas expresiones de «el que construya» o «el que promueva».

- b) La imposición a los autores del delito, junto a las penas de prisión y de multa, de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, inhabilitación que sólo puede entenderse, en opinión de los partidarios de esta postura, si se exige la profesionalidad del autor del delito.
 - c) La interpretación teleológica o finalista del precepto penal, -destinado a la protección de los valores sociales perseguidos a través de la ordenación del territorio-, lleva a los partidarios de esta postura jurisprudencial a considerar sancionable únicamente los comportamientos tipificados por profesionales de la construcción o promoción, en la medida en que, a su entender, son éstos los únicos que, con su actuar habitual y reiterado en el tiempo, pueden verdaderamente estar en condiciones de perjudicar tales valores, mientras que la actuación aislada de un particular no profesional, carecería del riesgo implícito necesario para justificar la imposición de una sanción criminal.
 - d) La necesaria interpretación restrictiva de los preceptos penales que impediría, al entender de los partidarios de esta postura jurisprudencial, incluir en el concepto de *constructor* o *promotor* a quienes no desempeñen tales actividades de un modo profesionalizado.
- B. Interpretación funcional o material de los conceptos de *constructor* y *promotor* y carácter común de los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal en lo que a estas figuras de autoría se refiere.
- Frente a los pronunciamientos partidarios de una interpretación formal o restrictiva de los conceptos de *promotor* y *constructor*, la Audiencia Provincial de Palencia (Sentencias de 17 de Marzo de 1.998 [Rec. Ape. nº 22/1.998; ARP 1.998/1.402], 14 de Abril de 1.998 [Rec. Ape. nº 27/1.998; ARP 1.998/2.048], 13 de Julio de 1.998 [Rec. Ape. nº 54/1.998; ARP 1.998/2.972], 11 de Septiembre de 1.998 [Rec. Ape. nº 140/1.998; ARP 1.998/5.355], 13 de Octubre de 1.998 [Rec. Ape. nº 81/1.998; ARP 1.998/4.169] y 31 de Diciembre de 1.998 [Rec. Ape. nº 104/1.998; ARP 1998/5.626], entre otras; y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sentencia de 11 de Septiembre de 1.998, [Rec. Ape. nº 140/1.998; ARP 1.998/5.355]) se decantaron desde el comienzo en favor de una exégesis funcional o material del precepto, considerando que cualquier ciudadano, -profesional o no; titulado o no- que construyera o promoviera podía incurrir en los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal .
6. Lo que no ha impedido a algunas Audiencias Provinciales mantenerse en defensa de la postura restrictiva rechazada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, ocurre con la Sentencia dictada con fecha 3 de Octubre de 2.006 por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Rec. Ape. nº 69/2006; LA LEY 133093/2006). Por el

II. 1.3. Análisis de las irregularidades urbanísticas criminalizadas en el art. 319 del Código Penal

La introducción en el Código Penal de 1.995 de un Capítulo rubricado «De los Delitos sobre la ordenación del territorio» supuso, -como ya hemos señalado-, la criminalización de una serie de comportamientos urbanísticamente irregulares (esto es, transgresores de la normativa reguladora de la ordenación del territorio).

Sin embargo, el juego de principios de tanta trascendencia en el ámbito de la tipificación penal como el de *última ratio*, mínima intervención o fragmentariedad del Derecho Penal llevó al legislador a reservar al ámbito de lo penalmente relevante de entre todas las transgresiones urbanísticas posibles únicamente aquellas que, -a su entender-, constituían los más graves atentados contra los valores que residen tras la regulación jurídica del suelo. Veamos a continuación qué conductas han sido criminalizadas.

II. 1.3.1. El suelo como objeto material de los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal

El primero de los aspectos en los que nos hemos detenido al abordar el análisis de los denominados «Delitos sobre la ordenación del territorio» ha sido el bien jurídico que, a nuestro entender, se pretende proteger mediante su promulgación. Decíamos entonces que por tal no debe entenderse la normativa urbanística en sí misma o la mera exigencia de su cumplimiento, sino más bien los concretos valores sociales verdaderamente tutelados mediante la regulación legal del modo en que deba ordenarse y aprovecharse el territorio (la calidad de vida, el derecho a una vivienda digna, etc.).

Sin embargo, resulta indiscutible que los diversos atentados que puedan cometerse contra dicho bien jurídico, así concebido, por definición deben plasmarse fenomenológicamente en un acto que materialmente afectará al *suelo* como realidad tangible: sobre él se construirá o edificará incurriendo, en su caso, en los tipos de injusto penalmente definidos; parece razonable, por tanto, identificar ese *suelo*, con las connotaciones jurídicas que al mismo le otorgue la normativa urbanística en vigor, como verdadero *objeto material* afectado por

contrario, han asumido la tesis amplia consolidada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Sevilla, en sus recientes Sentencias de 10 de Mayo de 2.007, Sección 4ª, (Rec. Ape. nº 4979/2006; LA LEY 230833/2007) y 25 de Mayo de 2.007, Sección 1ª, (Rec. Ape. nº 3320/2006; JUR 2008/17768); la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3ª, en su sentencia de 9 de Junio de 2.007 (Rec. Ape. nº 123/2007; LA LEY 190536/2007); la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª, en su sentencia de 14 de Mayo de 2.007 (Rec. Ape. nº 39/2007; LA LEY 130356/2007), la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, en su sentencia de 18 de Junio de 2.007 (Rec. Ape. nº 65/2007; LA LEY 227260/2007), entre muchas otras.

esta clase de delitos.

De acuerdo con ello, el conocimiento de dicho objeto material y, en especial, de esas connotaciones jurídico-urbanísticas a las que hacíamos referencia, se erige en punto de partida imprescindible para comprender hasta dónde se prolonga el ámbito de tutela penal y a partir de qué momento la protección queda exclusivamente en manos del Derecho Administrativo sancionador, lo que nos lleva inexorablemente a abordar la interpretación del artículo 319 del Código Penal tomando como punto de referencia las categorías jurídico-urbanísticas previstas en la normativa ordenadora del suelo.

II. 1.3.1.1. Clasificación urbanística del suelo: regulación en la reciente Ley 8/2.007, de 28 de Mayo, del suelo⁷

Como acaba de exponerse, el Derecho Penal Urbanístico toma como referencia -o al menos así debería ser- las categorías jurídicas establecidas como presupuesto por la normativa extrapenal ordenadora del territorio. En este sentido, el artículo 319 del Código Penal de 1.995 venía manejando en su tipicidad las mismas categorías jurídico-urbanísticas respetadas en la Ley 6/1.998, de 13 de Abril, del Suelo, dictada en el ámbito del Estado⁸.

No obstante, la reciente promulgación y entrada en vigor de la Ley 8/2.007, de 28 de Mayo, del Suelo, a nivel estatal introduce nuevas categorías jurídico-urbanísticas que, a primera vista, pudieran generar ciertas dificultades en la interpretación del artículo 319 del Código Penal. En este sentido, el artículo 12 de la nueva Ley Estatal del 2.007, está destinado a la regulación de las que denomina *situaciones básicas del suelo*, y reza como sigue:

1. *Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta Ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.*
2. *Está en la situación de suelo rural:*
 - a) *En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial*

7. La existencia de múltiples regulaciones del suelo en diversas comunidades autónomas hace inviable abordar aquí la totalidad de tales normas autonómicas y su relación con el precepto penal analizado, de manera que nos hemos decantado por centrarnos en la normativa estatal sin perjuicio de que la integración del artículo 319 del Código Penal pueda y deba realizarse igualmente con las diversas normas autonómicas del suelo.

8. Basta realizar una rápida lectura del artículo 319 del Código Penal para constatar cómo el legislador utiliza en la labor de tipificación las categorías jurídicas tradicionalmente previstas en nuestro ordenamiento jurídico del suelo y, en particular, en los artículos 7 a 10 de la hoy derogada Ley Estatal 6/1.998, de 13 de Abril, y que venía distinguiendo, desde el punto de vista de la clasificación del suelo, entre suelos urbanos, suelos urbanizables y suelos no urbanizables.

y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

- b) *El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.*
3. *Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento...*

A primera vista puede constatar que en la nueva Ley estatal desaparecen formalmente las categorías jurídicas del «suelo urbano», «suelo urbanizable» y «suelo no urbanizable», para sustituirlas por las nuevas categorías jurídicas de «suelo rural» y «suelo urbanizado». No obstante, una lectura comparativa de las definiciones recogidas en el nuevo artículo 12 con las que antaño se recogían en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 6/1.998 hoy derogada, permite constatar la evidente persistencia de la tradicional trilogía de catalogación de suelos bajo los términos de nuevo cuño. Veámoslo en el siguiente cuadro sinóptico (cuadro 1):

Ley 6/1998, de 13 de abril	Ley 8/2007, de 28 de mayo
<p>Suelo Urbano (Art. 8): <i>Tendrán la condición de suelo urbano, a los efectos de esta Ley:</i></p> <p>a) <i>El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística.</i></p> <p>b) <i>Los terrenos que, en ejecución del planeamiento, hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.</i></p>	<p>Suelo Urbanizado (Art. 12.3): <i>Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento....</i></p>
<p>Suelo no urbanizable (Art. 9): <i>Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:</i></p>	<p>Suelo Rural (Art. 12.2 a): <i>Está en la situación de suelo rural:</i></p>
<p>A) De especial protección (Art. 9.1): 1.- <i>Deben incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.</i></p>	<p>A) Art. 12.2 a), inciso primero: <i>En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves...</i></p>
<p>B) De carácter común u ordinario (Art. 9.2): 2.- <i>El planeamiento general considere necesario preservar por los valores a los que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.</i></p>	<p>B) Art. 12.2 a), inciso segundo: <i>...y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.</i></p>
<p>Suelo Urbanizable (Art. 10): <i>El suelo que, a los efectos de esta Ley, no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable, y podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable.</i></p>	<p>C) Art. 12.2 b): <i>Está en la situación de suelo rural: [...] El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.</i></p>

En definitiva -y a la vista del cuadro que acabamos de presentar-, las consecuencias que, a efectos penales, habría tenido la reforma introducida por la Ley 8/2.007, de 28 de Mayo, podrían resumirse en los siguientes términos⁹:

- a) La reforma llevada a cabo a nivel estatal mediante dicha Ley supone una importante revisión terminológica en relación con las clases de suelo tradicionalmente reconocidas en nuestro país:
 - El tradicional *suelo urbano*, definido en el antiguo artículo 8 de la Ley 6/1.998 queda reconducido al actual *suelo urbanizado*, definido en el actual artículo 12.3 de la Ley 8/2.007.
 - Las categorías tradicionales de *suelo no urbanizable* y *suelo urbanizable* quedan agrupadas tras la reforma bajo la situación básica de *suelo rural* previsto en el artículo 12.2 de la Ley 8/2.007, separando ambos grupos entre los apartados a) y b) de dicho precepto penal.
- b) Desde el punto de vista del régimen jurídico-penal aplicable a cada una de las categorías expuestas no se producen cambios relevantes que puedan afectar a la regulación contemplada en el artículo 319 del Código Penal, más allá de la necesidad de reconducir la superada terminología empleada en el artículo 319 del Código Penal a la nueva terminología empleada en la reciente Ley 8/2.007.
- c) La nueva regulación estatal del suelo conserva el carácter residual del tradicional *suelo urbanizable* (hoy *suelo rural* del artículo 12. 2, b) de la Ley 8/2.007) que había implantado en su día la hoy derogada Ley 6/1.998.

II. 1.3.1.2. Calificación urbanística del suelo

Una vez clasificado un determinado suelo en los términos expuestos, el ordenamiento jurídico urbanístico -y en concreto el Real Decreto 2.159/1.978, de 23 de Julio, Regulador del Reglamento de Planeamiento- exige la determinación de los concretos usos y destinos que deba darse a dicho suelo; es lo que suele denominarse *calificación del suelo*.

Es en esta fase de calificación en la que el planeamiento debe determinar los concretos usos a los que deberá estar destinado ese suelo, tales como parques, zonas verdes, jardines públicos, viales, áreas públicas destinadas al ocio cultural o recreativo, equipamientos comunitarios, etc.

9. Como hemos expuesto ya con anterioridad, estas conclusiones resultan sostenibles en aquellos casos en que estemos ante comunidades autónomas que carezcan de su propia Ley del Suelo, debiendo revisarse las mismas en caso contrario y en función de las categorías manejadas en las respectivas leyes autonómicas.

II. 1.3.2. Suelos penalmente tutelados por el artículo 319 del Código Penal

Expuestas ya las principales categorías a tener en consideración para determinar los diversos tipos de suelo existentes en base a la normativa urbanística en vigor, procede a continuación plantearse cuáles son los rasgos que deben concurrir en el concreto suelo afectado para adentrarnos en el ámbito de lo penalmente sancionable, así como respecto de las concretas conductas frente a las que se ofrece dicha protección penal.

A la vista del contenido del artículo 319 del Código Penal, podemos distinguir, desde el punto de vista de la intensidad de tutela, tres tipos de suelos:

- Suelos especialmente tutelados por el Derecho Penal: los que constituyen el objeto material de protección en el comportamiento tipificado en el apartado 1 del artículo 319 del Código Penal.
- Suelos ordinariamente tutelados por el Derecho Penal: los que constituyen el objeto material de protección en el comportamiento tipificado en el apartado 2 del artículo 319 del Código Penal.
- Suelos no tutelados penalmente.

Analicemos el nivel de protección que el Derecho Penal proporciona a cada una de estas tres categorías:

II. 1.3.2.1. Suelos especialmente tutelados por el Derecho Penal (Tipo cualificado previsto en el art. 319.1 del Código Penal)

Señala el artículo 319.1 del Código Penal que:

Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Estamos ante un tipo de injusto cualificado por razón de la especial trascendencia de las concretas clases de suelos que resultan protegidos en el mismo.

II. 1.3.2.1.1. Suelos objeto de especial protección en el artículo 319.1 del Código Penal

Del tenor literal del precepto analizado (art. 319.1 del Código Penal) se deduce con claridad que en el mismo se pretende tutelar únicamente las siguientes clases de suelo:

A. Suelo rural de la categoría prevista en el apartado a) del artículo 13.2° de la Ley 8/2.007 (en la antigua Ley 6/1.998, suelo no urbanizable especialmente protegido) por:

- Ser de dominio público¹⁰.
- Tener administrativamente reconocido un especial valor por motivos:
 - Paisajísticos.
 - Ecológicos.
 - Artísticos.
 - Históricos.
 - Culturales.

B. Suelo urbano, según lo previsto en el artículo 12.3 de la Ley 8/2.007 (en la antigua Ley 6/1.998, suelo urbanizado) calificado para:

- Viales.
- Zonas verdes.

II. 1.3.2.1.2. Conductas frente a las que se ofrece esta especial protección en el artículo 319.1 del Código Penal

Definidos ya con claridad el bien jurídico protegido por los Delitos relativos a la ordenación del territorio y el objeto material sobre el que recaen tales ilícitos penales, solo queda delimitar los concretos comportamientos antiurbanísticos que aparecen tipificados como penalmente relevantes cuando afectan a aquél.

En este sentido, el artículo 319.1 señala que incurrirán en delito: (...) *los promotores, constructores o técnicos directores que en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección lleven a cabo una construcción no autorizada.* Las próximas líneas las dedicaremos a delimitar conceptualmente qué debe entenderse por *llevar a cabo una construcción no autorizada*.

10. Sobre la tutela del dominio público por el artículo 319.1 del Código Penal, véase la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con fecha 17 de Octubre de 2.006.

II. 1.3.2.1.2.1. Concepto jurisprudencial de «construcción» y consumación delictiva

A. Concepto jurisprudencial de «construcción»

El apartado 1 del artículo 319 del Código Penal identifica el núcleo esencial de la conducta típica con la realización de actividades de *construcción*. La Sentencia de 14 de Abril de 1.998, dictada por la Audiencia Provincial de Palencia (Rec. Ape. nº 27/1.998; ARP 1.98/2.048) afirmaba que «construir significa fabricar y hacer un edificio».

Por su parte, la propia Audiencia Provincial de Palencia, en su posterior Sentencia de 10 de Marzo de 1.999 (Rec. Ape. nº 7/1.999; ARP 1.999/1.148), recuerda lo ya afirmado en su Auto de 8 de Mayo de 1.997, en el que ahondando aún más en el concepto estudiado, señalaba que *por tal debe considerarse cualquier acto que suponga una transformación material sustancial de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, y que en ningún momento debe entenderse que la acción de construir suponga solamente la realización de la estructura*.

Por último, la Sentencia de 18 de Marzo de 1.999, dictada por la Audiencia Provincial del Almería (Rec. Ape. nº 32/1.999; ARP 1.999/1.619) completa estos pronunciamientos afirmando que *el legislador, al referirse a construcción se refiere a una obra o construcción de nueva planta o de entidad suficiente para atentar contra aquella protección especial del territorio donde se asienta, pero en modo alguno lo será una modificación mínima de un edificio construido con anterioridad...*

Como no podía ser de otra manera, la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial al caso concreto, unida a la inexistencia de un trámite de recurso contra las Sentencias dictadas por la diversas Audiencias Provinciales que permita unificar criterios al respecto, nos traslada a una casuística variada y diversa.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 10 de Marzo de 1.999, dictada por la Audiencia Provincial del Palencia, a la que ya hemos hecho reiteradas referencias, considera inaplicable el precepto a quien *coloca un marco o una puerta donde antes no existía, ni tampoco una chimenea, o, por mejor decir, la salida de una chimenea interior, puesto que, por sí, tales actos no dañan el espacio que es objeto de protección, sino que su implantación en todo caso viene a adecentar u ornamentar lo ya edificado, pero no alterarlo de forma significativa y con perjuicio del bien jurídico objeto de protección*.

Por su parte, la también citada Sentencia de 18 de Marzo de 1.999, dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Rec. Ape. nº 32/1.999; ARP 1.999/1.619) rechazó, por motivos semejantes la tipicidad del comportamiento realizado por quien *eleva dos paredes de obra en su terraza que le permitieron techar la misma; demoliendo posteriormente en dicho lugar una habitación que luego reconstruyó con nueva obra; y así mismos elevó la fachada con dos hileras de ladrillos*.

B. La consumación delictiva en el artículo 319.1 del Código Penal

Otro de los aspectos que presenta interés desde el punto de vista del análisis de la conducta nuclear tipificada hace referencia al momento de la *consumación* del comportamiento delictivo descrito en el apartado 1 del artículo 319.

Aun cuando la cuestión ha sido planteada en relación con conductas edificatorias iniciadas con anterioridad al 24 de Mayo de 1.996 (fecha en la que el Código Penal de 1.995 entró en vigor) y prolongadas de algún modo hasta fechas posteriores, la trascendencia de la correcta determinación del momento consumativo del delito a los efectos de determinar el comienzo del cómputo de la prescripción de responsabilidades penales, o el juego de las formas imperfectas de ejecución en esta clase de delitos, hace que aún a fecha de hoy persista el interés práctico de la materia.

En relación con este punto, ya la Sentencia de 17 de Marzo de 1.998, dictada por la Audiencia Provincial de Palencia (Rec. Ape. nº 22/1.998; ARP 1.998/1.402), se pronunciaba al respecto en los siguientes términos¹¹:

El delito que nos ocupa no es de los llamados instantáneos, sino de los permanentes o de tracto continuo, de tal suerte que no tiene un concreto momento consumativo, ocurrido el cual el delito cesa, sino un período de consumación que se extiende durante todo el tiempo que continúen realizándose los actos constitutivos del delito; [...] Iniciada la obra ilegal, el delito queda ya consumado, pero la continuidad en la ejecución de la obra no pertenece a la fase posterior a la consumación o de agotamiento del delito, sino que sigue perteneciendo a la fase consumativa del mismo, por seguirse realizando los elementos constitutivos del tipo penal. En los delitos permanentes, como el que nos ocupa, en que la situación antijurídica se mantiene por voluntad del actor, tanto la doctrina como la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 1.984, 24 de Noviembre de 1.987 y 20 de Enero de 1.986), coinciden en afirmar la existencia de un período consumativo que se inicia con la realización de los elementos constitutivos del delito, que se prolonga en tanto dura aquella situación, y que termina con la cesación de la permanencia, hasta cuyo momento el delito es actual.

Posteriormente, esta misma tesis ha sido asumida por la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de Noviembre 2.006. De conformidad con ello, el delito sólo podrá considerarse consumado a partir del momento en que la edificación -interpretada en el sentido antes expuesto- haya sido plenamente finalizada¹².

11. En términos semejantes se pronunciaba igualmente la ya citada Sentencia de 14 de Abril de 1.998 dictada por la misma Audiencia Provincial de Palencia.

12. En esta misma línea se habían venido pronunciando ya diversas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), en su Sentencia de 30 de Enero de 2.006 (Rec. Ape. nº 33/2005; LA LEY 12256/2006).

II. 1.3.2.1.2.2. Concepto de construcción «no autorizada»

El tipo de injusto previsto en el apartado 1 de dicho precepto considera suficiente que la actividad constructiva sea *no autorizada*.

El otorgamiento de la correspondiente licencia, mediante la cumplimentación de la totalidad de los trámites, informes y autorizaciones previas que, en su caso fueran pertinentes, constituye el instrumento jurídico previsto en la normativa urbanística para la autorización de la actividad edificatoria, de manera que, con carácter general, podemos afirmar que quien actúa habiendo obtenido la preceptiva licencia se encuentra *autorizado* para llevar a cabo las labores edificatorias y, por el contrario, quien edifica sin haberla obtenido estará realizando edificaciones *no autorizadas*.

II. 1.3.2.2. Suelos tutelados por el artículo 319.2 del Código Penal: «realización de una edificación no autorizable en suelo no urbanizable» no incluido en el apartado 1 del artículo 319 del Código Penal

De conformidad con lo establecido en el artículo 319.2 del Código Penal:

Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

Estamos ante el tipo básico o residual, destinado a tipificar las conductas antiurbanísticas de menor relevancia penal.

II. 1.3.2.2.1. Suelos protegidos en el artículo 319.2 del Código Penal: concepto de «suelo no urbanizable»

Frente a la tutela de los suelos especialmente valiosos desde la perspectiva urbanística, prevista en el apartado 1 del artículo 319, la aplicación de este párrafo 2 del mismo artículo queda reservada únicamente a los atentados contra *suelo no urbanizable*.

Estamos ante un concepto normativo que sólo puede interpretarse mediante la correspondiente remisión a los preceptos urbanísticos reguladores de las categorías jurídicas del suelo. Así las cosas, tras la promulgación y entrada en vigor de la Ley 8/2.007, habremos de interpretar tal expresión por remisión al apartado a) del artículo 12.2 de dicha Ley (*suelo rural de especial protección*).

Por lo demás, deberá tenerse presente que la figura delictiva tipificada en el art. 319.1 del Código Penal ofrece una protección cualificada a determinadas clases de suelo también enumeradas en el artículo 12.2.a) de la Ley 8/2.007, lo que nos

lleva a resaltar que sólo será de aplicación el delito previsto en el apartado 2 del art. 319 del Código Penal en aquellos casos en que no nos encontremos ante suelos rurales tipificados (y, por ende, cualificadamente protegidos) en el apartado 1 de ese mismo artículo 319. Estamos, por ende, ante un tipo de injusto no solo básico, sino también residual en relación con el previsto en el apartado 1 del propio artículo 319 del Código Penal.

II. 1.3.2.2.2. Conductas frente a las que se ofrece protección penal en el artículo 319.2 del Código Penal «llevar a cabo una edificación no autorizable»

De conformidad con el tenor literal del apartado 2 del artículo 319 del Código Penal, incurrirán en Delito relativo a la ordenación del territorio los *promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable*.

II. 1.3.2.2.2.1. Concepto jurisprudencial de «llevar a cabo una edificación»

Al igual que ocurría con la «construcción» mencionada en el apartado 1 del artículo 319, la interpretación de la «edificación» a la que se hace referencia en el apartado 2 del mismo precepto penal ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales.

Como afirma la Sentencia de 14 de Abril de 1.998 dictada por la Audiencia Provincial de Palencia (Rec. Ape. nº 27/1.998; ARP 1.998/2.048) *edificar significa fabricar y hacer un edificio, entendiéndose por tal toda obra o fábrica construida para habitación, vivienda o para otros usos análogos* (en términos parecidos, ver también las Sentencias de 15 de Junio de 1.999; Rec. Ape. nº 277/1.999; ARP 1.999/1.595; y de 11 de Mayo de 1.999, Rec. Ape. nº 269/1.998; ARP 1.999/1.203, dictadas ambas por la Audiencia Provincial de Zaragoza).

A pesar de la aparente claridad de la expresión que ahora analizamos, una vez más su aplicación a la casuística diaria ha provocado un importante número de pronunciamientos que no siempre resultan todo lo uniformes que *a priori* sería deseable. De entre tales pronunciamientos al menos hay dos cuestiones que suscitan un especial interés:

A. Distinción entre «actos de edificación» y «actos tendentes al aseguramiento de lo edificado»

El Recurso de Apelación tramitado con el nº 1.051/1.998 ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz llevó a ésta a pronunciarse acerca de si *los actos consistentes en poner rejillas y puertas en una construcción ya realizada y enfoscar el exterior se puede considerar como llevar a cabo una edificación a los efectos del artículo 319.2 del Código Penal*.

Dicha Audiencia Provincial dictó al respecto Sentencia de 22 de Diciembre de 1.998 (ARP 1.998/5.831), pronunciándose en sentido negativo en relación con la cuestión planteada, afirmando que tales actos no pueden ser considerados como acto de edificación sino, más bien, como la adopción de las medidas encaminadas a *asegurar lo construido toda vez que si no se toman tales medidas lo ya edificado puede ser ocupado por terceros no autorizados y evitar el deterioro de la fachada ya construida*.

De este modo, la referida Sentencia profundiza aún más en el concepto de «edificación», recordando que éste «ha de ser interpretado como la realización de una estructura y las operaciones necesarias para que sirva al fin que le es propio», quedando, por tanto, excluidos los actos de mera protección o tutela de lo ya edificado frente a deterioros o respecto de la acción de terceros.

Se introduce así la distinción entre el acto propio de «edificar» (penalmente relevante si concurren el resto de los requisitos del tipo) y aquellos actos destinados únicamente a «asegurar lo construido», penalmente irrelevantes.

Por su parte, la Sentencia de 14 de Abril de 1.998, dictada por la Audiencia Provincial de Palencia (Rec. Ape. nº 27/1.998; ARP 1.998/2.048) se planteó hasta qué punto la *colocación de ventanas* debe ser considerada como acto de edificación.

Insistiendo en la línea interpretativa anterior, señaló que *edificar [...] no es solamente la realización de la estructura, sino que comprende aquellas operaciones necesarias para que el edificio u obra construido sirva para el fin que le es propio, de tal suerte que, en tanto que sea necesario acometer o ejecutar obras sin las cuales el edificio no podría ser utilizado para el fin a que está destinado, debe entenderse que se está construyendo o edificando, y resultando que la colocación de las ventanas parece imprescindible para el uso de la construcción litigiosa, máxime en un territorio como el que se asienta la localidad de Orijota, de climatología de dureza apreciable, debe de concluirse que tal hecho es un acto que debe considerarse como de construcción*.

B. Consumación del delito previsto en el artículo 319.2 del Código Penal

Al igual que sucedía en relación con la interpretación del apartado 1 del artículo 319, el apartado 2 del mismo precepto plantea el problema relativo a la determinación del momento consumativo del delito.

La solución en este caso será idéntica a la expuesta en relación con el apartado 1. Seguimos estando ante un delito de tracto sucesivo que se encuentra consumado desde el momento de comenzarse las labores edificatorias (no caben formas imperfectas de ejecución), pero en el que su consumación se prolonga durante todo el tiempo de la duración de tales actividades y hasta el momento en que se entiendan finalizadas.

II. 1.3.2.2.2. Concepto jurisprudencial de edificación «no autorizable»

A. Edificación «no autorizada» y edificación «no autorizable»: la legalización administrativa de la situación urbanística

De conformidad con la dicción literal del precepto que analizamos, para incurrir en delito relativo a la ordenación del territorio la edificación deberá ser *no autorizable*. Como recuerda la Sentencia de 6 de Mayo de 1.999, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Rec. Ape. nº 29/1.999; ARP 1.999/2.063):

Tal expresión que utiliza el legislador en el tipo que nos ocupa no está exenta de dificultades de interpretación y, según la doctrina, se puede entender por autorizable o bien lo que en principio no está autorizado o permitido, pero posteriormente, y por determinadas circunstancias, se autoriza o permite; o, por no autorizable hemos de entender lo que no solo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión, dado además el carácter fragmentario del Derecho Penal y el principio de intervención mínima que lo informa, a aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas, que ni siquiera quepa la posibilidad de posterior subsanación, autorización o convalidación.

Como exponíamos al analizar el contenido del apartado 1 del artículo 319, por construcción o edificación *autorizada* deberá entenderse, en principio, aquella que haya sido llevada a cabo previa obtención de la preceptiva licencia administrativa.

Sin embargo, la mera edificación *no autorizada* no es suficiente para poder aplicar el artículo 319.2 del Código Penal; será necesario, además, que, a la vista de la planificación urbanística en vigor, la actividad edificatoria realizada *no hubiera podido ser autorizada* aun cuando la licencia hubiera sido solicitada en tiempo y forma (*edificación no autorizable*).

En este sentido, debemos recordar ahora que, de conformidad con el ordenamiento jurídico urbanístico, en determinadas ocasiones las edificaciones iniciadas -o, incluso totalmente terminadas- sin haber solicitado la preceptiva licencia -edificaciones que, por ende, resultan urbanísticamente ilícitas *a priori*- pueden resultar *legalizadas a posteriori* a través de determinados procedimientos administrativamente regulados.

De acuerdo con ello, puede afirmarse que las edificaciones realizadas sin la preceptiva licencia, pero no contrarias a la planificación urbanística en vigor, resultan *autorizables* mediante su *legalización a posteriori* y -por ende- quedarían excluidas del ámbito de lo punible en virtud del elemento típico que ahora analizamos.

Dicha tesis ha sido avalada prácticamente de manera unánime por las diversas Audiencias Provinciales que se han pronunciado sobre este punto, entre las que

podemos enumerar, por ejemplo, las Sentencias de 11 de Mayo de 1.999 (Rec. Ape nº 269/1.999; ARP 1.999/1.203) y 15 de Junio de 1.999 (Rec. Ape nº 241/1.999; ARP 1.999/1.595), dictadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza; la Sentencia de 18 de Marzo de 1.999, dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Rec. Ape. nº 32/1.999; ARP 1.999/1.619) y sentencias de 25 de Mayo de 2.007 (Rec. Ape. nº 3320/2006; JUR 2008|17768) y 10 de Mayo de 2.007 (Rec. Ape. nº 4979/2006; LA LEY 230833/2007), de la Audiencia Provincial de Sevilla.

B. Las denominadas «situaciones urbanísticas ilícitas consolidadas»

Más problemática resulta, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, la cuestión suscitada por las denominadas *situaciones urbanísticas ilícitas consolidadas*. Con dicha expresión nos referimos a determinadas urbanizaciones, de facto consolidadas por el transcurso del tiempo, pero que, de conformidad con el planeamiento urbanístico en vigor resultan claramente ilegales y, a la vista de su incompatibilidad con aquel planeamiento, *a priori* se presentan como *no autorizables*.

La experiencia de quienes a diario se relacionan con la práctica de la gestión urbanística nos lleva a reconocer que, de hecho, en esta clase de supuestos no resulta infrecuente la modificación del planeamiento en vigor a fin de *regularizar* situaciones de ilicitud urbanística generalizada adaptando la realidad normativa a la realidad fáctica.

En relación con ello, se ha planteado en ocasiones cuál debe ser la reacción del Derecho Penal en aquellos supuestos en los que se ha procedido a edificar en uno de esos núcleos urbanísticos consolidados cuando aún resultaban ilegales por contrarios al planeamiento urbanístico, habiéndose iniciado con posterioridad la correspondiente modificación de dicho planeamiento con intención de *regularizar* la situación desde un punto de vista urbanístico, reconociendo como suelo urbanizable o urbanizado lo que hasta entonces no lo era.

En relación con este punto, resultan de especial interés dos pronunciamientos realizados por la Audiencia Provincial de Palencia en los que se decanta en favor de la irrelevancia penal de esta clase de supuestos de hecho.

Así, en sus Sentencias de 13 de Julio de 1.998 (Rec. Ape. nº 54/1.998; ARP 1.998/2.972) y 13 de Octubre de 1.998 (Rec. Ape. nº 81/1.998; ARP 1.998/4.169), la referida Sala defendía dicha postura en los siguientes términos:

Nos encontramos en la actualidad ante una urbanización consolidada, ciertamente ilegal en cuanto ejecutada sin autorización en suelo no urbanizable, más en trámites de autorización porque, según consta en autos, por el Ayuntamiento de Grijota se ha iniciado la modificación de las normas subsidiarias y el Plan Parcial, para que las construcciones y edificaciones existentes sean legalizadas y autorizadas, previo cumplimiento por cada uno de los propietarios de sus obligaciones urbanísticas, sin perjuicio de reservarse la potestad de incoar expedientes disciplinarios

sancionadores contra los propietarios que han concluido sin esperar a la legalización total de la urbanización; parece, pues, que la edificación o construcción llevada a cabo por el acusado, sí va a ser autorizada; por tanto, en la actualidad es autorizable, e incluso que el terreno que ocupa va a ser obtenido a posteriori de la conclusión de la construcción, más ello no lleva a esta Sala a compartir la tesis del Ministerio Fiscal de que la concurrencia de los elementos del tipo hayan de referirse al momento de la construcción, porque tal tesis puede llevar al absurdo de que se condene por delito sobre la ordenación del territorio a quien ha obtenido la preceptiva autorización, e incluso ha construido en terreno que, aunque a posteriori, ha sido calificado de urbano, razón por la que la expresión no autorizable debe interpretarse en el restrictivo sentido antes expuesto.

Sin perjuicio de compartir, desde una perspectiva teleológica, la conclusión absoluta alcanzada en tales sentencias para el supuesto de hecho planteado, la realidad es que, desde un análisis puramente técnico-jurídico, los argumentos esgrimidos para sostener dicha conclusión requieren, a nuestro entender, cuando menos una matización.

En este sentido, no debemos olvidar que el precepto exige el carácter *no autorizable* (esto es, excluido del otorgamiento de la preceptiva licencia) de la edificación realizada, y que la propia admisión de tal concepto nos obliga a tomar como punto de referencia una determinada y concreta planificación urbanística plasmada en la normativa en vigor a la fecha de la actividad edificatoria.

De este modo, si admitiéramos que la modificación de dicho planeamiento constituye un instrumento general de *legalización* de edificaciones, habríamos de concluir que, por definición, toda edificación sería, cuando menos potencialmente, legalizable y, por ende, toda construcción ostentaría la condición de *autorizable*, en la medida en que la modificación de la clasificación del suelo constituye una facultad que las administraciones urbanísticamente competentes pueden ejercer en cualquier momento; desde esta perspectiva, todas serían, por tanto, edificaciones *autorizables* quedando así vacío de contenido el precepto penal analizado.

La cuestión no es, por tanto, un problema que haga referencia al carácter *autorizable* o *no autorizable de toda edificación en general* (posición que -como hemos dicho- vaciaría de contenido el precepto analizado), sino que más bien afecta a la construcción de los tipos penales en blanco y la integración que en los mismos se hace de la normativa extrapenal, construcción que, al confluir con el juego del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, permite apreciar en cada modificación del planeamiento urbanístico una alteración del tipo objetivo del delito *para las concretas edificaciones afectadas por la alteración del planeamiento*.

No es que *todas* las edificaciones realizadas resulten potencialmente legalizables (y, por ende, autorizables) desde el mismo momento de su comisión a la vista de la facultad de modificación del planeamiento urbanístico en vigor legalmente

reconocido a la Administración, sino que la alteración de este último supone una modificación del tipo penal objetivo que, por ofrecer un mejor tratamiento a *aquellas concretas edificaciones sometidas al planeamiento modificado*, originariamente no autorizables, deberá resultar aplicado con carácter retroactivo a esas concretas edificaciones que, a partir de ese momento, resultarán acordes al planeamiento.

II. 1.3.2.3. Suelos no tutelados penalmente

Definidos hasta aquí los suelos que resultan ser objeto material protegido por los apartados 1 y 2 del artículo 319, inevitablemente habremos de concluir que aquellos comportamientos antiurbanísticos que afecten a los restantes tipos de suelo quedarán necesariamente excluidos del ámbito de lo punible.

II. 1.3.3. Tipo subjetivo de injusto y carácter necesariamente doloso de los atentados contra la ordenación del territorio tipificados en el artículo 319 del Código Penal: juego del error de tipo en la doctrina jurisprudencial

Hasta el momento hemos venido enumerando y analizando las diversas polémicas e interpretaciones suscitadas en relación con los elementos objetivos de los tipos de injusto previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 319 del Código Penal de 1.995. Procede, por tanto, para terminar con tal precepto, detenerse brevemente a analizar el tipo subjetivo de tales injustos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Código Penal de 1.995: *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*. Por su parte, el artículo 5 del mismo cuerpo punitivo señala que: *No hay pena sin dolo o imprudencia*. Por último, el artículo 12 del Código sancionatorio sentencia que: *Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*. Queda así patente el insoslayable respeto que la aplicación de la normativa criminal debe profesar al esencial *principio de culpabilidad*.

Trasladando lo establecido en los preceptos citados al ámbito de los «Delitos sobre la ordenación del territorio», parece evidente que, para poder apreciar la comisión de alguna de las conductas tipificadas en el artículo 319 del Código Penal resultará imprescindible que el sujeto actuante lleve a cabo su comportamiento queriendo y conociendo la realización de todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo de injusto (dolo), resultando en todo caso penalmente impune la *comisión imprudente* al no preverse expresamente su punición en el referido precepto¹³.

13. Ver al respecto la Sentencia de 15 de Junio de 1.999 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Rec. Ape. nº 241/1.999; ARP 1.999/1.595) ó de 11 de Septiembre de 1.998 de la Audiencia Provincial de Cádiz (Rec. Ape. nº 140/1.998; ARP 1.998/5.355).

Lo que sí se ha admitido en diversas ocasiones es la comisibilidad de estas conductas a título de *dolo eventual*. Como apuntaba la Sentencia dictada el 27 de Febrero de 2.007 por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª)¹⁴, «en definitiva, si se sostiene que nada se sabía por el constructor sobre las condiciones urbanísticas del suelo (a efectos de postular el error de tipo ex art. 14 del Código Penal), con independencia de lo improbable que resulta que desde los naturales interrogantes que asaltarían a un profesional y que éste no se hubiera informado nada sobre las condiciones de una obra neta y notoriamente irregular, lo que parece claro es que se trataría de un desconocer voluntario, y por lo tanto no aceptable. Un “pase lo que pase, actúo” que definía clásicamente el dolo eventual».

Por otra parte, especial interés tienen, desde el punto de vista de los elementos subjetivos, los diversos pronunciamientos que la Audiencia Provincial de Zaragoza ha ido realizando en relación con el juego que el error de tipo puede dar en esta clase de ilícitos penales. En concreto, en su Sentencia de 11 de Mayo de 1.999 (Rec. Ape. nº 269/1.999; ARP 1.999/1.203), dedicaba dicha Audiencia todo un Fundamento Jurídico (el Segundo) a este extremo en los siguientes términos¹⁵:

El empleo de conceptos normativos en la conducta típica posibilita la alegación de la situación de error de tipo que tanto en su versión vencible como invencible, de conformidad con el artículo 14.1 del Código Penal y ante la impunidad de la imprudencia excluirá la responsabilidad criminal. El error puede versar sobre cualquier circunstancia de las requeridas por el precepto, a saber, que la edificación es autorizable cuando no lo es, o que el suelo es urbanizable. El sujeto activo debe saber lo que quiere y querer hacerlo, es decir, debe saber que la edificación en suelo no urbanizable no es susceptible de autorización y sin embargo querer realizarla. Por consiguiente, puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo (edificación no autorizable en suelo no urbanizable) y en el error de tipo éste excluye el dolo, y sin éste no hay culpabilidad (artículo 10 del Código Penal) ni, consecuentemente, punibilidad (art. 5 del Código Penal), al no estar expresamente castigada en el tipo la comisión imprudente (art. 12 del Código Penal).

La concurrencia del error siempre es resultado de una valoración del Juzgador, según dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero

14. Rec. Ape. nº 393/2006; LA LEY 104459/2007.

15. En estos mismo términos se pronuncia también la propia Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 25 de Enero de 1.999 (Rec. Ape. nº 220/1.998; ARP 1.999/8). Por su parte, la Sentencia dictada el 28 de Mayo de 2.007, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga (Rec. Ape. nº 127/2007; LA LEY 190511/2007), considera concurrente un error de tipo invencible, derivando de ello la libre absolución del acusado.

de 1.984 "tras el estudio de todas las circunstancias concurrentes en el caso... (teniendo en cuenta la condición) de cualquier persona media y perteneciente al entorno socio cultural de los protagonistas del hecho" Todo ello ha de resultar de los elementos de prueba que pongan de relieve las circunstancias concurrentes.

Respecto a los profesionales (arquitectos, ingenieros, etc.) la operatividad del eventual error o su invencibilidad es distinta que respecto de los particulares. Así, para el técnico-director o el constructor o promotor profesional no es admisible el error, y mucho menos que sea invencible. En cambio respecto al propietario que no sea profesionalmente promotor y en relación al suelo no urbanizable es posible que actúe mediando el error e incluso que sea invencible. La determinación en cada caso es tarea de los Tribunales.

En conclusión, -y tomando como referencia la línea jurisprudencial marcada por las sentencias citadas- podemos afirmar, en relación con el error de tipo en los delitos relativos a la ordenación del territorio tipificados en el artículo 319 del Código Penal, que:

- a) Los delitos relativos a la ordenación del territorio, tipificados en el artículo 319 del Código Penal sólo pueden cometerse en modalidad dolosa, resultando impune cualquier actuación por imprudencia, aunque en algunas ocasiones ello no ha impedido la condena por comisión en modalidad de dolo eventual.
- b) La construcción de estos delitos como leyes penales en blanco supone la integración del ordenamiento jurídico urbanístico en los respectivos tipos objetivos de injusto.
- c) De acuerdo con ello, el dolo (conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos típicos) en los delitos contra la ordenación del territorio tipificados en el artículo 319 del Código Penal debe abarcar también la normativa urbanística integrada en el tipo objetivo de cada delito.
- d) El desconocimiento o la errónea interpretación, vencible o invencible, de los elementos normativos extrapenales (esto es, urbanísticos) integrados en el respectivo delito tendrá la consideración del error de tipo.
- e) Dada la irrelevancia penal de la modalidad imprudente en esta clase de ilícitos penales, la acreditación de la actuación bajo los efectos del error de tipo producirá la atipicidad penal de la conducta realizada, tanto si la ausencia de dolo se produce en modalidad invencible (el sujeto, en sus concretas circunstancias personales, no se encontraba en condiciones de superar su error), como si lo es en modalidad

vencible (actuó bajo error, pero en sus concretas circunstancias estaba en condiciones de haber superado tal estado si hubiera puesto la diligencia que le resultaba exigible).

- f) La determinación de la concurrencia o la ausencia del error de tipo constituye una conclusión que queda en manos del órgano juzgador, que a tal efecto deberá valorar, de acuerdo con la sana crítica, las concretas características del sujeto actuante, así como las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon su comportamiento.
- g) La condición de profesional de la promoción, la construcción o la dirección técnica se muestra *a priori* difícilmente compatible con la apreciación del error de tipo, dados los especiales conocimientos urbanísticos que tal condición proporciona al sujeto activo del comportamiento delictivo.

II. 2. Delitos específicos de prevaricación urbanística (art. 320)

Junto a las figuras delictivas tipificadas en el artículo 319 del Código Penal, destinadas a la persecución de los comportamientos antiurbanísticos de mayor gravedad protagonizados por promotores, constructores o técnicos directores, el artículo 320 regula determinadas figuras delictivas protagonizadas por autoridades o funcionarios públicos con competencias en materia urbanística.

II. 2.1. Tenor literal del artículo 320 del Código Penal

De conformidad con lo previsto en el artículo 320 del Código Penal:

Art. 320.1: La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

II. 2.2. Carácter pluriofensivo de los delitos tipificados en el artículo 320 del Código Penal

Al comienzo de nuestra intervención hemos meditado brevemente sobre lo que debe entenderse como bien jurídico común a todos los delitos relativos a

la ordenación del territorio. Sin embargo, al abordar el análisis del artículo 320 del Código Penal, debemos comenzar apuntando el carácter manifiestamente pluriofensivo que lo caracteriza.

En este sentido, si bien es cierto que los habitualmente conocidos como *delitos específicos de prevaricación urbanística* tienen como bien jurídico primario la *protección o tutela de los valores urbanísticos esenciales* -tal y como han sido definidos con anterioridad-, no lo es menos que de manera simultánea el Código Penal incluye en el artículo 320 el atentado que las conductas en él tipificadas implican *contra la Administración Pública*, bien jurídico tradicionalmente tutelado por figuras delictivas de prevaricación común¹⁶.

II .2.3. Carácter especial de los delitos de prevaricación urbanística tipificados en el artículo 320 del Código Penal: concepto penal de «autoridad» y «funcionario público»

Otro de los rasgos característicos y comunes a las dos figuras delictivas que aparecen tipificadas en el artículo 320 del Código Penal reside en su *carácter de delito especial*. Del tenor literal del precepto se deduce con claridad la necesidad de ostentar la condición de *autoridad o funcionario público* para poder incurrir en cualquiera de los delitos tipificados en el mismo.

Por lo demás, debemos tener presente que la expresión *autoridad o funcionario público* constituye un concepto normativo que aparece específicamente definido, a efectos de punición criminal, en el artículo 24 del Código Penal de 1.995 en los siguientes términos:

Art. 24.1: A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también Autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

16. En este sentido, véase, entre otras, la Sentencia de 31 de Octubre de 2.003, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así como la Sentencia de 25 de Julio de 2.006, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga (Fundamento Jurídico Segundo); Rec. Ape. nº 30/2006, LA LEY 211223/2006.

II. 2.4. Análisis de los concretos tipos de prevaricación urbanística

II. 2.4.1. «La injusticia urbanística» de la actuación como elemento común a los tipos de injusto previstos en el artículo 320 del Código Penal: delimitación del ámbito de tutela penal

La lectura de los apartados 1 y 2 del artículo 320 del Código Penal deja patente que -como viene siendo ya tradicional en relación con las figuras delictivas de prevaricación- ambos tipos de injusto tienen en común lo que en técnica jurídico-penal viene calificándose como actuación *injusta*.

En este sentido, tanto en el tipo de injusto enunciado en el apartado primero, como en la figura delictiva formulada en el segundo se exige que la autoridad o funcionario público haya actuado *a sabiendas de su injusticia*, exigiéndose, además, que en ambos casos se avale o participe en la aprobación de proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

La jurisprudencia tradicional ha sido clara a la hora de interpretar este requisito en relación con las figuras genéricas de prevaricación. Así, el Tribunal Supremo señaló en su Sentencia de 28 de Octubre de 1.993:

Por resolución injusta entiende la doctrina una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los ciudadanos, que está en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo, de manera especial con la legalidad administrativa (tanto sustantiva como procesal), que implique un incorrecto ejercicio de la función pública y que se desenvuelva dentro del ámbito administrativo, en cuanto, -según nuestra Constitución-, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1º C.E.). La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que únicamente puede ser reputada injusta la resolución que sea manifiestamente contraria a lo que requieran las normas aplicables y siempre que no pueda atribuirse al acto una interpretación jurídica razonable (S. de 10 de Noviembre de 1.989). En cualquier caso, para que pueda estimarse cometido este delito, es preciso que no exista duda razonable acerca de que la resolución sea manifiestamente injusta, pues, en otro caso, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en vía distinta de la penal.

De acuerdo con ello, parece evidente que nos encontramos ante un tipo penal en blanco que debe ser integrado con los preceptos jurídicos reguladores de la actividad que motiva la emisión de la resolución administrativa (en este

caso, la normativa urbanística). Será precisamente la transgresión frontal y manifiesta de dichos preceptos a la hora de informar o votar la concesión de la correspondiente licencia la que permitirá detectar el carácter injusto del comportamiento realizado.

Por lo demás, en relación con este punto, parece haber quedado superada en la actualidad una primera línea jurisprudencial marcada por algunas Audiencias Provinciales en los primeros pronunciamientos relacionados con el artículo 320 del Código Penal, que venía defendiendo la aplicabilidad de dicha figura de prevaricación específica exclusivamente a la elaboración de informes favorables o el otorgamiento del voto favorable (según la modalidad delictiva de la que estemos hablando) en favor de la concesión de una licencia de construcción en suelos no urbanizables o destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección (es decir, que afectasen a suelos protegidos en el artículo 319 del Código Penal)¹⁷.

Como apunta la reciente Sentencia de 25 de Julio de 2.006, dictada por la propia Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª, (Rec. Ape. nº 30/2.006; LA LEY 211223/2006):

El delito urbanístico que castiga el art. 319 viene referido a diferente sujeto activo y la acción también es diferente. Se castiga al promotor o constructor que construya y edifique sobre viales [...] El art. 320 del Código Penal, lo que realmente castiga es que se otorguen licencias que, a sabiendas de su injusticia, sean contrarias a las normas urbanísticas. Es decir, no es preciso que se trate de un suelo especialmente protegido, no se exige ese plus, ha de ser simplemente contraria a la legalidad vigente en los términos que anteriormente hemos expuesto y no solamente contraria a las normas de planeamiento general de ordenación urbana, sino cualesquiera otras normas urbanísticas, y que por su ilegalidad e injusticia sea de entidad como para ser susceptible de reproche penal.

II. 2.4.2. Conductas tipificadas en el artículo 320 del Código Penal

Dos son las modalidades comisivas que aparecen tipificadas como constitutivas de delito de prevaricación urbanística en el artículo 320 del Código Penal:

17. En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Sentencia de 31 de Marzo de 2.000, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Rec. Ape. nº 248/1.999), por entender que la tipicidad de las actuaciones administrativas descritas en el artículo 320 del Código Penal quedan necesariamente restringidas a aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la licencia de construcción concedida, se haya afectado a alguno de los suelos tutelados en el artículo 319 del Código Penal.

- a) Informar favorablemente proyectos de edificación o concesiones de licencias urbanísticamente injustas (art. 320.1).
- b) Resolver o votar, por sí mismo o como órgano colegiado, a favor de la concesión de dichas licencias (art. 320.2).

II. 2.4.3. Elementos subjetivos del tipo: el sujeto activo debe actuar «a sabiendas de su injusticia»

La exigencia de este elemento subjetivo específico aparecía ya, tanto en los delitos de prevaricación general, previstos en el artículo 358 del hoy derogado Código Penal de 1973, como en el vigente artículo 404 del Código Penal de 1.995 que le ha sucedido.

Tradicionalmente, dicha expresión resultó ya convenientemente interpretada por la jurisprudencia, interpretación que será, pues, trasladable al Código Penal actualmente en vigor, tanto a los efectos del delito de prevaricación general, tipificado en el artículo 404, como en lo referente a la prevaricación urbanística que ahora nos ocupa. Así, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 1.993, afirmaba que:

Obrar a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta [...] entraña una forma de dolo reforzado o reduplicado que se viene entendiendo en el sentido de que el sujeto activo ha de tener una clara consciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución (SS. de 30 de Diciembre de 1.972, 5 de Junio de 1.989 y 25 de Mayo y 26 de Junio de 1.992).

En cualquier caso, el tenor literal del artículo 12 del vigente Código Penal resulta más que suficiente para mantener la clara irrelevancia penal de los comportamientos tipificados en el artículo 320 del texto punitivo en aquellos casos en que se incurra en ellos mediando imprudencia, en la medida en que el referido precepto en modo alguno menciona la posibilidad de sancionar penalmente dicha modalidad comisiva.

III. Consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de los delitos previstos en los artículos 319 y 320 del Código Penal

III. 1. Penas imponibles

De acuerdo con lo establecido en el artículo 319 del Código Penal, las penas imponibles al autor de los comportamientos delictivos tipificados en dicho precepto serán las siguientes (Cuadro 2):

Clase de tipo		Precepto	Conducta tipificada	Penas atribuidas
Promotores, constructores o técnicos directores	Tipo básico	Art. 319.2	Edificación no autorizable en suelo no urbanizable.	Prisión de 6 meses a 2 años. Multa de 12 a 24 meses. Inhabilitación especial para profesión u oficio de 6 meses a 3 años.
	Tipo cualificado	Art. 319.1	Construcción no autorizada en suelos dotados de especial valor.	Prisión de 6 meses a 3 años. Multa de 12 a 24 meses. Inhabilitación especial para profesión u oficio de 6 meses a 3 años.
Autoridades o funcionarios públicos		Art. 320.1	Informar favorablemente proyectos de edificación o concesiones de licencias urbanísticamente injustas.	Prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses. Inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años (pena del art. 404 del Código Penal).
		Art. 320.2	Resolver o votar, por sí mismo o como órgano colegiado, a favor de la concesión de dichas licencias.	

III.2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter específico para los delitos contra la ordenación del territorio: juego de los artículos 338 y 340 del Código Penal

III.2.1. Juego de la circunstancia agravante de afección a un espacio natural protegido, prevista en el artículo 338 del Código Penal

De conformidad con lo estipulado en el artículo 338 del Código Penal: *Cuando las conductas definidas en este título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.*

La expresión «espacio natural protegido» constituye un concepto normativo que debe interpretarse tomando en consideración lo previsto en la Ley 42/2.007, de 13 de Diciembre, de Patrimonio natural y biodiversidad.

Por lo demás, se ha suscitado en diversas ocasiones la posible incompatibilidad de la apreciación de dicha circunstancia agravante en aquellos supuestos en los que la condena tenga lugar con base en el artículo 319.1 del Código Penal (tipo cualificado de protección de suelos de especial relevancia) cuando dicha relevancia cualificada se dé por las características o valores medioambientales del suelo afectado. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de Junio de 2.001, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, decantándose a favor de la aplicabilidad de la referida circunstancia agravante en tales supuestos, al entender que la misma implica un juicio de desvalor cualificado que va mucho más allá de la mera afección a un suelo dotado de especiales valores medioambientales.

III.2.2. Juego de la circunstancia atenuante de reparación del daño, prevista en el artículo 340 del Código Penal para los delitos contra la ordenación del territorio

Por su parte, el artículo 340 del mismo cuerpo punitivo concibe una atenuante específica muy cualificada tendente a favorecer y fomentar la reparación de los perjuicios que, en su caso, se hubieran derivado de los comportamientos delictivos en que se hubiera incurrido, señalando que *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.*

III.3. Responsabilidad civil *ex delicto*

De conformidad con lo establecido en los artículos 109, siguientes y concordantes del Código Penal, el autor de cualquiera de los delitos tipificados

en el artículo 319 del Código Penal deberá, además, hacer frente a las responsabilidades civiles *ex delicto* que pudieran derivarse de los perjuicios causados mediante su comisión.

Como en todos los restantes delitos, en caso de que de la concesión ilícita de la licencia se hubieran derivado directamente daños y perjuicios, de conformidad con lo señalado en los artículos 109, siguientes y concordantes del Código Penal, sus autores deberán responder civilmente de los mismos.

IV. La especial facultad otorgada al juzgado instructor por el artículo 339 del Código Penal para la adopción de medidas cautelares en las causas por delitos contra la ordenación del territorio

En virtud de lo establecido en el artículo 339 del Código punitivo: *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.*

En relación con este punto, resulta destacable la toma en consideración por los tribunales penales del principio de proporcionalidad para la imposición, -incluso en sentencia-, de la obligación de demoler la construcción o edificación levantada¹⁸.

18. Véanse, a modo de ejemplo, la Sentencia dictada el 9 de Julio de 2.007, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia (Rec. Ape. nº 78/2007; JUR 2007/318388) y la Sentencia dictada el 29 de Junio de 2.007 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (Rec. Ape. nº 29/2007; LA LEY 194214/2007).



Capítulo IV

Apropiación indebida y delito de administración desleal

Miércoles, 11 de junio de 2008

Moderador:
D. Fernando Lacasa Cristina
Director KPMG Forensic

Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo

Ante todo quiero expresar mi agradecimiento sincero a la Universidad Rey Juan Carlos y a KPMG por su amable invitación a participar en este curso de Derecho Penal Económico. Gratitud que extiendo a todos Vds., que me honran con su presencia en la tarde de hoy. Trataré de corresponder a su cortesía procurando no aburrirles con esta intervención, que versará sobre los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, tipificados respectivamente en los artículos 252 y 295 del vigente Código Penal. Sostendré la idea de que, contrariamente a la opinión más extendida, son dos tipos totalmente distintos sin solapamiento entre ellos; lo que excluye la hipótesis de concurso normativo. A mi juicio, no se da entre estos delitos ningún contacto por mucha que sea su proximidad. Con esta idea mi objetivo es suscitar el debate y aportar en lo posible alguna idea aprovechable.

Pero, con carácter previo, permítanme una breve reflexión sobre la urgencia de solucionar esta cuestión. Es una exigencia de la certeza como manifestación del principio de legalidad. Decía Hayek, en su conocido libro "Camino de Servidumbre", que el Estado de Derecho exige normas conocidas de antemano, normas que permitan a cada uno prever con la suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada momento sus poderes coercitivos, para poder así disponer el ciudadano sus propios asuntos individuales sobre la base de ese conocimiento.

Esto es de aplicación en cualquier rama del Derecho. Pero especialmente, en el Derecho Penal, regido estrictamente por el principio de legalidad, en sus manifestaciones de "ley previa", que excluye la retroacción, "escrita" que excluye la norma consuetudinaria, "estricta" que proscribiera la analogía, y "cierta" que prohíba la indeterminación. El Derecho Penal no casa con su permanente modificación incompatible con la certeza. Ni puede convertirse en instrumento al servicio de políticas pasajeras. El Derecho Penal ha de marcar, con claridad y vocación de perdurabilidad, las líneas maestras del marco jurídico dentro del cual han de desenvolverse los factores económicos con la libertad precisa para ser eficaces. Y esto exige certeza. Si la seguridad jurídica en el ámbito penal siempre es

importante para cualquiera, creo sinceramente que lo es muy especialmente para los empresarios: un inversor está obligado a inventar, a innovar dentro de lo que permiten las reglas del mercado, esto es, dentro de lo que son las posibilidades de éste, siempre en el marco de lo permitido. Decir que está obligado especialmente a vivir en el borde de la Ley no debería entenderse en sentido peyorativo. Aquí significa mantenerse dentro de ella, pero explotando al máximo las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico. Aprovechar menos de lo que permite el sistema coloca al inversor en posición desventajosa desde la perspectiva de las exigencias del mercado. Pero traspasar la ley le sitúa en el campo de la ilegalidad y quizás en el campo de lo criminal. Por ello es imprescindible en la actividad económica el aprovechamiento máximo de las posibilidades del sistema, respetando el marco jurídico. Con lo dicho, es obvia la urgencia de disponer en la actividad económica de una frontera nítida que delimite con exactitud lo lícito y lo ilícito. Cuando no existe, la predicción se hace imposible; el cálculo es equivocado; y se genera la desconfianza en el sistema. Es decir: se desincentiva la actividad económica. El temor, la duda y la inseguridad son enemigos mortales de la inversión.

Con esta idea inicial quiero subrayar la gravedad del problema que para la economía y para la libertad individual representa nuestro actual Código Penal, al introducir como delitos societarios tipos excesivamente imprecisos, uno de los cuales es el llamado delito de "administración desleal" del artículo 295. Delito que todavía hoy sigue produciendo graves dudas interpretativas, y una no muy precisa jurisprudencia, ante la preocupación de los empresarios que ven cómo es delictivo en una provincia lo que en otra es perfectamente lícito. Y que lo que en un lugar es administración desleal, en otro es apropiación indebida, y en otro no es nada. La limitada competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en materia penal, restringida por razones de penalidad a delitos de determinada gravedad, fuera de los casos de conexión, no ayuda a esclarecer el panorama. Y aún menos si, cuando se presenta la ocasión, el Tribunal Supremo acepta la tesis del solapamiento de los tipos de "administración desleal" y de "apropiación indebida", a modo de círculos secantes; criterio que no precisa suficientemente la interpretación de los tipos, con perjuicio del principio de seguridad jurídica.

Les propondré a Vds. hoy un intento de delimitación de ambas figuras penales. Aclaro que esta intervención no es un trabajo científico acabado, sino una inicial reflexión sin más propósito que esbozar una posible línea de interpretación, en beneficio de la certeza jurídica. Y dejaré para otra ocasión la formalización escrita de este atisbo de interpretación. Aclaro que, para mejor expresar esta idea inicial quizás utilice imágenes útiles por su capacidad expresiva, aunque se alejen de la terminología dogmática y técnica del Derecho Penal. En definitiva: les invito a reflexionar sobre una posible interpretación, no a escuchar una demostración acabada.

Dicho esto, entremos ya en materia.

El delito de administración desleal del artículo 295, según algunos ocupa hoy un espacio que hasta ahora venía siendo cubierto por el delito de apropiación indebida, del artículo 252. Pero, por un delito de apropiación que, para ello, se veía sometido a una cierta interpretación extensiva –que no analógica, naturalmente– que permitía abarcar los comportamientos que hoy tienen su cobertura en el nuevo artículo 295, por lo cual debería ya la apropiación del 252 recuperar su natural alcance. A partir de esta idea ha ido creciendo la, para mí, equivocada tesis de los círculos secantes de ambas figuras penales.

Creo, por el contrario, que la apropiación del 252 es una estructura típica que acota un comportamiento, que no coincide con el que es propio de la administración desleal del artículo 295; explicaré la razón de esta afirmación:

1. No hay solapamiento ni círculos secantes entre dos tipos penales estructurados sobre expresiones totalmente diferentes: en el delito del artículo 252 las expresiones “apropiarse” o “distrajere” no tienen nada que ver con la asunción de “obligaciones” o con la “disposición” de la administración desleal. Esto, que es evidente con relación a la modalidad obligacional, también es cierto respecto a la dispositiva. Podría objetarse que quien se apropia de lo ajeno realiza un acto de disposición propio del titular dominical y que, en tal caso, existe coincidencia entre la apropiación indebida y la administración desleal cuando esta se comete a través de actos de disposición. Pero lo cierto es que la disposición de la apropiación indebida es fáctica, de hecho, mientras que la disposición de la administración desleal es disposición jurídicamente existente, porque siempre es el ejercicio efectivo de una facultad reconocida por la norma. Luego veremos con mayor detenimiento este punto. Por ahora baste decir que en la administración desleal quien dispone ha de ejercitar una facultad jurídicamente reconocida por el orden jurídico, no simulada, o disimulada, es decir legalmente atribuida, una facultad que le está conferida al sujeto como poder jurídico amparado por las normas. En la disposición del tipo de apropiación indebida en cambio quien dispone actúa fácticamente ejercitando una facultad que no tiene, porque el poder actuado por el sujeto no le es reconocido por la norma y jurídicamente no existe. Esta disposición siempre es fáctica, la otra es siempre jurídica. No son por tanto disposiciones confundibles y, en ellas, no puede verse ninguna coincidencia ni solapamiento, como luego veremos con mayor detalle.

2. A mi juicio, deben rechazarse las interpretaciones literalistas, fundadas sólo en el significado de las expresiones con que se construye el tipo. Bajo éste se encuentra la antijuricidad material que incluye la desvaloración de la acción y la desvaloración, en su caso, del resultado. La conjunción de ambas, por el ataque de un BIEN JURÍDICO, integra la porción de antijuricidad material que el tipo penal delimita. Determinando el bien jurídico protegido es posible una más correcta interpretación del tipo: en efecto, como dice Quintero, “partiendo del presupuesto de que el tipo se orienta sólo a la protección de bienes jurídicos y que el legislador

ha tenido presente una idea de antijuricidad material al tiempo de configurar ese tipo, el intérprete puede guiarse por el sentido del bien jurídico en la búsqueda del significado profundo del tipo”.

A mi juicio, los bienes jurídicos de ambos tipos penales son totalmente distintos: en la apropiación indebida es la propiedad, el patrimonio entendido desde una perspectiva estática, es decir, el patrimonio que hay, el que está, el que existe ya, previamente a la realización del acto apropiativo. El sujeto activo, en este delito, se apropia de lo que está en el patrimonio ajeno con anterioridad a su acción. Es, si me permiten Vds. la licencia expresiva, una apropiación vertical, es estática, porque recae sobre lo ya existente. En cambio en el delito de administración desleal no se ataca la propiedad existente –para eso está la apropiación indebida– sino el interés económico proyectado hacia el futuro, como resultado ulterior de ganancia o beneficio, hacia el cual tiende la actividad normal de las sociedades mercantiles, dirigida para la obtención de un lucro que se sitúa en el horizonte de lo venidero. No es el patrimonio social actual en su realidad presente, sino el beneficio futuro a cuya obtención tiende la movilización de sus elementos personales y materiales actuales. Luego ampliaré esta idea. Pero por ahora bastará señalar que mientras la propiedad es lo protegido en la apropiación indebida, no es eso lo que se protege en la administración desleal, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar porque la propiedad no por ser mercantil adquiere una cualificación complementaria suficientemente relevante como para originar la presencia de un nuevo bien jurídico distinto de la propiedad misma, que justifique la creación de un tipo diferente. Si la propiedad mercantil es valiosa, lo es por lo que tiene de propiedad, no por lo que tiene de mercantil. La mercantilidad no añade a aquélla un plus de valor que justifique el nuevo tipo penal. Si así fuera, se trataría de un privilegio de la propiedad mercantil frente a la propiedad ordinaria difícilmente justificable. Pero aunque la propiedad mercantil mereciera singular o especial protección frente a la ordinaria, no tendría sentido que no se protegiera igualmente la propiedad del comerciante individual, que es tan mercantil como la de una sociedad anónima. Y esto, como Vds. saben, no sucede en el tipo penal nuevo, que limita su ámbito a las sociedades mercantiles y personas de análoga naturaleza.

Podría pensarse que en la propiedad del comerciante individual no hay una personalidad jurídica compleja, y que es precisamente esta personificación jurídica de la persona moral lo que alumbra nuevos bienes jurídicos y por ello la necesidad de una tipología nueva. Pero, si esto fuera así, habría bastado que en los delitos protectores de la propiedad, como la apropiación indebida, se establecieran subtipos agravados por el hecho de ser el sujeto pasivo una sociedad o persona análoga, sin crear el nuevo tipo de la administración desleal.

En definitiva, lo que está presente en la administración desleal no es la propiedad –que sí lo está en la apropiación indebida- sino otra cosa. ¿En qué consiste?

Una sociedad mercantil se justifica sólo por y para la consecución de un objetivo que es la participación en el negocio, la obtención de un lucro, el éxito mercantil. Esto supone una actividad dinámica, que se proyecta hacia el futuro, y que la sociedad como organización compleja de personas y cosas debe desarrollar, bajo la dirección, con ese fin concreto, de quien la administra, sometido por lo mismo a un especial deber de lealtad y de fidelidad. El bien jurídico protegido en la administración desleal descansa así en dos elementos: uno objetivo, que es la búsqueda del interés mercantil, el éxito comercial, el logro de la ganancia, la expectativa de negocio; aspecto éste que tiene un dinamismo en el tiempo, y hacia el futuro, en cuanto se proyecta hacia adelante, y no hacia el presente como pasa con el patrimonio existente protegido en la apropiación indebida. Y otro subjetivo, representado por el deber personal de fidelidad y lealtad por parte del administrador, al que se encomienda la consecución de ese objetivo, y para lo cual se le atribuyen ciertas facultades jurídicas, cuyo ejercicio tiene un sentido teleológico de medio para algo, de instrumento para el beneficio a conseguir. Es pues algo más que la mera integridad patrimonial lo que se le confía. Se trata del deber de obtener en lo posible el mayor éxito empresarial y de observar una especial lealtad o fidelidad hacia esos intereses, para la consecución de ese éxito, observando la diligencia de un ordenado empresario.

Esto viene en cierto modo a evidenciarlo el artículo 297 del Código Penal cuando, a los efectos del capítulo de los “delitos societarios”, aplicables en el ámbito de sociedades constituidas o en formación, entiende por sociedad toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza, que –añade el precepto- “para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

Este precepto pone de relieve la naturaleza del bien jurídico que se protege: la participación en el mercado a que alude al artículo 297 no expresa el mero consumo de bienes y servicios sino la competencia mercantil entre productores y empresarios, que tengan esa análoga naturaleza de la personificación jurídica, lo que implica una estructuración de elementos personales y materiales, dirigida a la competencia en el mercado y, por tanto, a la ganancia que es el objetivo en todo negocio. Desde esta perspectiva el bien jurídico protegido se encuentra no en la integridad del patrimonio en cuanto activo existente, en un momento dado, sino en la leal búsqueda de la ganancia para la entidad que se administra, dentro del ámbito de las actividades de competencia empresarial. Por ello no participo de las críticas al precepto, que echan de menos la inclusión de la propiedad horizontal o de las comunidades de bienes. Estas son meras situaciones jurídicas de cotitularidad en el dominio, sin actividad mercantil propia en cuanto comunidad,

aunque la tengan sus titulares como personas físicas valiéndose para ello de los elementos comunes. Ni una ni otras son personas morales con actividad competitiva en el mercado como finalidad específica de su estructura jurídica. Cabe en ellas la apropiación indebida, entre otros delitos obviamente, en protección de lo patrimonial existente, que sí tienen; pero no la administración desleal del artículo 295 en protección de una lealtad en la procura del negocio o lucro, que no buscan, como fin propio de su naturaleza.

3. Dicho esto, señalemos cómo la estructura del delito de apropiación indebida es totalmente diferente de la del tipo de administración desleal del artículo 295 del Código Penal, interpretado éste, claro está, en coherencia con lo que acabo de exponer. Empecemos por la APROPIACIÓN INDEBIDA.

- A) En el tipo penal de la apropiación indebida hay un presupuesto jurídico previo al desenvolvimiento de la acción típica apropiativa. Es el título de posesión del dinero, efectos, etc, es decir, del objeto de la acción. Lo relevante de ese título no es lo que tiene positivamente de atributivo de la posesión como tenencia material o simbólica, directa o indirecta, mediata o inmediata. Sino aquello de lo que negativamente carece, a saber: que no atribuye ninguna facultad dispositiva de las que son propias de la esfera del dominio. El sujeto posee o detenta pero carece de tales facultades jurídicas dispositivas entendidas como poder jurídicamente reconocido; y quiero destacar este aspecto negativo del título legitimador y atributivo de la posesión, porque en él está precisamente el principal criterio diferenciador con el delito de administración desleal, como luego intentaré hacer ver. En la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, el dinero, efecto, valor, mueble o activo patrimonial, se recibe en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. Pero, esta obligación, a su vez, no es sino el deber que se corresponde con el aspecto pasivo correlativo al derecho de dominio que conserva el propietario, que era y sigue siendo el titular de la facultad de disponer. La obligación de devolver más que nacer del título atributivo de la posesión resulta de no haber adquirido el poseedor esa facultad de disponer de la cosa poseída; y esto es lo que explica la posibilidad de apropiación indebida en los casos de mera tenencia resultante de una pura situación de hecho, es decir con adquisición originaria, al quedar la cosa sujeta a la acción de nuestra voluntad (artículo 458 del Código Civil), aunque no faltan opiniones favorables a la apreciación en tales casos de la figura del hurto.
- B) A partir de la posesión adquirida con la obligación de devolver, sea con título verdadero o sin él, el delito se comete con la acción apropiativa que es en definitiva el ejercicio fáctico de esa facultad dispositiva jurídicamente inexistente. Mejor dicho, que existe a favor del titular, es decir del propietario, pero que es actuada o materializada por quien carece de ella, mediante los actos que le son propios. Cuando el sujeto hace suyo lo ajeno que posee

o detenta, aprovecha las posibilidades materiales de la situación posesoria para incorporar la cosa a su patrimonio. Pero bien entendido que no es que se produzca con ello una traslación del dominio, porque ni el autor adquiere jurídicamente la propiedad de la cosa, ni pierde la propiedad su propietario. Lo que se origina es una pura situación material de pérdida física de la cosa por éste y de adquisición del señorío de hecho por aquél, mediante el ejercicio fáctico de una facultad de disponer por quien no es titular de ella, a través de actos concretos pertenecientes a la esfera de poder que es propia de la facultad de disponer. En definitiva: ejercicio de hecho de una disposición que la norma no reconoce a quien la actúa, pero que provoca en lo material una consecuencia idéntica de pérdida para el propietario. El cambio de patrimonio que experimenta la cosa, pasando ella o su valor del de su propietario al del autor de la apropiación, no es un cambio jurídico, sino de hecho. Y lo es, aunque finalmente pueda adquirir estabilidad y reconocimiento jurídico por razones de seguridad y certeza en el tráfico (terceros adquirentes de buena fe etc.) y aunque esa disposición de hecho se realice mediante comportamientos de significación legal (por ejemplo, venta de la cosa a un tercero) que no por ello eliminan el aspecto fáctico de la disposición, ya que ese aspecto siempre resulta de no ser la disposición el ejercicio jurídico de una facultad verdadera. Luego veremos cómo esta idea, en que tanto insisto, será de utilidad a la hora de diferenciar la apropiación indebida del delito de administración desleal.

- C) Con el acto apropiativo se consuma el delito y el desvalor se encuentra precisamente en la acción, al disponer de hecho actuando materialmente el poder propio de una facultad que el sujeto jurídicamente no tiene. La pérdida de la cosa por el propietario -ya sea por extinción de la cosa o por pérdida definitiva del señorío sobre ella- determina el momento consumativo. Es indiferente que ello se traduzca en perjuicio económico como es lo habitual en los casos en que el objeto apropiado tiene un valor económicamente evaluable, o que tal cosa no suceda. El resultado consumativo está en la pérdida de la cosa misma, en cuanto objeto perteneciente al patrimonio del titular dominical. Con lo perdido se consuma la infracción, siendo su valor relevante para la apreciación de delito o de falta.

4. En la ADMINISTRACIÓN DESLEAL del artículo 295 del Código Penal los elementos del tipo son perfectamente diferenciables de la apropiación indebida, si se acepta la interpretación que propongo a partir de la diferenciación del bien jurídico en ambos delitos.

- A) Su presupuesto jurídico es la existencia de una sociedad constituida o en formación, en la que el sujeto activo es su administrador de hecho o de derecho. No es necesario analizar ahora el concepto de administrador de derecho. En cuanto al otro, creo que es cualidad predicable de quien reúne dos condiciones: ejercer de hecho facultades de administrador cuya titularidad

jurídica no le corresponde por estar atribuida a quien normativamente detenta el cargo de administrador de la sociedad, y en segundo lugar que aquél ejercicio no derive de una posición oculta, engañosa o no autorizada, es decir de una usurpación de las facultades mediante la personal realización de actos desconocidos por los administradores de derecho. Su ejercicio puramente fáctico ha de serlo notoriamente en el seno de la sociedad, es decir algo estructuralmente integrado en su funcionamiento, y por tanto con la aceptación y asentimiento de los administradores de derecho. En definitiva, se trata de un concepto de Derecho Penal en cuyo ámbito debe entenderse que es administrador de hecho quien tiene el dominio del bien jurídico relevante, o, si prefieren, quien tiene posibilidad real de disponer sobre ese bien jurídico. Al final será administrador de hecho aquél que en la organización de la sociedad constituida o en formación actúa controlando con sus decisiones el daño o la protección del bien jurídico, en términos de ejercicio de poder, aunque la titularidad de las facultades actuadas corresponda al administrador de derecho.

- B) En cuanto al comportamiento típico, ya dije que en la apropiación indebida, al menos en su modalidad genuina de acto apropiativo, consiste en el ejercicio fáctico o de hecho del poder propio de una facultad dispositiva jurídicamente inexistente, o que no pertenece a quien la ejercita abusando de la posibilidad material que le brinda la posesión o tenencia del objeto. En cambio, en la administración desleal el comportamiento nuclear tiene una naturaleza neta y verdaderamente jurídica, porque consiste en “contraer obligaciones” o en realizar “actos de disposición”; disposición ésta que, ya dijimos, es diferente de la apropiativa del artículo 252, pues en ésta es puramente fáctica y en aquélla es siempre un verdadero acto jurídico, en cuanto ejercicio de una facultad atribuida al sujeto. Luego volveré sobre esta idea porque es el eje de toda esta interpretación diferenciadora entre apropiación indebida y administración desleal. Algunas precisiones debo hacer ahora sobre la asunción de obligación y los actos de disposición como acciones nucleares de la administración desleal:
- a) No creo que la doble referencia a la asunción de obligaciones y a los actos de disposición permita extraer consecuencias relevantes en cuanto a la significación penal dentro del tipo. Es una doble referencia a los dos medios comisivos del actuar común de todo administrador social. Pero de una y otra no cabe deducir diferenciación alguna en el desvalor de la acción. Son en definitiva equiparables penalmente, aunque tengan distinta significación jurídico-civil. La administración social se desenvuelve a través de actuaciones contractuales o mediante actos de disposición. Por ello el legislador estructura el tipo haciendo referencia a las dos esferas del derecho privado en que se comprenden la casi totalidad de las acciones del administrador, en que puede residir un desvalor penalmente relevante.

Diferenciar un campo y otro para extraer consecuencias penales distintas, según la acción sea obligacional o dispositiva, conduce a problemas sin solución cuando la acción pertenece simultáneamente a ambas esferas.

Así sucede con la compraventa, que ocupa parte esencialísima de la actividad mercantil, y cuyo régimen está dominado por el sistema del título y el modo consagrado en los artículos 609 y 1095 del Código Civil. En este sistema, para la transmisión por vía contractual de la propiedad y restantes derechos reales, primeramente, es necesaria la "causa" de la adquisición o "título," constituido por el contrato del que sólo nace la obligación, no la transmisión del dominio; y, después, la tradición como "modo," que es la entrega con la que se efectúa la transmisión de la propiedad de la cosa. Por tanto, estas transmisiones implican que primero se contraiga en el contrato la obligación de entregar la cosa, y que después se disponga de ella transmitiéndola con la entrega.

No hay tal dualidad en las obligaciones de hacer y no hacer, ni tampoco en las disposiciones no traslativas, como por ejemplo en la renuncia de derechos o en las omisiones con efecto extintivo por prescripción o caducidad. Pero la hay sin duda en las transmisiones de la propiedad de origen contractual, cuya importancia práctica en la actividad mercantil justifica que no se deba construir una diferenciación tipológica sobre la doble referencia a las acciones de "contraer obligaciones" y de realizar "actos de disposición," porque, como dije, en tales casos la acción pertenece a ambas categorías civiles: se "dispone," cuando al entregar se transmite la propiedad, y se "contrae obligación," cuando al contratar precisamente se asume la obligación de entregar.

Es preferible, por ello, dejar la doble referencia a tales acciones del tipo como expresión de los dos modos comisivos del comportamiento del sujeto, sin relevancia penal diferenciadora entre sí.

- b) Lo que acabo de decirles no es incompatible con que el tipo en su literalidad exija lo fraudulento en los actos de disposición y no lo haga en cambio en la modalidad de asunción de obligaciones. Esto no basta para la escisión del tipo en dos vertientes diferenciadas. El término "fraudulentamente" no significa aquí engaño, apariencia de realidad inexistente u ocultación de circunstancias verdaderas. Lo defraudatorio no es un término que necesariamente signifique alteración de la verdad. Sí tiene ese significado en la estafa que exige un engaño inductor de un acto de disposición. Pero no lo tiene en la apropiación indebida, caracterizada por la deslealtad, o abuso de la confianza en que incurre aquel que se aprovecha de la confianza depositada en él para apropiarse de lo que posee perteneciendo a un tercero. Ambas figuras están en

el Capítulo VI del Título XIII, dedicado a "Las defraudaciones," pero el elemento del engaño propio de la estafa no está en la apropiación, que es un tipo de abuso. No hay razón por tanto para referir en la administración desleal lo defraudatorio al género de lo engañoso, propio de la estafa, y no al del abuso de la confianza propio de la apropiación indebida, cuando además la administración desleal mantiene con ésta un parentesco del que carece con relación a la estafa. La misma denominación del delito del artículo 295 como de administración desleal, más se aproxima a la idea de abuso de la confianza que a la del engaño mendaz.

Por lo tanto, la referencia a lo defraudatorio sólo en la acción de disposición y no –al menos expresamente– en la de asunción de obligaciones, carece de relevancia. El precepto podía haber prescindido de esa expresión sin que el tipo penal de la administración desleal dejara de comprender siempre en el desvalor de la acción la idea de la defraudación. Su inclusión no añade nada que no esté implícito en todo el tipo, y por tanto su limitada referencia gramatical a la acción de disposición no es relevante para construir diferencias tipológicas en una y otra modalidad comisiva.

- c) Pero, una vez que la dualidad comisiva se interpreta como descripción de los dos modos de acción en la actividad propia de toda administración societaria, lo verdaderamente esencial en este tipo penal es que, obligándose o disponiendo, lo que haga el sujeto activo sea siempre ejercicio de una verdadera facultad jurídica. Ya les anticipé la idea y la vuelvo a repetir, porque es, a mi juicio, la clave de la diferenciación con la apropiación indebida. El acto dispositivo o el acto obligacional debe ser algo que implique el ejercicio efectivo, o sea la materialización real, de una facultad jurídica. Esto implica varias cosas: 1) que el ordenamiento jurídico, ya sea por normal legal o ya sea por disposición estatutaria, dé cobertura jurídica a esa acción; y 2) que la acción sea el efectivo ejercicio de la facultad jurídica reconocida, lo que a su vez se desenvuelve en tres aspectos correspondientes a los tres elementos de cualquier facultad jurídica: el sujeto, el contenido, y el objeto. Es decir, es inexcusable: que lo que se hace sea la materialización efectiva del poder jurídicamente reconocido por la norma como contenido de esa facultad; que lo realice aquél a quien la norma concede la titularidad de ese poder; y que el poder jurídicamente reconocido, y ejercitado por aquél a quien se reconoce, se desenvuelva en relación con el objeto sobre el que la norma lo reconoce.

Si cualquiera de estos tres aspectos se presenta negativamente (lo que se hace no es una acción autorizada; lo es, pero para otro sujeto distinto de quien lo realiza; o para ser ejercitada sobre un objeto distinto de aquél sobre el que recae), la acción no es ejercicio de una facultad jurídica, queda

fuera de ámbito de la administración desleal y nos sitúa en el propio de la apropiación indebida, en el cual habrá que considerar luego si se dan o no sus exigencias. Recuérdese que como decía antes lo propio de ella es la disposición estrictamente fáctica, es decir, sin la cobertura de una verdadera facultad dispositiva, lo que sucede siempre que cualquiera de las tres exigencias antes mencionadas está ausente en el caso contemplado.

Por supuesto que todas las facultades legales de un administrador no están enumeradas en una lista descriptiva. Pero evidentemente existen normas que delimitan sus funciones, configurando las facultades que puede ejercitar, y el alcance con que puede ejercitarlas, y aquello sobre lo que el ejercicio puede hacerse. De igual modo que esto se examina y se decide en el ámbito mercantil para resolver la cobertura legal de sus acciones, puede también con idéntico criterio resolverse para determinar si estamos en el ámbito de una administración desleal o en el campo de una indebida apropiación.

Aclaro que todo esto no está en contradicción con por la posibilidad de ser sujeto activo del delito que examinamos un “administrador de hecho”. Podría parecer esto un obstáculo para admitir como criterio diferenciador el ejercicio o no de una verdadera facultad jurídica, ya que por definición un administrador de hecho no sería titular de la facultad dispositiva o contractual ejercitada.

Sin embargo, este obstáculo es más aparente que real. El administrador de hecho, por no serlo de derecho, ciertamente no es titular, en sentido jurídico, de verdadera facultad legal. Pero actúa como tal con la aquiescencia, conocimiento y aprobación de quienes detentan la administración de derecho. Aquel podrá ser desconocido *ad extra*, pero no *ad intra*, porque su actividad ha de estar integrada en la organización funcional de la sociedad. Así, el examen comparativo de su concreta actuación respecto a si está o no dentro o fuera de las facultades jurídicas de un administrador, habrá de hacerse considerando las facultades de los administradores de derecho, como si pertenecieran a quien, en el caso, las ejerce desde la posición de un administrador de hecho.

- d) Por otra parte, si admitimos que la línea de separación entre apropiación indebida y administración desleal está respectivamente en el carácter puramente fáctico y extrajurídico de la disposición, frente al ejercicio de una legal y verdaderamente jurídica facultad por el sujeto, es obvio que, para decidir esta cuestión, que creo relevante, habrá que despejar las falsas apariencias legales que no se correspondan con la realidad, es decir los supuestos de simulación en que la apariencia jurídica no es más que una ficción resultante de un negocio jurídico o acto jurídico inexistente.

Será importante saber si se trata de una simulación relativa, detrás de la cual existe otro negocio jurídico, disimulado pero verdadero; o si se trata de una simulación absoluta. En este segundo caso, no hay tras la apariencia un negocio jurídico propiamente tal, sino una pura actuación de hecho, que puede por ello consistir en una indebida apropiación cometida mediante una disposición que por sus circunstancias se sitúa fuera del ejercicio legal de una verdadera facultad jurídica.

- C) Al llegar a este punto, si se acepta que en el delito de administración desleal el administrador, de hecho o derecho, siempre ejercita, en lo contractual o en lo dispositivo, una facultad jurídicamente existente que le está atribuida, es lógico preguntarse dónde se encuentra entonces el desvalor de su acción, la lesión a un bien jurídico, la antijuricidad material del tipo. La respuesta, si recordamos lo que dije sobre el bien jurídico protegido en el artículo 295 del Código Penal, está en la exigencia de “abuso de las funciones propias del cargo.”

De acuerdo con la tesis que aquí se mantiene ese abuso no es de orden cuantitativo, por extralimitación, sino de orden teleológico por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. Abusa de sus funciones el administrador que ejercita las facultades jurídicas que le están atribuidas cuando mediante ellas no procura el mayor interés social al que debería servir, y para lo que es administrador y detenta las facultades de tal. Sino que por el contrario, con perjuicio de ese interés, que es el logro de ganancia o ventaja en el mercado, actúa sus facultades de administrador para beneficio de un tercero o propio, y con perjuicio social o de los socios. En este delito la acción ataca el “interés social” a cuya satisfacción se dirige la actividad total de la sociedad, bajo la dirección del administrador. Para ello, y sólo para ello, tiene las facultades que se le atribuyen, y su ejercicio no puede tender a otro fin ni perseguir otro objetivo que ese interés.

El administrador que dispone para sí o para tercero de lo que *no puede disponer* comete una indebida apropiación. El administrador que dispone de lo *que puede disponer*, pero lo hace intencionadamente en términos *desventajosos* para la sociedad administrada y *ventajosos* para intereses –propios o ajenos pero no de la sociedad- distintos al único que debe orientar su acción administradora, que es el de la sociedad que administra, comete delito de administración desleal. Por eso es delito defraudatorio.

En un examen comparativo de uno y otro tipo penal resultaría a modo de resumen, que:

- En la apropiación indebida, el presupuesto es la recepción de la cosa por título que obliga a entregarlo o devolverlo. En la administración desleal, en cambio, es el ser administrador de hecho o de derecho de sociedad constituida o en formación.

- En la apropiación, la acción típica es la apropiación o la distracción como ejercicio de hecho de un poder de disposición no amparado jurídicamente, y en ello estriba el desvalor y su antijuricidad material como lesión del bien jurídico de la propiedad ajena. En la administración desleal, en cambio, la acción típica es el ejercicio jurídico de una facultad legalmente amparada, en la esfera contractual o en la dispositiva, pero con abuso en su ejercicio por dirigirlo a la satisfacción de intereses ajenos a la sociedad con perjuicio para los de esta; y en ello está el desvalor de la acción y del resultado con lesión de bien jurídico que es el interés social que se juega en la actividad del mercado, y a cuya defensa debe el administrador su lealtad.

En definitiva, podría sintetizarse la diferencia diciendo que, en la apropiación indebida, el sujeto, abusando de su situación posesoria, ejercita de hecho una facultad de disposición que, jurídicamente, no tiene. En la administración desleal, el sujeto ejercita las facultades contractuales o dispositivas que, como administrador de hecho o derecho, jurídicamente tiene, pero abusando de ellas para ejercitarlas en beneficio de intereses distintos del interés social al cual perjudica.

- D) La Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin embargo, viene sosteniendo en numerosas Sentencias que ambos delitos están en una relación semejante a la de los círculos secantes de suerte que ambos parcialmente se solapan, ya que el artículo 295 del Código Penal ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. La Sala entiende así que es inevitable que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 del Código Penal vigente. Lo califica como concurso de normas que se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8-4º del Código Penal vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

En este sentido pueden citarse la Sentencia de 26 de febrero de 1998 (Agentia Trust). Y, en parecidos términos, aceptando el solapamiento de los tipos y el concurso de normas, las Sentencias de 15 de diciembre de 2000, 7 de noviembre de 2002, 22 octubre de 2003, 26 de julio de 2004 y 2 de noviembre de 2004.

Con la Sentencia de 11 de julio de 2005, afortunadamente, se produce un inicio de cambio interpretativo. En ella se dice que, cuando se trata de administradores de sociedades, "no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal, contenido en el artículo

295 del Código Penal vigente dentro de los delitos societarios." Al examinar este precepto señala la Sentencia que el abuso de las funciones propias de administrador significa que éste "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 ejercitadas". Más adelante añade que en la apropiación indebida hay "una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador"; y que "supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite"; mientras que en la administración desleal hay "un ejercicio de las facultades del administrador que con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad que no ha superado los límites propios del cargo de administración".

Como se ve, esta Sentencia mantiene una interpretación que no se aleja de la tesis que yo acabo de exponer, con algunas diferencias de matiz en los términos.

Pero, poco después, vuelve la Sala, en Sentencia de 23 de noviembre de 2005, a la teoría del concurso de normas, que reitera en la de 7 de junio de 2006. En la de 17 de julio de 2006 se retoma la correcta línea interpretativa iniciada en la de 11 de julio de 2005, y, después de otra de 11 de abril de 2007 que vuelve por los caminos del solapamiento y del concurso normativo, la Sala por tercera vez en Sentencia de 21 de junio de 2007 reitera la interpretación correcta de la diferenciación de los tipos.

Creo que sería bueno progresar en esa línea, y abandonar la tesis del concurso de normas. Defiendo que son tipos diferentes, y he procurado hoy ante Vds. sugerir la conveniencia y las posibilidades de esa interpretación. Con ello, solo me queda agradecer su amable atención, y con la esperanza de haberles sido de alguna utilidad, doy por terminada mi intervención.

Muchas gracias a todos.

Apropiación indebida y delito de administración desleal

D. Joaquín Burkhalter Thiébaud

Abogado. Cuatrecasas. Gonçalves Pereira.

I. Introducción

Ante la tradicional inexistencia en nuestro Derecho Penal de un delito específico de administración desleal y la consiguiente insuficiencia del delito de apropiación indebida para incluir determinadas conductas de administradores que no implicaban la apropiación de los bienes administrados, una parte de la doctrina y también la jurisprudencia mayoritaria dictada desde al menos mediados de los años noventa por la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹ vienen entendiendo que el artículo 252 del Código Penal contiene dos tipos penales diferenciados, aunque deficientemente incluidos en un único precepto por razones de índole histórico, en las que no me es posible ahondar en estas reflexiones:

- a) El tipo de la apropiación indebida –en sentido estricto, si se quiere– de cosas muebles, que tiene como bien jurídico protegido el derecho de propiedad, y
- b) El tipo de distracción o administración desleal de dinero (hoy también de valores o activos patrimoniales) que protege, en cambio, el patrimonio en su conjunto.

Frente a esta corriente doctrinal y jurisprudencial que inicia, como digo, su recorrido hace ahora unos 15 años, la interpretación tradicional del artículo 252 del Código Penal siempre entendió que la diferencia entre las modalidades típicas de acción, consistentes en “apropiarse” y en “distraer” reside en que la primera va referida a actos realizados en beneficio propio del autor, mientras que la segunda se refiere a actos realizados en beneficio de una tercera persona, pero que en ambos casos suponen actos de privación definitiva de la propiedad. Aún hoy algunos autores como Gómez-Benítez o Martínez-Buján Pérez continúan defendiendo que ésta es la interpretación correcta que debe darse a ambos verbos incluidos en el artículo 252 del Código Penal. Aceptando como válida la primera de

1. Cfr., por ejemplo, las SSTS de 7 de marzo de 1994, 14 de marzo de 1994, 26 de febrero de 1998, 3 de abril de 1998, 21 de noviembre de 2000, 21 de mayo de 2001, 7 de noviembre de 2002, 16 de septiembre de 2003, 30 de junio de 2005 y 25 de enero de 2006.

las teorías comentadas (la de los dos tipos delictivos diferenciados que conviven en el art. 252 del Código Penal), aunque consciente de las razonadas objeciones que una parte de la doctrina opone a dicha línea argumental, esta ponencia pretende ofrecer algunas reflexiones sobre ambos tipos y sobre la compatibilidad del delito de administración desleal contenido en el artículo 252 del Código Penal –y allí definido con el verbo “distraer”– con su homónimo previsto entre los delitos societarios por el artículo 295 del mismo Código.

Asimismo, se hará una referencia a la propuesta del Gobierno contenida en el Proyecto de reforma del Código Penal, que en la actualidad se encuentra en tramitación parlamentaria, para intentar –ya avanzamos que con dudoso éxito– resolver los problemas detectados en la aplicación de estos dos preceptos en los años de vigencia del Código Penal de 1995.

II. El delito de apropiación indebida de cosas muebles

El delito de apropiación indebida en sentido estricto, contenido en el artículo 252 del Código Penal, es considerado por el legislador español como una especie de defraudación junto con la estafa, y se diferenciaría de ésta en que mientras que en la estafa la cosa se recibe por medio de engaño, en la apropiación indebida la posesión de la cosa se logra por un título legítimo de recepción (mediante el depósito, la comisión, la administración o algún otro de naturaleza análoga).

Esta apropiación indebida de cosas muebles, se diferenciaría además de las otras dos modalidades de este delito, el llamado hurto de hallazgo (253 del Código Penal) y la que comete quien recibe algo por error (254 del Código Penal), en que en estas dos últimas modalidades no existe verdadera entrega ni recepción de la cosa y, por lo tanto, no se produce la quiebra de la relación de confianza que es propia de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal.

Por lo que respecta al tipo objetivo, siguiendo en este punto a Bacigalupo², el delito exige de los siguientes dos elementos: a) la acción de apropiación y –como acaba de decirse– b) el quebrantamiento de una especial relación de confianza. Por lo que afecta al tipo subjetivo, el delito requiere solamente, c) que el autor haya actuado con dolo.

II.1. La acción de apropiación y el objeto material de la misma

La acción típica es en este caso la apropiación de la cosa, que equivale a realizar un acto que demuestre objetivamente el propósito del actor de expropiar al

2. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Macial Pons, Madrid, 2007.

sujeto pasivo de la cosa mueble de forma más o menos permanente, actuación que pone precisamente de manifiesto el *animus rem sibi habendi*, al que constantemente se refiere la jurisprudencia. Es decir, la acción debe revelar que el autor ya no considera la cosa mueble que ha recibido como ajena y, por lo tanto, actúa como si fuera su dueño.

La apropiación no precisa ser de naturaleza personal, puesto que el autor puede incorporar la cosa mueble a su propio patrimonio o entregarla a un tercero para que sea éste el que se la apropie.

En cuanto a la mención contenida en el tipo referida a los que “negaren haber recibido” la cosa objeto de la apropiación, la misma no es sino una rémora histórica que, a mi juicio, resulta superflua, puesto que tal negación es solo la demostración externa del propósito de no devolver o entregar la cosa que se ha recibido.

Por lo que respecta al objeto sobre el que debe recaer la acción, debe tratarse de una cosa mueble, es decir aquellas a las cuales el artículo 335 Código Civil se refiere como bienes susceptibles de apropiación y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuviesen unidos.

En este punto y en relación a las cosas fungibles, esencialmente el dinero, comparto la posición de quienes sostienen que no pueden ser objeto del delito de apropiación indebida en sentido estricto y sólo del tipo de distracción o administración desleal que también convive en el artículo 252 del Código Penal puesto que quien las recibe adquiere sobre ellas la propiedad y, en su caso, su recepción genera tan sólo la obligación de restituir al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1.753 CC). Evidentemente al incorporarse el bien fungible desde su recepción al patrimonio de quien lo recibe, resulta imposible apropiarse en el sentido del tipo del artículo 252 del Código Penal de algo que ya es propio³.

Por lo que atañe a la inclusión del artículo 252 del Código Penal como objeto material a los *valores* o *activos patrimoniales* como categoría distinta a la de los *bienes muebles* o a la de los *efectos*, soy de la opinión de quienes piensan que dentro de estas categorías deben incluirse, en primer lugar, los bienes inmuebles, pero también otros bienes de carácter menos material tales como, por ejemplo, las patentes, los signos distintivos, los derechos de propiedad intelectual, el *know how* o cualesquiera activos financieros sin soporte físico representados por anotaciones en cuenta. Lo cierto es que también coincido

3. En contra de que la naturaleza fungible o no de la cosa mueble afecte a la apropiación indebida se pronuncian, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ o MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ.

aquí con Bacigalupo, cuando opina que esta inclusión realmente se debe a la confusión en la que sistemáticamente incurre el legislador entre los ámbitos de aplicación de los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, de tal manera que al poderse expresar en dinero el valor de estos bienes distintos a las cosas muebles en verdad son objeto más bien del tipo de distracción o administración desleal y no del delito de apropiación indebida en sentido estricto.

II.2. El quebrantamiento de la relación de confianza

La acción del delito entraña el quebrantamiento de una especial relación de confianza que es consustancial a los títulos de entrega a los que específicamente se refiere el tipo: el depósito, la comisión o la administración. Se ha dicho que el que recibe la cosa mueble por virtud de estos títulos adquiere una especial posición de custodia de la integridad de la misma y también de la propiedad del titular. Es decir, un especial deber de lealtad respecto del titular de la cosa.

Por lo que respecta a la cláusula general del artículo 252 del Código Penal que extiende los títulos de entrega a todos aquellos otros que produzcan *obligación de entregar o devolver la cosa*, la misma si bien ha sido interpretada por la jurisprudencia en el pasado con cierta laxitud, lo cierto es que en los últimos tiempos se observa una tendencia a limitar, en virtud de los principios de legalidad y proporcionalidad, los supuestos penalmente relevantes, pues los mismos deberían quedar reducidos a aquellos que realmente presenten una analogía con el depósito, la comisión y la administración. Fruto de esta tendencia más restrictiva es por ejemplo el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 en el que se acordó que la compraventa con cláusula de reserva de dominio y prohibición de enajenar no es presupuesto suficiente para dar lugar a la conducta típica del delito de apropiación indebida.

II.3. El tipo subjetivo

El delito requiere exclusivamente que el autor haya obrado con dolo, siendo suficiente el dolo eventual. Ello exige, por lo tanto, que el autor conozca que la cosa era ajena. Al tratarse de un elemento normativo, no se requiere un conocimiento técnico jurídico sobre el derecho de propiedad, sino el “conocimiento paralelo en la esfera del lego”.

En consecuencia, el error sobre la ajenidad de la cosa es un error de tipo que excluye el dolo (art. 14.1 del Código Penal) lo que haría la conducta atípica tanto si el error es vencible como invencible, al no haber la modalidad imprudente del delito.

En mi opinión, no forma parte del tipo subjetivo, sin embargo, el *animus rem sibi habendi*, es decir el ánimo de lucro que se exige en otros delitos contra

la propiedad (robo, hurto, estafa), pero no se incluye en el artículo 252 del Código Penal. Realmente este *animus*, como ya se ha dicho, es precisamente la manifestación objetiva de la acción típica, por lo que deviene innecesario volver a comprobar en el tipo subjetivo si el autor quería quedarse con la cosa o con el producto de su enajenación para sí.

Hasta aquí estas breves reflexiones sobre el delito de apropiación indebida de cosas muebles en sentido estricto, que creo que no ofrece mayores dificultades en cuanto a su delimitación. Paso, a partir de lo que sigue, a referirme a una cuestión más espinosa, la del delito de administración desleal, a mi juicio –como ya he desvelado– incluido en dos preceptos diversos del Código Penal: en el artículo 252 cuando se refiere a la “distracción” de dinero, valores o activos patrimoniales y en el artículo 295, aunque limitado al ámbito de la administración del patrimonio perteneciente a una sociedad (en el extenso concepto que de la misma se ofrece en el artículo 297 del Código Penal).

III. El delito de administración desleal

La necesidad de incluir un tipo de administración desleal, que superara los problemas prácticos que se venían planteando para subsumir en los tipos de la estafa o de la apropiación indebida determinadas conductas que afectaban al patrimonio entendido en su conjunto y a no al derecho de propiedad sobre cosas específicas y que, además, homologara la legislación penal española con la de los países de nuestro entorno jurídico más inmediato (Alemania, Francia, Italia, Suiza, Portugal, etcétera) era algo reclamado desde antiguo por la doctrina.

Sin embargo, al abordar la redacción del Código Penal de 1995, el legislador optó por omitir un tipo genérico de administración desleal al que reconducir todos los supuestos de quiebra de la relación de confianza en la administración de patrimonios o bienes ajenos, incluyendo tan sólo un tipo especial de administración desleal en el ámbito de los delitos societarios (artículo 295 del Código Penal), injustificadamente con una pena más benigna que la distracción de dinero, valores o activos patrimoniales del artículo 252 del Código Penal y, además, configurándolo erróneamente como un tipo de enriquecimiento y no como un tipo de lesión patrimonial, que es la verdadera esencia del delito de administración desleal, que no requiere del enriquecimiento del autor o de un tercero, sino tan sólo de que se cause dolosamente un perjuicio al patrimonio administrado.

En la práctica, la opción escogida por el Código Penal de 1995, en vez de resolver los problemas existentes, ha producido, si cabe, mayores disfunciones, pues plantea una dificultad de aplicación que ha tenido que ser resuelta de forma un tanto forzada y artificiosa por la jurisprudencia. El problema es, claro está, si debe considerarse que al administrador de una sociedad que dispone de su patrimonio

perjudicando al mismo debe imponérsele una pena de seis meses a cuatro años de prisión o, alternativamente, una multa proporcional, de acuerdo con el artículo 295 del Código Penal o, por el contrario, se debe apreciar el tipo de “distracción de dinero” contenido en el artículo 252 del Código Penal, sancionando el delito con la misma pena privativa de libertad o en los supuestos agravados por la cuantía –lo que resulta ser lo habitual– con una pena de prisión de uno a seis años de prisión y multa, tal como impone el artículo 250.1.6º del Código Penal.

Este problema sólo se produce, claro está, si se asume como punto de partida que el artículo 252 del Código Penal describe, junto al delito de apropiación indebida de cosas muebles, un delito de administración desleal del patrimonio ajeno que vendría configurado por el verbo “distrar”. Como se ha dicho, ésta es la línea mayoritaria seguida por la jurisprudencia desde mediados de los años noventa, que caracteriza este delito de administración desleal como “el quebrantamiento de la relación de confianza que vincula al administrador con el patrimonio administrado”, que se comete por éste “cuando perjudica patrimonialmente a su principal, distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance”, de tal manera que el perjuicio causado “es consecuencia de una gestión en la que [el administrador] ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su estatus”.

La asunción de esta postura es, además, resultado de la convicción última de que el legislador del Código Penal de 1995, cuando introdujo el delito societario de la administración desleal, desde luego que no albergó el propósito de despenalizar los actos de administración fraudulenta cometidos al margen de la estructura societaria en perjuicio de personas físicas u otros entes colectivos no equiparados penalmente a la sociedad, pues ello resultaría ilógico desde el punto de vista político-criminal. Precisamente para evitar esta laguna de punibilidad, la jurisprudencia se vio obligada a reconocer dentro del delito de apropiación indebida, junto al tipo delictivo tradicional, otro que castigase la administración fraudulenta.

Asumiendo la existencia de esta alternativa típica dentro del artículo 252 del Código Penal, desde la conocida sentencia dictada en el llamado caso “ARGENTIA TRUST” (STS 224/1998, de 26 de febrero), el Tribunal Supremo ha venido entendiendo sistemáticamente que en los casos más frecuentes de administración desleal en el ámbito de una sociedad (es decir, los supuestos de disposición definitiva de los bienes sociales) entre ambos delitos se produce un concurso de normas, que ha de resolverse a favor el tipo de administración desleal –de “distracción” si se prefiere– contenido en el artículo 252, acudiendo para ello al principio de alternatividad previsto en el número 4º del artículo 8 del Código Penal y no a favor del delito societario del artículo 295 del Código Penal, en aplicación del principio de especialidad del número 1º del mismo artículo 8 del Código Penal, ni tampoco en virtud de los principios de subsidiariedad o consunción.

Esta solución jurisprudencial ha supuesto que en la práctica el tipo del delito societario de administración desleal del artículo 295 del Código Penal haya quedado prácticamente vacío de contenido, propugnándose su aplicación de manera casi residual a algunas conductas de difícil subsunción en el artículo 252 del Código Penal, como son los supuestos en los que el administrador haya contraído fraudulentamente obligaciones a cargo de la sociedad en beneficio propio o de un tercero o el uso abusivo de bienes sociales que no entrañe una apropiación definitiva de los mismos (nos referimos a casos como la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad para afianzar obligaciones ajenas a los intereses sociales, la concesión de autopréstamos por los administradores o también algunos supuestos de pago de comisiones siempre que no sean por importe o concepto injustificado). Se arguye que son estos casos de menor gravedad que los que implican la apropiación definitiva del patrimonio social administrado y, por ello, está justificado que lleven aparejada una pena más benigna.

Ello puede llevarnos a concluir que el delito societario de administración desleal del artículo 295 del Código Penal es realmente un precepto superfluo o innecesario al menos por lo que respecta a la modalidad más frecuente de disposición fraudulenta de los bienes sociales por parte de los administradores, o si se quiere redundante, máxime cuando uno se percata, como ya se ha dicho, que el delito en cuestión no sanciona sin más el daño al patrimonio administrado, sino que exige realizar la conducta típica “en beneficio propio o de tercero”, erigiéndose por lo tanto en un auténtico delito de enriquecimiento y no en un verdadero delito de administración desleal cuyo fundamento fuera el perjuicio causado al patrimonio social administrado.

Realmente el problema que subyace es, a mi juicio, como ya se ha avanzado, una errónea concepción sobre el sujeto pasivo del delito, pues no existe fundamento alguno para que la deslealtad del administrador sólo sea punible cuando perjudique a una sociedad, pero no lo sea cuando el patrimonio administrado pertenezca, por ejemplo, a una persona física o a otro ente colectivo no asimilado penalmente a la sociedad (una comunidad de bienes que no actúe de manera permanente en el mercado, una herencia yacente, etcétera). Es evidente, como dice Bacigalupo, que el carácter individual o colectivo del sujeto pasivo no puede ser un elemento que permita configurar tipos diferentes, dado que se trata de un delito cuyo centro de gravedad es el daño patrimonial, con total independencia de las características del sujeto pasivo.

Hasta aquí, mi toma de postura, que coincide sustancialmente con la de la jurisprudencia mayoritaria dictada en los últimos tiempos. Sin embargo, he de decir que recientemente se viene abriendo paso una nueva corriente jurisprudencial, de la que son hasta el momento únicos exponentes las Sentencias núms. 684/2003, de 13 de mayo; 915/2005, de 11 de julio; 841/2006, de 17 de julio y 565/2007, de 21 de junio. Esta nueva corriente, aun aceptando la premisa de que el artículo 252 incluye dos tipos distintos (el de apropiación

indebida de cosas muebles y el de administración desleal o distracción de dinero), entiende que el ámbito de aplicación de la administración desleal de los artículos 252 y 295 no se superpone, sino que es completamente independiente y tiene un fundamento distinto.

De esta manera, el criterio diferenciador de ambas conductas será que los actos del administrador se encuentren o no dentro de sus facultades. Así, se afirma 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 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 ejecuten fraudulentamente respecto de la sociedad o resulten abusivas y perjudiciales para ésta, la conducta quedará subsumida en el artículo 295 del Código Penal.

Desde mi punto de vista lo que esta nueva corriente jurisprudencial parece pretender es configurar, a modo de lo que existe en el ordenamiento jurídico alemán, dos modalidades distintas del delito de administración desleal: “el tipo de abuso” y el “tipo de infidelidad”. Conforme al primero, incurriría en tal delito el administrador que obrando dentro de la esfera de su poder jurídico, abusa de sus competencias o facultades, infringiendo con ello su deber de lealtad respecto del titular del patrimonio. Este sería el comportamiento penado en el artículo 295 del Código Penal. Por lo que respecta al “tipo de infidelidad” incluido en el artículo 252 del Código Penal, el mismo comprendería las conductas en las que el administrador actúa totalmente al margen de las competencias propias de su cargo.

En mi opinión, la principal objeción que debe hacerse a esta argumentación es la dificultad que en la práctica entrañará muchas veces distinguir una actuación del administrador que simplemente supone el abuso de las facultades que tiene otorgadas por la sociedad, de una actuación más grave, que excede y se coloca al margen de dichas facultades. Y es que me pregunto, si realmente abusar de las facultades otorgadas no equivale realmente a actuar al margen de las mismas. Esa dificultad de discernimiento creo que en cierto modo compromete el principio de la *lex certa* derivado del principio de legalidad.

Por poner un ejemplo, pensemos en el conocido caso contemplado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de las retribuciones millonarias (por vía de premios o *bonus*) satisfechas por del BSCH a antiguos consejeros de la entidad⁴ o en el conocido caso “MANNESMANN” de la jurisprudencia alemana, por hechos similares. En estos casos se consideró que los administradores no habían cometido el delito de administración desleal puesto

4. STS 841/2006, de 17 de julio.

que dichas retribuciones por importes astronómicos se habían acordado por los administradores de la entidad en el ejercicio de sus facultades y, además, los mismos se habían informado favorablemente por los órganos del Banco previstos en su normativa interna, eran retribuciones no extrañas en el sector financiero internacional y se habían acordado con transparencia (contabilizándose debidamente y registrándose –aunque no con detalle– en la memoria incluida en las cuentas anuales, formulada por el Consejo de Administración y aprobadas por la Junta General de Accionistas).

Imaginemos que no hubieran concurrido estas circunstancias. Por ejemplo, que no se hubiesen contabilizado estas retribuciones y se hubiesen ocultado en las cuentas anuales de la entidad, que no se hubiesen informado favorablemente por los órganos del Banco previstos en su normativa interna de funcionamiento o que se tratara de retribuciones sin ningún parangón en el sector financiero. O, consideremos incluso que no concurriese ninguna de estas circunstancias. ¿Se trataría entonces de un supuesto de abuso de las facultades otorgadas a los administradores por la sociedad o de un supuesto de actuación totalmente al margen de tales facultades? ¿Estaríamos en presencia de un delito del artículo 295 o del artículo 252?

Creo que si finalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo asume esta nueva construcción, será preciso que se ofrezcan a los operadores jurídicos reglas o principios claros que sirvan para distinguir entre estas dos actuaciones de un administrador en contra de sus competencias.

IV. El Proyecto de Reforma del Código Penal

El Proyecto de Reforma del Código Penal que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2006 en vez de ayudar a solucionar los problemas interpretativos a los que me he referido más arriba, ha complicado aún más la cuestión, aunque según se nos explique en la Exposición de Motivos la finalidad de la reforma en este particular sea resolver “un problema de enorme importancia, que es el de la fijación de sus relaciones con el de administración fraudulenta, en la lógica necesidad de evitar interpretaciones que se superpongan o que den lugar a que la administración fraudulenta pudiera aparecer como una modalidad privilegiada de apropiación indebida, lo cual es inadmisibile”.

Con un criterio en principio acertado, el Proyecto corrige la opción escogida por el legislador de 1995 y pasa a regular este delito fuera de los delitos societarios, incluyéndolo como un delito patrimonial en un nuevo artículo 254 bis, que lleva por rúbrica: “De la administración fraudulenta” y a cuyo tenor:

El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso

de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquéllos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se tratare de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio.

Los problemas vienen dados no sólo por los evidentes defectos que este precepto incluye, sino sobre todo, porque junto a esta inclusión el Proyecto propone mantener el tipo de distracción de dinero, valores y otros activos patrimoniales dentro del artículo 252, y, junto a ello, conserva un delito societario de administración desleal en el artículo 295 diferenciado del artículo 254 bis fundamentalmente por el sujeto activo. Así, mientras el sujeto activo en el delito del artículo 254 bis sería el “administrador”, en el caso del superviviente artículo 295 el sujeto activo sería el “socio”. Es decir, al introducirse una nueva figura de administración desleal y no suprimir ninguna de las pre-existentes, el Proyecto agrava seriamente la situación, pues en vez de dos tipos con penas diversas que se superponen, habrá tres.

Y es que, a mi juicio, y a modo de conclusión, la reforma proyectada, tras introducir un tipo genérico de administración desleal fuera de los delitos societarios, en primer lugar, debería haber suprimido el tipo consistente en “distraer” dinero, valores o activos patrimoniales del artículo 252, limitando el mismo a la apropiación indebida en sentido estricto de cosas muebles no fungibles⁵.

En segundo lugar, el Proyecto debería haber suprimido el artículo 295, pues carece de sentido una distinción basada en la cualidad de administrador o socio del sujeto activo. Dicha distinción es sólo aparente puesto que un socio con facultades de realizar actos de disposición en nombre de la sociedad o de contraer obligaciones a su cargo es realmente un administrador de hecho con el

5. En vez de ello y de forma un tanto contradictoria con la más reciente tendencia jurisprudencial antes apuntada de limitar los títulos habilitantes que pueden servir de presupuesto al delito de apropiación indebida, el Proyecto suprime de forma perniciosa la referencia a la comisión, depósito y administración, dejando la cláusula general de “cualquier título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa”. Esta expresión por sí sola, sin la referencia a los tradicionales títulos de la comisión, depósito y administración, entraña el riesgo de interpretaciones amplias como las que se estaban intentando combatir por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

mismo deber de lealtad que un administrador de derecho, por lo que su conducta sería fácilmente incardinable en el nuevo artículo 254 bis. De hecho, la inclusión del “socio” como eventual sujeto activo del delito societario del artículo 295 del Código Penal, ya había sido duramente criticada por este mismo motivo por la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión⁶.

Junto a ello, sigue siendo criticable que el Proyecto se obstine en exigir que el autor obtenga un beneficio propio o para un tercero, pues como ya se ha dicho el delito de administración desleal tiene su fundamento en el perjuicio causado al patrimonio administrado y no en el enriquecimiento del autor o de un tercero, que debería resultar intrascendente.

Igualmente criticable es que se siga considerando perjudicados directos por el delito de administración desleal de una sociedad a los socios, pues como ya ha señalado reiteradamente la doctrina, los socios podrán sufrir un perjuicio indirecto, pero no directo, ya que el único sujeto pasivo posible del delito es la propia sociedad.

6. Por ejemplo, CASTRO MORENO, A. “Consideraciones sobre el delito de administración de sociedades”, *Revista de ICADE*, Septiembre-Diciembre 1997, pág. 210.



Capítulo V

La importancia
de la prueba pericial
económica en el
procedimiento penal

Lunes, 16 de junio de 2008

Moderadora:

Dña. María del Pilar Laguna Sánchez
Vicerrectora de Títulos Propios y Postgrado
Universidad Rey Juan Carlos

La importancia de la prueba pericial económica en el procedimiento penal

D. Vicente Javier González Mota

Fiscal de la Audiencia Nacional

Voy a tratar de exponer desde la experiencia de quince años en materia de delincuencia económica, y especialmente desde esta experiencia en la Audiencia Nacional, en materia de delitos económicos como en temas de financiación del terrorismo, un enfoque que parte sobre el principio que toda actividad delata una capacidad económica.

Voy a tratar la prueba pericial en procedimientos por delitos económicos y lo que pretendo hacer, desde la perspectiva del derecho a un proceso justo, es demostrar la importancia de las pruebas se presentan ante los Tribunales y ante las partes en el juicio, donde el Fiscal y los letrados tienen la necesidad de llevar a juicio un asunto con problemática derivada de la complejidad de las reacciones económicas en la actualidad.

Si normalmente la pericia es un medio de prueba que se puede plantear en todo tipo de delincuencia, realmente, en la delincuencia económica la pericia económica es una parte esencial del procedimiento. En mi opinión, tanto en lo que es el pequeño delito de fraude fiscal, o lo que son los fraudes en sistema inmobiliario, por ejemplo, pienso en el juicio PSV, o lo que serían fraudes en el sector bancario, piensen en el juicio del caso Banesto o en mercados de valores, Gescartera, etc. La prueba de cargo o de inocencia viene sostenida en estos procedimientos sobre delincuencia económica, en mi opinión, en dos factores: la documental y la pericial.

No resulta especialmente esclarecedor en ocasiones lo manifestado por el imputado, que naturalmente puede ser objeto de valoración; no estamos en la determinación de un juicio basado en testigos por cuanto las relaciones económicas en la actualidad se documentan. La prueba viene sostenida en el análisis de una situación compleja, en la trascendencia de esa operativa económica, en el significado de la misma a las luces del mercado y qué significa desde la perspectiva de la norma que, como verán no se trata de cuestiones fáciles.

Por ello la prueba pericial creo que se convierte el eje de los procedimientos en que se imputa un fraude económico, de la investigación de las actividades que podríamos hablar dentro de la delincuencia económica.

El punto de partida estaría situado en la exigencia, ya desde la época de Napoleónica de codificación que lo que no está en el proceso no existe. El Tribunal nunca podrá dar o quitar la razón a las partes si no se basa en el estudio y análisis de las pruebas que haya en el juicio no de lo que haya pasado en la realidad al margen del procedimiento penal.

El Tribunal va a tomar su percepción como parte independiente ajena al conflicto desde lo que él conozca en el procedimiento penal. Por ello la pericia es un elemento esencial tanto para la acusación como para la defensa, para probar si lo que ocurrió se puede llevar y se puede traducir en un juicio en razón de un veredicto de inocencia o culpabilidad.

Por ello entro directamente al análisis de la pericia con el deseo de que la información les sea de utilidad, de exponer datos que les podrían ser de interés en el supuesto que quiero analizar, cuál es la actuación o respuesta que da el poder judicial español a la delincuencia económica, o en el caso de que se dediquen profesionalmente a esta materia, cómo poder abordarlo.

El primer elemento que les quiero decir es que la pericia como elemento esencial del procedimiento penal, su proposición, tiene unos requisitos, siendo el primero el de que la pericia que se proponga y sea practicada debe ser pertinente, tiene que estar relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo.

En este sentido establece el Tribunal Supremo Sala 2ª entre otras Sentencias de 1.591/2001, 976/2002, que tiene que haber una conexión entre lo que se vaya a practicar, en lo que vayamos a pedir a los peritos o al departamento al que hemos solicitado ese análisis pericial, con el objeto del fallo por parte del Tribunal, de tal forma que si el Tribunal debe decidir sobre la práctica de la pericia, la primera cuestión que se debe plantear es si hay o no que proponer este objeto de pericia. En este sentido además de tener conexión con el objeto ha de ser necesaria, es decir, hay que acreditar para proponer esta prueba pericial que debe tener utilidad tanto para los intereses de la defensa como para el interés del Tribunal. La defensa debe motivar la necesidad de su práctica en tanto que medio de prueba cuya no práctica le generaría indefensión. Así la facultad de revisión de la pertinencia está señalada por la Sentencia 1.289/1929 de 5 de marzo, es decir, esa prueba pericial hay que proponerla adecuadamente y hay que justificarla, no bastando el hecho de estar personado en el procedimiento para que las pruebas propuestas sean admitidas por relevantes. La pericia entra dentro del derecho de la prueba, que no es un derecho absoluto e incondicionado, puesto que el Juez o Tribunal, tiene la facultad de admitir o inadmitir las pruebas por no considerarlas

pertinentes o por no considerarlas necesarias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 659 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 765 apartado 1º. Entre otras Sentencias la de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 9 de diciembre del 2003.

Además la pericia debe ser posible, no se puede admitir ni se debe solicitar la pericia que materialmente no sea posible realizar bajo el argumento de que es necesaria para probar la inocencia o culpabilidad.

Otra característica es que la prueba se rige por el principio de igualdad de las partes. La pericia es un elemento que pueden proponer tanto acusación como defensa. Desde estos parámetros que parecen generales es donde se van a plantear o suscitar las cuestiones para ganar o perder la práctica de la prueba pericial ante los Tribunales. El Tribunal es experto en Derecho pero no es experto en el objeto de la pericia, (por eso precisamente se llama pericia). Pero dentro de las funciones del Tribunal, en lo que sí que es experto éste, es en valorar porque entra dentro de sus facultades si debe o no admitir la práctica de esa pericia.

La pericia en mi opinión tiene tres funciones: esclarecer los hechos y servir como medio de prueba para acusación y defensa.

Ayudar al esclarecimiento de los hechos como cualquier otro medio de prueba. Ésta es la esencial aunque en la práctica, después de algunos años de experiencia profesional, permítanme encontrar valores de estrategia procesal añadidos. Para la acusación además la pericia tiene el objeto de servir de soporte para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. En un Tribunal, en un juicio, se tiene el derecho a ser considerado y a ser absuelto si no prueba la acusación lo contrario, de tal forma que la pericia para la acusación va a ser aportada y propuesta como un elemento de cargo, sobre lo que no se debe perder la perspectiva por parte tanto de la defensa del imputado como de las demás partes y el propio Tribunal. La pericia para la acusación significa ayudar a esclarecer los hechos y significa pedir un soporte para que el Tribunal apele a su condición de culpabilidad con este elemento.

Por el contrario para la defensa la pericia además de este valor tiene un carácter estratégico. En mi opinión, en los grandes juicios por fraude económico, la defensa utiliza legítimamente la pericial con un fin estratégico, de un lado para contrarrestar con esta prueba otra pericia que no le hubiera sido favorable a los intereses que representa, o sometiendo a lo primeramente practicado una contradicción que haga dudar al Tribunal sobre las conclusiones del perito. Nos encontramos en ocasiones en la práctica que se trata de la "pericia de la pericia", es decir, un informe pericial económico que pueda llegar a conclusiones distintas o conclusiones diferentes aunque puede que no incompatibles que el aportado por la acusación.

Por ello la pericia entiendo tiene un valor esencial como elemento que viene a construir la verdad procesal, como elemento de estrategia procesal de las partes, como prueba de cargo o como prueba para obtener un veredicto en favor de los intereses de la defensa.

El Derecho Penal es un derecho de certezas y la sentencia debe basarse sobre elementos indubitados y expresados, es decir, deben ser elementos claros que describan una acción prohibida por el ordenamiento y probada conforme a esta regla de igualdad de armas entre las partes, probada conforme a la convicción que lleva el Tribunal de este elemento.

Aunque el objeto de la pericia no es establecer cuál es el objeto del procedimiento, porque ese es un objeto que la ley atribuye al Tribunal y al Juez instructor, la Autoridad Judicial deben fijar cuál es el objeto de debate entre acusación y defensa, en mi opinión, en delincuencia económica la pericia tiene que ayudar a esclarecer si se han dado o no en ese movimiento económico. En el análisis de esa operación económica tiene que clarificar o esclarecer cuáles han sido los elementos de la operación y además el impacto económico, e incluso permítanme el jurídico de la misma. Puede resultar poco ortodoxo decir que la pericia se va a pronunciar sobre elementos de derecho porque la regla es que no cabe la pericial de derecho porque el Principio "curia iuris novit" implica que el Tribunal conoce cuál es el derecho aplicable.

Esto, en mi opinión, choca con la realidad. No hay procedimiento económico donde técnicos en la materia, si estamos hablando de un delito Fiscal, auditores procedentes de la intervención, y otros profesionales, se pronuncien no sólo sobre el impacto de la operación economía, sino se pronuncien también sobre la respuesta normativa que hay a esa operación. Por tanto deberá extremarse el análisis de que la pericial, que no será admisible una pericia sobre derecho, pueda pronunciarse sobre el fondo aunque para ello sean necesarios conceptos jurídicos o conocimientos en derecho.

El Tribunal Supremo en Sentencia de la sala 2ª de 15 de diciembre de 2006 es el recurso número 1.220/2006, del de recurso 779/2005, ponente magistrado Bacigalupo Zapater, estimó parcialmente los recursos de casación en un delito de fraude económico por entender que la sentencia no era clara. En este sentido, quiero resaltar la importancia de la prueba pericial que frecuentemente deberá resolver extremos que esta Sentencia del Tribunal Supremo declaró que debió pronunciarse el Tribunal de Instancia, extremos que se refieren a conceptos jurídicos o a conceptos normativos. La sentencia estimada de los recursos de la defensa para la vía de quebrantamiento del artículo 851 nº1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque no llegó a conocer el Tribunal de Casación cómo había formado la Audiencia Nacional su juicio de valor sobre qué elementos estaban probados, qué infracciones normativas se cometían y cuáles estaban en las pruebas de ello.

En este sentido dice el Tribunal Supremo que una incorrecta delimitación de las cuestiones de hecho y de derecho cuya separación es la plataforma donde se apoya la técnica del recurso de casación constituye un quebrantamiento de forma.

La tradicional división entre cuestiones de hecho y de derecho es fácil de limitar en lo que denominaríamos la delincuencia ordinaria o delincuencia común. En un homicidio, la acción será privar de vida a otra persona, la norma sería “se prohíbe matar”. Tanto la norma valorativa como la prohibición contenida en la forma son fácilmente visibles, la acción típica es fácilmente acreditable, estaría integrada a modo de ejemplo por coger un arma, por haber disparado y causado la muerte. No presenta especial complejidad individualizar los medios de prueba en función de los elementos llevados a juicio, podríamos distinguir qué elementos periciales nos llevan a probar los hechos, la trayectoria del disparo, distancia, lesividad de órganos, etcétera. Podemos encontrar prueba pericial sobre el arma intervenida, si es la misma que se utilizó en los hechos o no, etcétera. La norma de conducta, el derecho aplicable no presenta tampoco dificultades, radicaría en la prohibición de matar, puesto que la vida es un bien jurídico esencial. En la delincuencia económica esto no ocurre así porque conceptos de hecho como el hecho imponible o la base imponible, desgravación, etcétera, precisan para su comprensión una valoración normativa, conceptos jurídicos especializados en la materia.

El Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-12-2006, nº 1220/2006, rec. 779/2005. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique se pronuncia estimando “parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la Hacienda de la Comunidad Europea, falsedad y fraude continuado”. La acusación pública se sostenía en que los acusados fueran condenados por no haber tributado las cotizaciones correspondientes a los excesos de producción autorizada de azúcar (azúcar C) por los correspondientes reglamentos comunitarios y por la cotización para la compensación de los gastos de almacenamiento, regulados por las mismas normas, así como por las dictadas en España para su ejecución. Consecuentemente, el hecho probado debe establecer todas las circunstancias fácticas y normativas que sean relevantes para determinar la tipicidad de la acción o la exclusión de dicha tipicidad.

El Tribunal estimó por la vía del quebrantamiento de forma del art. 851.1º LECrim, el recurso interpuesto pues entienden que el relato de hechos probados carece de claridad o incurre en alguno de los otros incisos de la disposición citada.

Siguiendo la sentencia podemos señalar como elementos necesarios para una sentencia condenatoria:

- Relación entre tipo penal y hecho probado: la estructura de los tipos penales no es indiferente a los efectos de definir la claridad de los hechos probados. Por lo tanto, además de los casos de incompreensión comunicativa de la redacción del texto, también entran en consideración otros aspectos.

- Los quebrantamientos formales que se refieren al relato de los hechos probados (art. 851.1º.2º LECrim; art. 851.1 EDL 1882/1; art. 851 .2 EDL 1882/1) tienen la finalidad de permitir al Tribunal de casación comprobar la corrección o incorrección de la subsunción. Por lo tanto, a partir de estas consideraciones, es preciso concluir que una incorrecta delimitación de las cuestiones de hecho y de las de derecho, cuya separación es la plataforma en la que se apoya la técnica del recurso de casación, constituye un quebrantamiento de forma del art. 851.1º LECrim, pues impide al Tribunal de este recurso comprobar la correcta aplicación del derecho aplicable.
- Hechos Relevantes, Separación Hecho y Derecho: El art. 851.1º LECrim impone a los Tribunales de Instancia establecer los hechos relevantes a los efectos de la aplicación del derecho que se desprende de la pretensión de la acusación, de tal manera que en el marco del recurso de casación sean separados claramente los aspectos de hecho de los de derecho. Todo ello requiere tener en cuenta que el concepto de cuestiones de hecho y de derecho no se identifica simplemente con la diferenciación entre lo fáctico y lo normativo. Por el contrario, se trata de la clara distinción entre la materia que es objeto de posible subsunción bajo un tipo penal y el tipo penal mismo.
- Consecuentemente, constituye un supuesto de falta de claridad la ausencia de una clara separación de las cuestiones de hecho y derecho.
- Esta exigencia adquiere diversas configuraciones según la naturaleza de la ley aplicable. En el caso de las leyes penales en blanco, como es el supuesto del delito Fiscal del art. 305.3 del Código Penal es necesario que el Tribunal haya determinado en los hechos los que serían relevantes para la comprobación de la elusión del pago de un tributo (nacional o comunitario). La relevancia de los hechos, al tratarse de una ley penal en blanco que sólo establece la infracción de una disposición Fiscal, en este caso comunitaria, se deriva de la norma que establece el hecho imponible.
- Por lo tanto, es preciso poner en claro cuál es el hecho imponible, pues el objeto del proceso es el que la acusación tiene la pretensión de que alguien sea penado por un delito Fiscal. La acción típica, no es sólo la realización de un hecho carente de connotaciones normativas, sino una acción que vulnera una norma (Fiscal) extrapenal. En otras palabras, la determinación de los hechos que configuran la infracción de la norma Fiscal debe tener reflejo claro en el hecho probado, para lo cual es preciso que allí se hagan constar no solamente los aspectos fácticos del hecho imponible, sino también los normativos, que se refieren a las normas Fiscales infringidas.

De acuerdo con lo que antecede, el Tribunal a quo debió establecer en forma clara:

- a) En primer lugar cuál es el Reglamento comunitario que entiende aplicable, dado que han estado vigentes durante los distintos ejercicios tres Reglamentos que regularon organización del mercado en el sector del azúcar que podrían ser aplicables (Reglamentos CEE núm. 1785/81; 2038/1999 y 1260/2001).
- b) Las cantidades de producción autorizadas (azúcar A y B) para cada fábrica en forma diferenciada, que será la base para el cálculo de la cotización para la compensación de los gastos de almacenamiento.
- c) Los excesos de producción (azúcar C) también diferenciados según cada fábrica y las cantidades exportadas, si las hubiera.
- d) Cada una de las declaraciones documentadas correspondientes a los anexos IV y VI de la O.M de 25.9.1987, especificando su contenido y la discrepancia real con las cantidades que hubieran debido ser declaradas.
- e) El tipo aplicable para el cálculo de las cotizaciones para la compensación de los gastos de almacenamiento.
- f) El tipo aplicable para el cálculo de la exacción reguladora sobre el azúcar C.
- g) Si alguna de las normas aplicables ha perdido vigencia después de cometidos los hechos, estableciendo de qué norma se trata y en qué disposición normativa está contenida.
- h) Condición de las empresas obligadas (a los efectos de constatar los extremos de los arts. 3 y 4 O.M de 25.9.1987, art.3 EDL 1987/12488, art.4 EDL 1987/12488)
- i) La participación concreta de los acusados en las tomas de decisiones sobre las cuotas de producción y sobre el contenido documentado en los anexos IV y VI mencionados.
- j) Cada uno de los documentos que se estiman falsificados individualizadamente, expresando el folio en el que se encuentran, su contenido y el nombre del que lo emitió, así como las circunstancias de hecho determinantes de su discrepancia con la realidad que deberían haber documentado.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Tribunal a quo deberá establecer en los Fundamentos jurídicos:

- a) Los fundamentos de la prueba de los aspectos constitutivos del hecho imponible, es decir, de la cantidad concreta de cada uno de los excesos de producción de azúcar por encima de las cuotas autorizadas en cada ejercicio.

- b) La subsunción del hecho probado bajo el tipo penal del art. 305 del Código Penal
- c) Los fundamentos de la autoría de los acusados, teniendo en cuenta que el delito Fiscal no es un delito de propia mano, como se dice en la sentencia de instancia, sino un delito especial, pues sólo el sujeto Fiscalmente responsable puede ser autor del mismo, y, si es el caso, el representante que haya realizado la acción en nombre del obligado.

¿Qué nos está diciendo el Tribunal Supremo? ¿Qué requisitos pide el Tribunal Supremo a la Sala de Instancia? ¿Pueden estos extremos ser objeto de pericia? En mi opinión no existe inconveniente en que la pericia se pronuncie sobre los extremos señalados por el Alto Tribunal. Prueba que será valorada junto a otros medios de prueba, ya señala el Tribunal Supremo que deben individualizarse los documentos que sostengan una condena por falsedad, la discrepancia entre la realidad y el contenido de esos documentos.

Pero esa determinación compleja de todos estos elementos que dijo la sala que no se veía en la sentencia a distancia y, por tanto, anulaba las condenas, es lo que yo he encontrado como elemento esencial quizás para la proposición de una prueba pericial. La pericia económica se pronuncia, como en este ejemplo, sobre un elemento que luego resulte esencial para el Tribunal para llegar al fondo, hay que decir lo que ha pasado, la normativa que había en vigor, cómo se documentó y lo que no debió pasar.

Todos estos elementos en la pericia económica forman parte y la diferencian de la pericia de otro tipo de delitos. Y como vemos, ayuda a esclarecer un elemento esencial para poder pronunciar la prueba de cargo, hay que determinar elementos normativos y no normativos en la formulación de este delito.

El segundo de los elementos que debemos entrar, –ya sabemos por qué es importante desde la perspectiva de la acusación, porque si no se determina esto con claridad mediante prueba practicada en juicio no se puede llegar a un veredicto de condena–, el siguiente elemento que debemos practicar es: ¿Y quién debe hacer la pericia? ¿Quién es la persona que debe comparecer como perito ante el Tribunal en la fase de instrucción ante el Juez y ante el Tribunal en la fase de prueba?

Ciertamente nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que no es del siglo pasado sino que hace dos siglos regula en los artículos 457 y ss la realización de la pericia. Cuando dice la pericia que son dictámenes periciales son aquellos emitidos cuando el Juez o Tribunal necesita conocimientos artísticos o científicos.

A pesar de ser bicentenario la ley, en mi opinión la regulación de la pericia no supone un obstáculo para la correcta práctica de la misma, da una respuesta razonada a las condiciones y problemas que surgen en los Tribunales sin perjuicio de la

necesaria adaptación a las situaciones que se presentan en la actualidad. Una de esas adaptaciones debe referirse al nombramiento de peritos. En este sentido la ley dice en su artículo 357: *“la pericia se necesita que esté hecha por titulares mejor que por no titulares, y en esto lo va a distinguir, son peritos titulares los que tienen un título oficial de una ciencia o arte, donde el ejercicio esté reglamentado por la administración, pero en materia de la delincuencia económica una primera cuestión sería la de que ciencia o arte necesitamos para la realización de la pericia.”*

El artículo 458 nos dice que el Juez se valdrá de peritos titulares y en el 464 se exceptúan, y artículo 468 quiénes no pueden ser peritos. No puede ser naturalmente la víctima, no pueden ser los parientes del acusado, los que tienen interés directo o indirecto o los que tienen amistad íntima o enemistad manifiesta. Es decir, la regulación normativa para procedimiento sobre fraude económico o delincuencia económica no da claras pautas legales de quién debe llevar esa pericial para poder permitir al Tribunal llegar a la convicción.

A ello debe añadirse la necesidad de que las partes a través de los medios de prueba puedan sostener la petición en defensa de los intereses que representan, teniendo en cuenta que para el Fiscal el interés es la persecución de la ley no teniendo interés concreto o personal en el procedimiento, pero legítimamente, la acusación por parte del ofendido o la defensa por parte del ofensor, sí pueden necesitar en el sentido dicho fijar los parámetros de cómo elegir quién tiene que realizar esa pericia para que podamos llegar al fondo, para que podamos llegar a la sentencia favorable a la pretensión que representan. Se plantea por tanto la necesidad de decidir de donde obtenemos a quiénes hacen o deben hacer las pericias económicas, ¿los elegimos del sector público o del sector privado? Es una determinación que le surge en seguida al Ministerio Fiscal que es el que va a sostener la acusación, pero que naturalmente se plantea respecto a acusación y defensa.

En la jurisprudencia encontramos que se ha planteado, especialmente en cuanto a pronunciamientos en materia de delitos contra la hacienda pública, la posibilidad de la existencia de un conflicto de intereses cuando la pericia la hacen funcionarios públicos. El planteamiento iría en los términos que si en estos procedimientos se nombra como perito a un Inspector de Hacienda cuya finalidad es la lucha, permítanme decirlo de forma gruesa, contra el fraude fiscal, una pericia que sea emitida por un Inspector de Hacienda tiene comprometida su imparcialidad por tener un interés en la persecución del fraude fiscal, de tal forma que sería un planteamiento nulo.

El auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª de 8 de octubre de 2006 es el número 427/2006 ante el recurso 287/2006, ponente don Pedro Javier Altares Medina ha tratado la determinación del uso o la validez que tiene el uso de la pericia económica por parte de un Inspector de Finanzas, es decir, la pericia económica realizada desde el sector público.

Creo relevante el conocimiento de esta resolución porque en este auto podemos encontrar el planteamiento de la cuestión, como yo creo que se da en numerosos procedimientos de delincuencia económica. El objeto del recurso lo constituía la providencia que a instancias del Ministerio Fiscal, nombró un perito con la cualificación de Inspector de Hacienda para que examinara la documentación contable existente en las actuaciones y se pronunciara sobre los elementos que solicitaba la acusación pública.

Frente a ello la defensa recurre planteando tres grupos de cuestiones que creo tienen especial relevancia:

- la innecesariedad de la pericia
- en el caso de ser necesaria no la debería hacer un Inspector de Hacienda, sino que en su caso lo hiciera un auditor de cuentas jurado inscrito en el ROAD, que salga disconforme a las reglas de insaculación o sorteo, en fin, que salga de forma reordenada, pero que no se realice por un Inspector de Hacienda.
- se trata de una investigación prospectiva.

Respecto a la primera cuestión se alegaba que este procedimiento, instado a iniciativa de la Fiscalía Anticorrupción, entiéndanme, no se plantea por un delito contra la Hacienda Pública. Genéricamente el Juez ha admitido la incoación del procedimiento por delitos contra la Administración Pública, pero no contra el delito de fraude fiscal, no contra Hacienda Pública, y además el Fiscal en su querrela, en el ejercicio de sus acciones ha planteado otros delitos, los delitos de cohecho, de malversación, de tráfico de influencias. Estos delitos que para el recurrente no habían sido acogidos hasta ahora por los pronunciamientos judiciales, sino que el juzgado conocía de los hechos bajo la rúbrica de delito contra la Administración Pública, que no contra la Hacienda Pública. De tal forma que el primer objeto de impugnación de la pericial del Inspector de Finanzas se sitúa en que no se trata de una imputación para el delito Fiscal.

El segundo de los argumentos sobre el que han de pronunciarse los Tribunales es un argumento de fondo y a su vez que no lo haga un inspector Fiscal, porque claro, si la Agencia Tributaria encuentra un impacto fiscal en cuanto a esas obligaciones no han tributado conforme ella cree que deben tributar va a tener interés el perito en llegar a una realidad distinta, va a tener interés en acentuar una realidad que ya no es absolutamente imparcial, que es lo que se requiere del perito.

El tercero de los motivos de impugnación que se encuentra, creo con cierta frecuencia en este tipo de procedimientos, es el de que se alegue que bajo una imputación concreta se intenta abrir una causa general contra el mismo. En estos

procedimientos que surgen de la “*noticia criminis*” o del conocimiento de que hay operaciones sospechosas de encubrir delitos es necesario utilizar las bases de datos del Estado de Agencia Tributaria especialmente, entre otras, que contienen una inmensa información y que por ello puede aparentar que la investigación no se refiere a una imputación concreta sino que nos encontramos ante un aluvión de información como si fuera una causa general contra el investigado, por tanto como la economía rige en todos los actos de su vida social se encuentra presente en casi todas las facetas de la vida de la persona, debiendo señalarse que la apertura de una causa general, en la medida que se convierte en una investigación prospectiva es absolutamente inadmisibles.

El Tribunal rechazó las impugnaciones argumentando que la concreción de unos hechos delictivos como los de cohecho, malversación y tráfico de influencias y otros instrumentados respecto a los mismos no excluye el impacto fiscal de estas operaciones.

En este sentido es objetivo del procedimiento el análisis de los flujos económicos entre las empresas del imputado y aquellas otras que serían instrumentales de otras personas que operarían con las finalidades objeto de investigación de estas conductas de cohecho. Y esa determinación de que el objeto del procedimiento aunque sea para los delitos de cohecho o malversación ya está dentro del objeto de instrucción procesal, permite esclarecer todos los elementos e impactos que tenga, de tal forma que podría formularse imputación sobre el delito de malversación, porque lo que va a fijar el objeto del procedimiento son los hechos y no la calificación jurídica de la que se dé.

El segundo de los elementos que se da sobre la investigación general prospectiva, ciertamente la misma está prohibida, entre otras recoge la sentencia del Tribunal Supremo 41/1998 24 de febrero, se basa sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 27 de junio de 1988)

No se puede hacer una causa general contra un ciudadano, y esto a veces se plantea en un procedimiento penal, que se viene a decir, que un Juez que está investigando, no es un Juez imparcial porque podría estar intentando obtener elementos de prueba que justificaran las propias medidas que hubiera dictado durante la instrucción, más que convertirse en árbitro imparcial de la instrucción.

Sin embargo el número de diligencias a practicar en una investigación, la amplitud y objeto de las mismas viene determinado por lo que se esté investigando, por la dificultad de esclarecer los hechos. La investigación de la delincuencia económica que en muchas ocasiones, puede requerir un elevado número de diligencias que alcancen un amplio círculo a personas y entidades para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, es decir, que el número voluminoso de diligencias, la complejidad o la realización de numerosa documentación no se convierten en causa general por sí solas sino que hay que demostrar que falta esa relación de conexidad

entre los hechos objeto de instrucción y el elevado número de diligencias.

Por ello el Tribunal confirmó la necesidad de práctica de la prueba pericial al estar centrada sobre el tráfico de flujos monetarios de las empresas del imputado, de las personas que están y de las empresas instrumentales, que catalogadas bien como delitos públicos como hace el Juez, bien como delitos de corrupción como hace el Fiscal, o bien como ahora propone comercialización tributaria, tienen un punto común que son los mismos flujos económicos, de tal forma que si se admite por esta vía, se confirma la realización de la pertenencia de esta prueba pericial.

En relación al nombramiento como perito del Inspector de Hacienda por este hecho no pierde su condición de pericia imparcial. En definitiva dentro de las funciones de los Inspectores de Hacienda, del Ministerio Fiscal en su recurso, si hay funcionarios públicos especializados en asesoramiento a Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal en materia económico-financiera son precisamente los Inspectores de Hacienda, porque ya en la Ley 66/97 en la 31/90 o en el actual Decreto 933 o el 39/87 de 25 de abril, recoge en un cuerpo normativo que los hace especialmente idóneos para asesoramiento de Jueces y Tribunales. Además está admitido que el Inspector de Hacienda no compromete su imparcialidad entre otras, por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero del 2000 u otras muchas.

En este sentido el Tribunal Supremo se ha pronunciado con la misma claridad. Observen, la Sentencia número 2.069/02 de 5 de diciembre, ponente Baldomero Menéndez de Lúcar dice que en cuanto a la imparcialidad de los peritos se pronunciaba la vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado no generaba en absoluto interés personal en la causa ni les inhabilitaba para actuar como peritos objetivos e imparciales.

El razonamiento que utiliza el Tribunal Supremo es que si siguiera el criterio contrario, el de la parte, el imposibilitar a los que trabajan para el sector público en la práctica de prueba pericial, los dictámenes balísticos, grafológicos o dactiloscópicos deberían ser solicitados por el Fiscal del sector privado, por cuanto estos peritos forman parte del Ministerio del Interior y, por tanto, tienen una relación laboral que encardinaría o que estaría dentro del mismo supuesto que ustedes atribuyen a los Inspectores Fiscales, entre otras sentencias del Tribunal Supremo 1.688/2000.

Eso ocurría en general con todo tipo de funcionarios públicos que participaban en el ejercicio de la pericia y el Tribunal Supremo lo desmonta con un criterio bastante consolidado. Permítanme citar a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 20/01 de 28 de marzo, o debo citar el ponente Don Cándido Conde Pumpido, actual Fiscal General del Estado, viene a decir que la actuación de los funcionarios públicos sirve con objetividad a los intereses generales y que no existe ningún tipo de acción en esta materia por falta de imparcialidad. La Sentencia 1.368/99 de 5 de octubre, ponente José Antonio

Martín Pallín, se pronuncia en los términos de que si prosperara esa tesis en cada procedimiento que interviniera la Abogacía del Estado no se podrían utilizar peritos pertenecientes a organismos oficiales. Por ello yo creo que es pacífico sentar que la pericial puede estar realizada desde el sector público, y además que para el sector público es obligatoria.

De otro lado el llamamiento a la participación en la pericia es obligatorio. La administración no puede decidir si coopera o no con un Juez. El auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 2ª, 19 de junio del 2003, es el recurso 473/1999 revoca en términos duros la decisión del Juez Instructor que no conseguía que la Administración Tributaria del País Vasco realizara una pericia. La Sala dice *“no estamos en un pleito civil y no es en consecuencia aplicable el art. 242 LEC”*. El proceso penal no se rige por el principio de rogación y no se trata, tampoco, de buscar una verdad formal sino material para lo que el órgano judicial debe realizar cuantas diligencias de investigación estime necesario en orden al esclarecimiento de los hechos y averiguación de los culpables (art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y por ello no hay distinción entre diligencias solicitadas por la acusación (Ministerio Fiscal) o por la defensa (art. 311 Ley de Enjuiciamiento Criminal):

“El Juez de instrucción practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales”

Sorprende por ello que el Juzgado acepte la negativa del referido servicio de peritaciones y se pliegue en su Auto de fecha 04/11/2002 a sus deseos con el fin de salir de un “callejón” en el que reconoce le ha introducido la propia administración-AEAT al no querer designar un perito por el infundado argumento de que es un acto de parte.

Por ello, no siendo de recibo la negativa del tan referido servicio de peritaciones dependiente de la AEAT y menos aún que el Juez de Instrucción venga a tomar una decisión que contradice sus resoluciones anteriores por verse “ante un callejón sin salida” provocado, como razona el Auto recurrido, por el mismo servicio de la Administración que está obligado a proporcionar a los órganos judiciales de este territorio los recursos personales y materiales necesarios para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que se traduce en un incumplimiento de esta obligación y sobre todo en una intromisión intolerable en las funciones jurisdiccionales que además de ir en detrimento de éstas vulnera derechos de defensa, procede revocar el Auto recurrido, que se deja sin efecto, debiendo estarse a lo acordado en Auto de fecha 12/11/2002 y en consecuencia teniendo ese órgano de la administración que cumplir la orden judicial recibida, sin perjuicio de que, si persistiere en su negativa dicho servicio de peritaciones dependiente de la AEAT a dar cumplimiento a la orden judicial de designación de perito, el Juzgado de Instrucción valore la posible comisión de un delito previsto en los artículos 410 y ss del Código Penal.

La cuestión que plantea en mi opinión mayor controversia es si ese perito que es nombrado perteneciente a la Administración Pública puede ser o no el actuante de actuaciones administrativas previas. La Audiencia Nacional, Sección Primera de lo Penal dictó Sentencia, en el rollo de Sala 15/2005 procedimiento abreviado 262/1997 proveniente de las actuaciones del Juzgado Central nº5, y estudió la compatibilidad del Inspector de Hacienda con su cualidad de perito.

Aquí lo que se plantea, y eso se plantea en general en todas las provincias, es qué ocurre cuando el perito designado no es un Inspector de Hacienda cualquiera, sino que es el Inspector de Hacienda que ha realizado las actuaciones de comprobación de inspección, el que ha realizado esas actuaciones, se ha evaluado, y ha sido nombrado además por la administración y por la misma persona que ha acordado la paralización del procedimiento administrativo y la revisión a la autoridad judicial. Es decir, el delegado de Hacienda que ha decidido remitir las actas de comprobación e inspección al juzgado porque en esas actuaciones practicadas por el Inspector de Hacienda se aprecia la existencia de delito, cuando el juzgado continúe el procedimiento y solicita el nombramiento de un perito, la Administración Tributaria propone para su nombramiento al Inspector que ya conoce el procedimiento, que es el que ha realizado esas actuaciones de inspección y comprobación. En el caso en que se pronunció la Audiencia Nacional ya señalado además se daba la circunstancia que el perito era el jefe de la unidad de apoyo a la Fiscalía Anticorrupción. El inspector habría participado en actuaciones previas, habría podido participar asesorando al Ministerio Fiscal y había participado como perito.

Esta Sentencia de la Audiencia Nacional de este procedimiento anula el nombramiento de este perito porque dice que en ese puesto en concreto concurre una causa de asesoramiento de parte y de Juez que hacen que no sea un perito idóneo, no existe ninguna desvaloración que cuestione la capacidad del perito, pero el Tribunal en la instancia se pronuncia contrariamente a la tesis de admitir la pericial propuesta. La Sentencia está recurrida, y queda con ello encima de la mesa cuál es el valor que debe hacerse en la designación de peritos cuando ellos han participado en una fase previa.

El último de los elementos que se pronuncian en relación a la prueba pericial es que debe ser una verdadera prueba pericial, no vale cualquier cosa para que la llamemos pericial, no podemos coger la laxitud de la ley y decir perito a quien tiene conocimientos científicos o artísticos, sea o no titulado para decir que eso es una prueba pericial.

Permítanme un ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona sección 6ª, Sentencia 25 de octubre de 2000, recurso 121/1929, ponente Clara Eugenia Ballarri García. Se plantea un procedimiento con una compañía de seguros que trata de acusar

de fraude a una persona que ha sufrido un accidente diciendo que ha falseado sus lesiones y para ello lo prueba mediante una pericial. Este perito, ¿cómo lo nombra? Pues designa a la compañía de seguros y esa pericia se hace sobre unas fotocopias que manda la parte a su perito, y estima que esas lesiones son absolutamente imposibles de producir, por tanto estaríamos ante un informe de parte sobre el material que la parte ha suministrado sin contradicción.

La Audiencia de Barcelona aquí hace un serio correctivo a la parte que lo propone porque le dice que una pericia elegida tanto respecto al fondo como respecto al perito y al objeto de la pericia, una pericial sobre unos documentos aportados por la parte no pueden tirar por tierra una pericia realizada por el médico forense o por los que estaban nombrados en el procedimiento de acuerdo a las normas generales.

La forma de plantear el objeto de pericia durante la instrucción, el nombramiento del perito y los efectos que se van a periciar en los términos regulados por la Ley Procesal, se propone al Juez, el Juez lo acuerda, las partes participan, hacen las preguntas, pueden valorar, etcétera; no es la forma en que encontramos su práctica en los procedimientos por delincuencia económica. Lo que nos encontramos es, en legítima defensa de unos intereses como son las partes personadas, que la pericia se plantea, dentro del procedimiento abreviado, con nominación por las partes del perito, suministrándole el material de la pericia y presentándolo incluso al principio de las sesiones del juicio oral. Frente a la nombrada por el Juez Instructor en que se basa la acusación del Ministerio Fiscal, realizada por funcionarios públicos, en la práctica serán miembros de la Intervención General del Estado, funcionarios pertenecientes al Banco de España o de la Agencia Tributaria, en los juicios más relevantes, las partes van a proponer una pericia de la pericia a través de personas de indudable capacitación profesional pero que entran a analizar sólo los documentos que prepara la defensa, análisis de documentos que se hace sin control judicial en cuanto a su selección. En la práctica bajo el Principio de Tutela Judicial Efectiva y Derecho a la prueba los Tribunales la admiten, lo que en mi opinión puede plantear problemas sobre el que no todo documento debe acceder al proceso, ha de haber un control de calidad en la selección del material que va al procedimiento, es decir, una resolución por parte del Juez que señala que documentos son o no pertinentes para su incorporación a la causa, sin que las partes tengan derecho a ser ellas las que deciden sin control judicial cuales son los pertinentes. El control contenido en el auto de admisión de pruebas realizado por el Tribunal se hace bajo esta premisa admitiendo incluso la práctica de la prueba que no conoce por cuanto su realización se difiere a un momento ulterior, entre el señalamiento del juicio oral y la celebración de sus sesiones.

Quiero terminar apuntando dos cuestiones:

- En primer lugar la pericial es un elemento de prueba más y no obliga al Juez a estar de acuerdo con el perito; es decir, que a pesar de lo afirmado por el delito la sentencia puede aclarar los hechos probados o llegar a conclusiones distintas al perito. Ello no convierte en papel mojado el dictamen pericial por cuanto si el Juez se aparta de la pericial tiene que explicar razonadamente por qué se aparta. De ahí viene el valor de pedir y de proponer la prueba pericial. Es decir, el Juez tiene libertad de criterio, el Tribunal tiene libertad para asumir o no las conclusiones de pericia, pero si la pericia es única para que se puede apartar porque hay otra pericia que dice otra cosa distinta, porque hay varias pericias. Ni siquiera en el supuesto de prueba pericial única el Tribunal queda vinculado a sus conclusiones pero tendrá que explicar conforme a la lógica por qué no asume las mismas, y en este sentido si la pericia está bien hecha, está bien seleccionado el objeto de la pericia, se pronuncia sobre todos los extremos y está hecho por un técnico en la materia, la pericia puede ser un elemento esencial para el recurso de la parte.
- ¿Cuál es el valor de las sentencias de comprobación o inspección por parte del Estado? Vivimos en una economía reglada, los bancos, las sociedades gestoras, las sociedades de valores están reguladas y supervisadas por los respectivos organismos, servicio de inspección del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las compañías de seguros por la Dirección General, etc. En una economía de mercado donde los principales movimientos económicos están controlados por unos supervisores es muy difícil que no encontremos unas actuaciones de supervisión, porque una empresa que está en el mercado es visible e importante; y está supervisada por la Administración Pública, por sus auditorías, por sus balances de cuentas, lo que lleva el Registro Mercantil.

Esos elementos del auditor de la compañía o esos elementos de las actuaciones de comprobación e inspección por los servicios inspectores de las administraciones contienen un análisis de hechos y de normas aplicables que se parecen a una pericia pero no son pericias, son documentación. ¿Qué valor deben tener o qué responsabilidad incurre el supervisor de la actividad de la empresa cuando no ha detectado lo que luego figura como fraude?

Aún así, el perito cuenta con la ventaja de estar opinando sobre algo en lo que es experto. Por poner una analogía, no es habitual ver a un juez, a un abogado o a un fiscal poner en duda una prueba caligráfica, una prueba de huellas dactilares o una prueba puramente técnica, debido a que no es un área de su experiencia. Eso demuestra que acreditar estos hechos económicos tiene que hacerse desde una perspectiva puramente sólida y técnica.

La importancia de la prueba pericial económica en el procedimiento penal

D. Pablo Bernad Ramoneda

Socio responsable de Forensic de KPMG en España

Desde una perspectiva pragmática, la práctica pericial se realiza en todo tipo de ámbitos, no sólo en lo penal, sino también en lo civil, en lo laboral y en lo mercantil. Con base en nuestra experiencia elaborando este tipo de informes durante los últimos diez años, vamos a desarrollar a continuación los cinco aspectos que encontramos más relevantes relativos a este tema:

El primero de ellos es intentar abordar la utilidad de la prueba pericial: qué se aporta, qué se busca y qué es lo que se intenta clarificar en estas pruebas. La cátedra de Investigación Financiera y Forense, creada por KPMG y la Universidad Rey Juan Carlos, ha realizado un amplio estudio sobre las expectativas de los jueces, abogados y diferentes instituciones públicas respecto a la prueba pericial económica, no sólo en el ámbito penal, sino en cualquier otro tipo de ámbito jurídico. En el estudio se incluye una visión sobre el tema, aportada por los más de 300 jueces y 300 abogados que han participado en el mismo.

Una cuestión bastante frecuente es determinar el grado de utilidad que tiene la prueba pericial en el ámbito penal. La respuesta es contundente: la prueba pericial económica tiene como objetivo “aportar luz” en el procedimiento, contribuir a la comprensión en la instrucción de la investigación económica y, en definitiva, facilitar la toma de decisiones del juez. Por tanto, podemos decir que la prueba pericial económica clarifica procedimientos tales como el fraude fiscal, el fraude inmobiliario, el fraude bancario, o el fraude societario. En muchos casos, uno de los objetivos prioritarios de esas pruebas periciales es individualizar la responsabilidad del delito, es decir, identificar a los autores del hecho punible.

En aquellos casos en que se investiga un fraude económico, es importante explicar cómo se ha cometido este delito, no conformarse solo con probar que realmente ha existido una distracción de fondos, una apropiación indebida. No hay que contentarse con identificar quién lo ha cometido, sino además determinar las circunstancias, el *modus operandi* cómo se ha producido, de forma que el juez

pueda tener todos los elementos para determinar, sin lugar a dudas, que realmente se ha cometido este delito y luego aportar otros elementos probatorios.

En la materia puramente económica, la acreditación de los hechos es algo ciertamente complicado. Es complejo porque nos encontramos en un foro en el que teóricamente estamos cómodos y dominamos los conceptos, pero realmente estamos intentando aportar luz en algo en lo que, generalmente, ni el juez, ni los abogados, ni la fiscalía, son expertos. Sumado a ello, al explicar temas económicos a quienes no son expertos en ello, utilizando terminología demasiado técnica e intentando profundizar en determinados temas, puede suponer el riesgo de no ser comprendidos, y por eso es importante explicarlo de forma sencilla. Afortunadamente cada vez hay mayor especialización en los juzgados, en los despachos de los abogados y en la fiscalía, y cada vez es más fácil para los propios peritos exponer temas económicos.

Aún así, el perito cuenta con la ventaja de estar opinando sobre algo en lo que es experto. Por poner una analogía, no es habitual ver a un juez, a un abogado o a un fiscal poner en duda una prueba caligráfica, una prueba de huellas dactilares o una prueba puramente técnica, debido a que no es un área de su experiencia. Eso demuestra que acreditar estos hechos económicos tiene que hacerse desde una perspectiva puramente sólida y técnica.

Es fundamental que estas pruebas periciales contengan todos los elementos de prueba, procedimientos y documentación que se ha utilizado para llegar a las conclusiones. Estos procedimientos tienen que ser sólidos y robustos. Los cálculos y cuantificaciones deben ser correctos. A veces, un pequeño error en los cálculos que se hacen en un informe, puede llegar a desacreditar totalmente una prueba pericial. El temor del Fiscal, o del abogado de la otra parte es que, en una prueba pericial de 100, 200, 300 páginas, al final, en la tabla principal que determina el importe del fraude, haya una suma mal hecha, o que un cálculo no esté bien realizado. Pues un error de esas características desacredita toda la valía de ese informe, desmereciendo todos los aspectos fundamentales del mismo.

El segundo punto de la ponencia es focalizar la exposición al juez, que es a quién debe servir esta prueba pericial económica. Él es el destinatario último de la prueba. No son los abogados, no es el cliente, no es la fiscalía: es el juez. Al final, a quien se trata de “iluminar” es a quien tiene que dictar sentencia. La prueba pericial tiene que estar hecha única y exclusivamente para el juez. Pero, ¿Qué buscan los jueces? En base a la experiencia práctica y en base al estudio de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense es posible afirmar que, a veces, lo que buscan no coincide con lo que les interesa a los abogados.

¿Qué buscan? Pues, por un lado, que el perito sea independiente y objetivo. No es el momento de debatir si esta prueba pericial la tiene que hacer el Ministerio público o algún funcionario público, agentes tributarios o similares, o empresas

privadas. Lo que sí que es cierto, es que tiene que ser totalmente independiente. Y no sólo serlo, sino lo que casi es más importante, parecerlo.

Este aspecto significa que, a la hora de escribir el informe, tiene que tener cuidado con las cosas que se dicen y con aquellas otras que no se dicen. Asimismo a la hora de exponer y defender el informe pericial, el perito tiene que tener mucho cuidado con los énfasis que pone, ya que corre el riesgo de que el juez piense que no es realmente independiente y objetivo.

Los jueces también valoran mucho el rigor técnico y profesional. Es cierto que, a veces, no pueden evaluar un descuento de flujos de caja, o un método de operaciones comparables, o si este método de analogía en operaciones de mercados similares está hecho con rectitud técnica o no. Pero sí pueden apreciar el trabajo realizado en su conjunto, mediante la exposición del perito, y si existe rigor o “alegría” a la hora de hacer estos cálculos.

Los jueces piden que haya conocimiento técnico en la materia sobre la cuál se está haciendo la prueba pericial. Pero también agradecen que haya claridad en la expresión y buena comunicación en la ratificación del informe pericial. Este hecho es el 50 por ciento de la calidad de una prueba pericial económica. Es trascendente que muchos peritos, después de estar haciendo un trabajo que puede durar más de un año, se juegan el valor de la prueba pericial económica en el momento en que la están exponiendo delante del juez, de los abogados de ambas partes y de la fiscalía. ¿Por qué? Porque la prueba pericial puede ser sólida, rigurosa, independiente, objetiva y exhaustiva; basada en mucha documentación aportada por las partes; conseguida por la investigación realizada por los propios peritos o solicitadas al juez, pero todo esto puede perder valor y minorar la credibilidad si en el momento de hacer la exposición, el perito no transmite correctamente al juez cuáles son esos hechos y esas conclusiones a las que ha llegado. Entonces el juez puede, al final, tener la percepción de que el trabajo no es tan bueno como realmente lo ha sido.

El conocimiento técnico es, probablemente, uno de los mayores activos que se pueden aportar a la prueba pericial. Pero también lo es que aquel que realiza el informe y lo expone cuente con la debida experiencia en la materia y tenga un prestigio reconocido. A veces, el hecho de que algunos jueces reconozcan el prestigio es complicado, porque todavía existe una cierta inercia a pensar que deben ser funcionarios y entes públicos quienes realicen estas pruebas periciales, y todavía una relativa resistencia a que las pruebas periciales sean realizadas por externos. Al menos en las pericias económicas, puesto que en temas como la construcción, la arquitectura o el diseño gráfico, es más habitual la presencia de expertos externos y no se recurre al funcionario público.

Los abogados encuestados en el estudio sobre la prueba pericial económica, tienen, curiosamente, otros puntos de vista. Sólo dos de ellos coinciden con

los puntos de vista de los jueces. Para ellos, la primera prioridad es la capacidad para exponer y defender el informe pericial. Los abogados, normalmente, no suelen escoger a un perito que luego, a la hora de explicar el informe, realice una exposición muy densa, muy farragosa, muy complicada o demasiado teórica y que, al final, sea ininteligible. Ha habido casos de excelentes informes periciales, realizados por prestigiosos catedráticos cuya exposición resultó tan confusa y tan técnica, y de un nivel tan excesivamente elevado y teórico, que al final el juez no había entendido nada. Después venía otro perito con una prueba pericial igualmente buena, pero explicada de una forma mucho más llana y conseguía convencer al juez.

Los abogados, pues, reclaman esta capacidad de explicar el dictamen pericial. Exigen mucho rigor técnico y profesional a la hora de hacerlo. Piden un informe de calidad en todos los aspectos, de forma que se vea que el contenido, la expresión y la forma de exponer los hechos tengan la calidad suficiente. Que se entiendan, lógicamente, las cuestiones sobre las cuáles se está opinando, y que el trabajo de campo sea exhaustivo. Esto último ha sido exigido tanto por parte de abogados que actúan en la defensa o la acusación, como por parte del Ministerio Fiscal: la importancia de que ese trabajo de campo que no se ve, pero que tiene que acompañar al informe pericial, sea exquisitamente exhaustivo.

A veces desgraciadamente, estos informes periciales no demuestran la cantidad de trabajo de campo que se ha realizado para llegar a una conclusión que ocupa un párrafo dentro del informe. En ocasiones, se requiere tener a tres personas verificando todas las facturas de venta de una empresa durante mucho tiempo para al final aportar tan sólo el dato de cuál es la facturación media anual. Todo esto ha llevado un trabajo ingente, que al final no se ve reflejado en el informe, aunque, lógicamente, sí que hay que explicarlo.

Otra cuestión importante es la coordinación y compenetración entre peritos y abogados, o entre aquellos y el Ministerio Fiscal. Es importante que el perito sea capaz de aportar su visión técnica sobre los hechos y ayudar bien a plantear la estrategia de acusación, bien a plantear la línea de defensa. Muchas veces, independientemente de temas legales que, lógicamente, no son de su competencia, el perito puede ayudar a establecer cuáles son los hechos y los argumentos principales que se deberían poner de manifiesto para defender determinadas tesis o determinados argumentos de defensa. Esta circunstancia es valorada mucho por la fiscalía y por los abogados, siempre y cuando el perito no se meta en su terreno.

En tercer punto que queremos destacar es que el informe pericial debería tener unas conclusiones claras y concretas. Como refleja el aforismo de Baltasar Gracián: “lo bueno, si breve, dos veces bueno”. Suele ser mejor aportar unos hechos concretos y unas conclusiones concisas, y luego,

si existe la necesidad de explicar todo el trabajo que sustenta estas conclusiones, hacerlo por separado, en un informe complementario o en un anexo, o en otro ámbito, pero no intentar expresarlo todo en un mismo documento, porque al final se estaría obligando al juez a leerse un informe de 150, 200 o 300 páginas que, ciertamente, es inviable.

Todo el mundo sabe qué cantidad de papel se acaba acumulando en un juzgado, así como el número de expedientes y casos retrasados. Esto origina la dificultad de que el juez tenga tiempo para leerse toda la documentación que se pone encima de su mesa. Es por ello que, en algunas ocasiones, los jueces sólo tienen tiempo de leer los informes periciales de forma superficial, otras veces tan sólo pueden leerse las conclusiones y otras esperan a lectura que hayan hecho los abogados de ambas partes. Más tarde, en el acto del juicio oral, el juez escucha lo que se discute y se comenta sobre ese informe pericial, atiende la exposición de los peritos y, de todos estos hechos, saca sus propias conclusiones. Pocos son los jueces que, en el momento de la defensa del informe pericial, tienen un conocimiento exhaustivo de su contenido. Por eso es importante que los peritos les faciliten esa labor de “digerir” dichos informes periciales.

Una virtud que comentan los jueces y piden los abogados, es la claridad en la exposición, tanto escrita como oral. La capacidad de hacer fácil lo difícil. Hay determinados temas, como valoraciones económicas, valoraciones de empresa, cálculos de perjuicio económicos, daños y perjuicios, lucros cesantes, etc, en que los peritos tienden a exponer teorías muy complejas para explicar algo que luego al final nadie entiende. La virtud que se citaba al inicio de éste párrafo consiste en explicar lo mismo pero de una forma más sencilla y buscando argumentos más inteligibles. Así será mucho más fácil de transmitir y será asumido con mayor facilidad. Todo ello sin perder rigor técnico y exhaustividad y utilizando procedimientos que sean suficientemente acordes con las circunstancias.

El cuarto punto es abordar la opinión generalizada de jueces y abogados acerca de que la prueba pericial no debe entrometerse en temas jurídicos. Totalmente cierto. La prueba pericial no debe intentar hacer interpretaciones, aunque hay algunas veces en que es inevitable quedarse muy cerca de esa frontera de las interpretaciones jurídicas. El perito no está intentando dictar sentencia, no está intentando dictar unos hechos, pero tiene que partir de determinadas hipótesis y, a veces, alguna de estas hipótesis está muy entroncada con algunos de los hechos legales implicados. Por tanto, debe evitar abordar temas jurídicos, y si en algún momento el perito se queda muy cerca, debe intentar explicar de qué premisas parte.

Por último, otro asunto importante es preguntarse qué problemas tienen las

pruebas periciales económicas en el ámbito penal. A veces parece que los aspectos económicos, al igual que los matemáticos y los contables, sean un tema científico, en el que dos más dos siempre son cuatro. En el mundo económico, no siempre una prueba pericial puede probar los hechos de forma indubitada, puesto que hay muchas variables subjetivas que están sujetas a varias interpretaciones, y en las que puede haber muchos criterios.

Existe una amplia variedad de métodos para la valoración de una empresa. ¿Cuál es el mejor? Dependerá de qué hipótesis se utilizan en cada uno de estos modelos de valoración de empresa. Ha habido veces, en temas de índole económica, en la vía penal, en que varios peritos presentaban sendas pruebas periciales económicas sobre cuál era el valor de una empresa en el instante puntual al que se ceñían los hechos delictivos. Y se observa el caso de informes periciales de catedráticos de reconocido prestigio, de empresas de reconocido prestigio, incluso funcionarios públicos, también de reconocida solera, dando, cada uno de ellos, una valoración diferente de la misma empresa. Y curiosamente *todos habían empleando el mismo método*, el de descuento de flujos de caja. ¿Cómo puede ser que no todos llegáramos a la misma conclusión? Pues porque en el tema económico influyen mucho las hipótesis. Hay que asumir que no todo el mundo va a tener el mismo enfoque.

El hecho de escoger bien estas hipótesis, explicarlas correctamente, que sean razonables y objetivas, será fundamental. Y esto es algo que el juez puede valorar perfectamente: si las hipótesis utilizadas son o no son las acertadas.

Otro tema, basado en la experiencia práctica, es que una prueba pericial económica jamás tiene que estar hecha por un perito que a su vez esté sujeto a una prima de éxito o a algún tipo de ganancia en los resultados de la causa penal. ¿Por qué? Porque, muchas veces, cuando los clientes se enfrentan en un litigio penal en el que tienen que asumir un alto coste en su defensa legal, o en su acusación en caso de serlo, intentan buscar asesores que tengan unos honorarios ajustados. Y luego, en caso de ganarse, les recompensarían con una compensación. Esto, que podría valer para otros profesionales, jamás debería valer para un perito, porque esto haría que perdiera toda la objetividad.

¿Cuál es la ventaja de las pruebas periciales que se hacen desde el ámbito privado? Sin menospreciar para nada aquellas que se hacen desde el ámbito público, los jueces están pidiendo prestigio y, en muchas ocasiones, este prestigio se tiene que presumir. En pruebas periciales realizadas por determinadas firmas (cualquiera que sea su tamaño y su ámbito de actuación) o por profesionales independientes, si el perito no es objetivo, ni lo suficientemente exhaustivo, si pierde la objetividad por complacer al cliente, aunque sea en un solo caso, el valor de marca del profesional, o la firma, perderá muy rápidamente todo su prestigio. Puesto que el prestigio es el

principal activo del perito privado, es por lo que éste se esforzará al máximo en conseguir la objetividad, la exhaustividad y la independencia. En algunas ocasiones esta premisa no se tiene tan en cuenta desde Ministerios públicos, y se tiende a pensar que un informe de parte, sólo por el hecho de ser de parte, ya no es independiente. No olvidemos que el prestigio es la clave del futuro del perito económico.

En definitiva, todas estas circunstancias plantean que la prueba pericial económica es muy relevante en muchas de las áreas de Derecho Penal económico. Puede aportar mucha luz, aclarar la autoría o no autoría de los hechos, puede cuantificar perfectamente importes defraudados y completar temas fiscales. La validez de las pruebas obtenidas y los cálculos realizados pueden ayudar muchísimo al juez, si se transmiten de una forma correcta, sobre unos hechos que no son de su área de experiencia. Una prueba pericial de parte puede ayudar mucho a reforzar la defensa, o la acusación o al Ministerio Fiscal. Y si el perito es designado por el juez, le dará un elemento independiente para ayudarlo a decidir.

Como conclusión, en cuánto al futuro que le espera al mundo del Derecho Penal Económico y a la prueba pericial en concreto, cabe predecir que, debido a la situación económica, puede darse un incremento de delitos fiscales debido al aumento de la presión fiscal. Un aumento de fraudes como apropiación indebida, fraudes por manipulación de cuentas, delitos societarios o de administración desleal, por la posible incertidumbre económica que origine la situación económica. En un futuro inmediato podemos encontrarnos con muchos más procedimientos de delitos penales económicos, lo que hará que tanto el Ministerio Fiscal como los abogados penalistas tengan más trabajo, y la necesidad de cada vez más pruebas periciales económicas.

¿Qué requiere todo esto? Pues la tendencia a que la parte penal, que es de las más significativas, trascendentes y con consecuencias más drásticas que tenemos en el ordenamiento jurídico, requiera que la parte pericial se profesionalice, se regule todavía mejor, y se empiecen a implantar mejores prácticas, como se están viendo cada día más en el sistema judicial.



Capítulo VI

Reflexiones sobre el derecho a la presunción de inocencia

Miércoles, 18 de junio de 2008

Moderadora:

Dña. M^a del Mar Montón García
Prof^a. Titular (i) de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

Reflexiones sobre la presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad

D. Andrés de la Oliva Santos

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense. Madrid

Muchas gracias a la prestigiosa firma KPMG y a mis queridos amigos, profesor Vegas Torres y profesor Cuerda por haberme invitado a participar en este curso. Voy a tratar un punto concreto, no muy práctico; por lo tanto, puede desentonar en un curso como este que, posiblemente, incluso probablemente, esté planteado con una dimensión primordialmente práctica. También se ha dicho por alguien que no hay nada más práctico que una buena teoría, y yo añadido a esta frase tópica que no conozco ninguna praxis que no se sustente en alguna teoría. Hay en nuestro mundo praxis sin teoría, pero son las de los animales domesticados; al mono se le puede enseñar a usar botones y usando los botones para los que se le ha adiestrado, pues llega a lo mejor hasta Marte. Pero nosotros no somos —aunque a veces lo parecemos como decía Lewis— monos con pantalones. Los seres humanos no deberíamos tener práctica que no tenga algún sustento en cierta teoría, en algún tipo de teoría; si no, seríamos individuos erráticos que actúan por impulsos, no por algún tipo de razonamiento o de discurso intelectual.

De manera que, a veces, las cuestiones teóricas, o aparentemente teóricas —porque generalmente sólo son aparentemente teóricas—, tienen importancia, tienen interés, aunque solo sea porque ejercitan nuestra mente. El punto concreto que yo voy a tratar hoy aquí es el de la relación entre presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia o sentencias de conformidad.

I. El estado de la cuestión: una incoherencia grave

Como es sabido, la presunción de inocencia, que no es una verdadera presunción,¹ guarda íntima relación con la posible sentencia penal condenatoria. Porque es esta

1. Cfr. VEGAS TORRES, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, pág. 13. Ésta es, en mi opinión, y sin pretender desmerecimiento de otros trabajos, la mejor monografía en lengua española sobre presunción de inocencia.

sentencia lo que destruye la presunción de inocencia y, a su vez, esa destrucción es inadmisibles si se lleva a cabo de cualquier modo. Con otras palabras; para no violar el derecho fundamental (Art. 24.2 CE) a que sea efectiva la “presunción de inocencia”, la sentencia condenatoria no puede dictarse tras cualquier itinerario de formación interna y con cualesquiera presupuestos: debe fundarse en prueba de cargo. La cuestión surge a causa de la previsión de la conformidad de acusador y acusado como determinante, por sí sola, de una sentencia condenatoria.

Son muy numerosos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) relativos a la conformidad, tanto en el proceso penal que aún seguimos denominando ordinario (Arts. 655 y 688-694, aunque éstos últimos traten de la confesión), como en el llamado “procedimiento abreviado” (Art. 784.2 y 3 y Art. 787), en el “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos” (Art. 801, además de los preceptos ya citados) o en el “procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado” conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (en adelante, LOTJ) (Art. 50).

Como es natural, la tan nombrada Exposición de Motivos de la LECrim no se ocupa de la “presunción de inocencia”, pues éste era un concepto ajeno a nuestra tradición doctrinal y jurisprudencial en materia procesal penal, por más que su contenido, incluso en la parte no coincidente con el del principio “in dubio pro reo”, nunca hubiese dejado de ser familiar: alguien es inocente hasta que no se le declare culpable o, si se prefiere, hasta que no se pruebe que es culpable. Y si la LECrim nada dice de la “presunción de inocencia”, lógicamente también calla sobre la relación entre dicha “presunción”, la conformidad del acusado con la acusación, la sentencia condenatoria y la prueba de cargo.

En un rastreo de la legislación procesal penal posterior a la LECrim, de 1882, hemos de llegar a la LOTJ, de 22 de mayo de 1995, para encontrar, en su E. de M., apartado IV, una presentación, como axioma, de la sentencia condenatoria como destrucción de la presunción de inocencia, pero sólo admisible mediante prueba de cargo lícita y regular. Este axioma se expone y aplica por el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia abrumadora por su cantidad e insistencia². Y, en este punto, el Tribunal Supremo no discrepa del Constitucional, sino todo lo contrario.

La Exposición de Motivos de la LOTJ no expone ni explica cómo admitir, contra el axioma, que se destruya la “presunción de inocencia” por una sentencia condenatoria fundada en la conformidad y, por tanto, muchas veces sin prueba de cargo o prescindiendo de ella. Hay una grave incoherencia sobre la que se guarda silencio.

2. V. p.e. desde las recientes SSTC 35 y 48/2006, ambas de 13 de febrero, hacia atrás, hasta el ATC 198/1982, de 2 de junio y las SSTC 107 y 124/1983, de 29 de noviembre y 21 de diciembre, respectivamente, pasando por la STC 189/1998, de 28 de septiembre.

Este silencio no se produce sólo en la Exposición de Motivos de la LOTJ. Lo advertimos en otros cientos de textos, si no legales, judiciales y doctrinales, en los que, no sólo se admite sin reservas la conformidad determinante de sentencia condenatoria, sino que se propicia o se defiende el denominado “principio de consenso”, mientras, a la vez, la presunción de inocencia, la prueba y la sentencia condenatoria se construyen con el carácter axiomático señalado. Pero ahora, la incoherencia o contradicción y la ausencia de al menos un intento de explicarlas han de ponerse de manifiesto, por extendidas que estén.³

Ante el silencio sobre la señalada contradicción en asunto tan fundamental, resulta oportuno insistir en la prevalencia de ciertas “modas” sobre el rigor lógico y la coherencia no constituya un fenómeno de compromiso con el progreso. Porque el progreso verdadero entraña, entre otras cosas, no cesar de interrogarse, a fondo, sobre dogmas y axiomas.

No vamos a defender aquí, sin más y directamente, que la conformidad determinante de sentencias de condena constituya una violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando no se ha practicado prueba de cargo o cuando se prescinde de ella. Lo que, en cambio, sí nos parece obligado es poner de relieve la incoherencia de admitir una sentencia penal condenatoria fundada, pura y simplemente, en la conformidad entre acusado y acusador⁴ si se

3. DE DIEGO DÍEZ, en *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997, págs. 195-201, afronta la cuestión que nos ocupa y sostiene que la presunción de inocencia no es conculcada por la conformidad si ésta se entiende como acto de disposición del acusado respecto de su derecho de defensa. El citado autor considera disponible este derecho en concreto, renunciable y también estima renunciable el mismo derecho fundamental a la presunción de inocencia, una vez que se haya formulado la imputación “o, en su caso, el acta de acusación”. Por su parte, BUTRÓN BALIÑA, en *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998, págs. 197-204 y, en especial, 201-204, afirma, con alguna apoyatura jurisprudencial, que la conformidad no viola la presunción de inocencia y que ésta entraña un derecho renunciable.

4. Quizá alguien pueda sostener que precisamente la LOTJ se ha apartado tajantemente de la incondicional sentencia condenatoria derivada de la conformidad. Porque prevé el apartado 2 del art. 50 LOTJ que, de recaer conformidad, “el Magistrado-Presidente dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes, pero, si entendiéndose que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, no disolverá el Jurado y mandará seguir el juicio.”

Este precepto, cuya buena intención no ofrece duda, en absoluto restaura la vigencia del “dogma” o axioma según el cual sólo mediante una prueba de cargo regular y lícita cabe destruir la presunción de inocencia y abrir la puerta a una sentencia condenatoria. Porque el presupuesto para no disolver el jurado, proseguir el juicio y estar, en suma, a lo que resulte de su desarrollo, es el convencimiento de la denominada *inexistencia objetiva o subjetiva del hecho*.

Así, pues, aunque se entienda que la conformidad del art. 50 LOTJ ha de producirse tras la práctica de la prueba, no se trata de que la apreciación de la prueba por el Magistrado-

presta adhesión incondicional a estos postulados, ya enunciados al comienzo de esta exposición:

- 1º que la sentencia condenatoria no puede recaer sin destrucción de la presunción de inocencia; y
- 2º que la presunción de inocencia sólo puede ser destruida mediante prueba de cargo.

A nuestro entender, no es siempre y necesariamente injusto que la conformidad con la calificación acusatoria determine una sentencia de condena. Pero si esa conformidad se produce antes de la práctica de la prueba, sin prueba o sin prueba de cargo, la sentencia condenatoria, destructora de la presunción de inocencia, sería el resultado de una suerte de negocio jurídico. Y esto sí que parece contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia, tal como viene caracterizándose. Habría pues, que abordar una alternativa: o revisar algo esencial en la actual doctrina sobre la presunción de inocencia o revisar profundamente el planteamiento de las sentencias condenatorias en razón de la conformidad.

En conversaciones con colegas a propósito de esta situación, alguno ha apuntado que sería preciso reconocer la irrelevancia de la presunción de inocencia en todos los casos de sentencias penales determinadas por la conformidad de las partes. A mi parecer, no sería ésta una superación satisfactoria de la aporía que nos ocupa, porque el buen sentido, la lógica jurídica y las disposiciones constitucionales no armonizan mínimamente con la posibilidad legal de sentencias en que se declare la responsabilidad penal y se imponga una pena al margen de la inocencia o la culpabilidad, que es lo que, a la postre se daría a entender. Tampoco el buen sentido y la lógica jurídica hablan en favor de un sistema penal en que un negocio jurídico-procesal como el de la conformidad, enteramente al margen de la certeza procesal sobre hechos máximamente reprochables, destruya la presunción de inocencia.

Presidente prevalezca sobre la conformidad *en todo caso* en que esa apreciación conduzca a estimar no destruida la presunción de inocencia. Lo que se exige en el apartado 2 del art. 50 LOTJ para no disolver el Jurado es que el Magistrado-Presidente llegue a una *certeza negativa*. Y todos sabemos que para que se deba mantener la presunción de inocencia basta la *duda* sobre la culpabilidad. Entre esa duda y la certeza negativa del hecho o de la participación del acusado hay un amplio margen. Dentro de ese margen, la conformidad, que conduce a la condena, prevalece sobre el resultado de la apreciación de las pruebas, que tal vez debería determinar la absolucón.

La LOTJ afirma claramente que, en caso de conformidad dentro de los límites legales, el Jurado no será disuelto y el Magistrado-Presidente “dictará la sentencia que corresponda, atendidos los *hechos admitidos por las partes*”. Volveremos sobre las palabras especialmente señaladas mediante cursiva, pero es indudable que, conforme al precepto citado, caben sentencias de condena no fundadas en la valoración de pruebas de cargo, porque hasta ahora, cualquiera que sea la posición que se mantenga sobre la naturaleza jurídica de la conformidad, la “admisión de hechos” no ha sido considerada como prueba.

Por otra parte, no resulta desatinada o suficientemente imperfecta la regla de que la presunción de inocencia sólo se destruye mediante la certeza sobre aquellos hechos penalmente reprobables y, por tanto, con prueba de cargo inculpativa. No cabe, por tanto, abandonar sin más esa regla. Así, pues, se hace preciso reconsiderar el fundamento y el contenido de la conformidad, para que determine la sentencia condenatoria sin prescindir de la presunción de inocencia y sin vulnerarla.

En esta línea se mueve la propuesta que seguidamente se formula.

II. La sentencia condenatoria en virtud de conformidad: del negocio jurídico procesal a la prueba de cargo

No hay retorcimiento de la realidad si se piensa que la conformidad del acusado con la acusación lleva implícita una aceptación por aquél de los hechos en que la acusación se funda. Lo que sugerimos es, en síntesis, que se explicita esa aceptación como confesión propiamente dicha, de suerte que se pueda entender que la sentencia de condena está fundada en prueba de cargo.

El Art. 50.2 LOTJ indica que la conformidad implica admitir como ciertos los hechos en que la acusación se basa. Pero la admisión de hechos no es un método admitido en el proceso penal español para la fijación de los hechos como ciertos a efectos procesales. Pese a la dicción del Art. 50.2 LOTJ, nunca la ley, la ciencia o la jurisprudencia procesal penal española ha aceptado, no ya que los hechos admitidos queden exentos de prueba por ser ésta innecesaria, sino que ni siquiera la admisión de hechos juegue un papel al lado de la prueba.

Así, pues, lo que ese precepto de la LOTJ presenta como *hechos admitidos* habría de transformarse en *hechos confesados*, es decir, en confesión y en confesión prestada precisamente ante el tribunal sentenciador. Este extremo resulta decisivo para considerar practicada una genuina prueba. Por tanto, aunque la defensa estuviese dispuesta a conformarse con la acusación, antes de comenzar la fase de juicio oral, un breve juicio habría de celebrarse. Pensamos que no entrañaría dificultad que los tribunales sentenciadores celebrasen esos breves juicios, que, en la mayoría de los casos, podrían preverse con antelación. Tendríamos, así, una prueba de cargo como base de la condena y de la destrucción de la presunción de inocencia. Habríamos recuperado la coherencia axiológico-jurídica del sistema procesal penal.

Son necesarias, empero, para terminar esta propuesta, algunas consideraciones sobre el fundamento racional y empírico de esta expresa reconducción de la conformidad, sin negarla, a la prueba de confesión. Porque no se trata de llevar a cabo una artificiosa transformación de la realidad procesal a fin de eliminar, a toda costa, una grave incoherencia dogmática, con

trascendencia constitucional. La transformación que proponemos no carece de fundamento racional.

Cierto es que la confesión en el proceso penal no goza de simpatías doctrinales. Se recuerda que el Art. 406 LECrim, intacto desde 1882, establece que “la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.” Con toda razón, no ha dejado de alabarse esta norma. Pero, si bien se mira, el Art. 406 LECrim en absoluto prohíbe ni desaconseja la confesión prestada en juicio. Lo que prohíbe es que una confesión de culpabilidad en la fase de instrucción determine, por sí sola, la clausura de esa fase sin ulteriores investigaciones. La LECrim, también desde 1882, prevé la confesión en juicio como prueba (Arts. 688 y ss.) y, además, como prueba determinante de la condena si los delitos no son de especial gravedad (cfr. Arts. 694 y 655). No es arriesgado afirmar que, justamente porque una confesión temprana en la instrucción no la detiene, sino que la ley ordena proseguirla, está más justificado admitir y otorgar suma relevancia a la posterior confesión en juicio, con ciertas condiciones (p.e. la del Art. 699 LECrim, acerca de la constancia del cuerpo del delito). En todo caso, la confesión en juicio determina, respecto de ciertos delitos menos graves, la sentencia condenatoria, sin necesidad de que el juicio prosiga.

Se debe señalar que estas disposiciones legales son históricamente anteriores a construcciones legislativas relativamente recientes e inspiradas, más que en la ortodoxia dogmático-jurídica, en el pragmatismo de procurar respuestas judiciales rápidas a la denominada “criminalidad de bagatela”. Esas disposiciones legales son, asimismo, contemporáneas de la desconfianza clásica hacia la confesión en el proceso penal. Lo que sucede es que ni en esos tiempos ni ahora resultaba y resulta razonable llevar esa desconfianza demasiado lejos.

Como es sabido, en los procesos en que no está presente un interés público de intensidad predominante sobre intereses de sujetos jurídicos concretos (la inmensa mayoría de los procesos civiles), la admisión de hechos y la confesión de hechos perjudiciales y personales conducen, con ciertas cautelas, a tener esos hechos como ciertos.

Contra un tópico jurídicamente poco culto, no se trata de que en los aludidos procesos baste con una *verdad formal*, frente a la llamada *verdad material*, que se perseguiría a toda costa en los procesos penales y en otros marcados por el predominio de un interés público. De lo que se trata es que la fijación de la certeza procesal sigue distintos caminos o métodos conforme a lo que la experiencia muestra razonable en función de la naturaleza distinta de los hechos y su diversa relevancia jurídica. La experiencia repetida, formulada en reglas (cabalmente, en

máximas de la experiencia), enseña que, cuando está en juego el patrimonio, los hechos que judicialmente se admiten como ciertos suelen serlo, porque quien los admite y los ha protagonizado lo hace porque no le cabe negarlos, sabedor y persuadido de que, al ser ciertos, el esfuerzo de negarlos sería inútil.⁵

También hay máximas de la experiencia que, cuando se trata de asuntos penales, señalan una dirección inversa: la experiencia indica que no es infrecuente el fenómeno de personas que se autoinculpan penalmente por muy diferentes motivos: afán de notoriedad y otros impulsos psico-patológicos, beneficio de otras personas, etc.

Sin embargo, estas reglas empíricas, reconocidas como válidas en 1882 y hoy mismo, conducen, ahora como entonces, a que la policía y el Juez de instrucción, ante cualquier confesión, no den por finalizadas sus investigaciones, sino que las prosigan y, en concreto, investiguen las tempranas confesiones de culpabilidad penal. Esas máximas de la experiencia no conducen, en cambio, ni deben conducir a privar de todo valor a la confesión, cuando de delitos menores se trata y cuando, por añadidura, hay, tras la investigación preliminar, otros elementos incriminatorios (p.ej. los procedentes de la detención *in fraganti*).

Ante hechos criminales de suma gravedad (asesinatos, por ejemplo), una máxima de la experiencia enseña que tampoco en la fase de juicio es enteramente fiable la confesión. Por tanto, la prudencia del legislador desaconseja que, en esos casos, la confesión sea prueba legalmente determinante de una sentencia condenatoria. Pero si el objeto del proceso penal son hechos de menor relevancia, no gravísimos ni graves, puede estar justificada, racional y empíricamente, la confesión como prueba legal determinante de la condena.

Sentado todo lo anterior, estamos en condiciones de reiterar, perfilada, la propuesta de anudar siempre a la conformidad⁶ de la defensa con la acusación, respecto de delitos menores, una confesión sobre los hechos que fundamenten esa acusación. La confesión se habría de prestar en juicio y el tribunal dictaría sentencia condenatoria no sólo porque, directamente, así lo dispusiese la ley

5. Dicho sea esto sin perjuicio de que, en los procesos aludidos, regidos por el principio dispositivo, se puede defender la existencia de un poder de disposición sobre los hechos, de manera análoga al poder de disposición sobre los propios derechos.

6. Hablamos de “anudar” a la conformidad la confesión, porque, como ya antes se dejó apuntado, no proponemos aquí ni que la conformidad actual sea una confesión ni que la conformidad desaparezca y se *convierta* en confesión. Lo que proponemos es mantener la conformidad, porque la hay y no es perversa ni absurda en sí misma (aunque a veces, puedan darse fenómenos perversos, como las coacciones), pero completándola con la confesión y legitimando la sentencia condenatoria.

procesal, sino porque ésta atribuyese a tal confesión —de forma expresa, y no con la oscuridad de los actuales Arts. 688 y ss. LECrim— el carácter de prueba de valoración legal, determinante de la condena.

Sabemos que en el proceso penal resultan antipáticas, por así decirlo, la prueba legal y la prueba de confesión. Los autores y los tribunales están (estamos) sumamente apegados a la libre valoración de la prueba y a la exigencia de algo más que una confesión como elemento incriminatorio racionalmente fundante de una sentencia condenatoria. Sin embargo, la realidad es que, para quien acepte que la voluntad del acusado pueda determinar por sí sola una sentencia condenatoria, se hace preciso elegir entre la prueba de confesión y el negocio jurídico que es, hoy por hoy y tal como en España se configura, la mera conformidad. Se hace preciso elegir entre lo antipático, pero no irracional ni incoherente y la suma incoherencia que afecta al núcleo de la justicia penal, deslegitimando el desenlace de innumerables procesos penales. Mi elección está clara y de ahí la propuesta de enlazar indisolublemente la conformidad con la confesión del acusado como prueba ante el tribunal enjuiciador.

Estoy convencido de que examinar a fondo propuestas como la presente es un camino mejor para la realidad de la Justicia penal, no ya que la inercia o la pereza, sino también que la tendencia a despreocuparse de la solidez dogmático-jurídica del proceso penal en relación con delitos menos graves, como si los buenos principios jurídicos hubiesen de conservarse y observarse, sí, pero sólo para los procesos por delitos graves, dejando en manos de “soluciones” puramente pragmáticas, a golpe de ocurrencias, una gran masa de procesos “menores”, aquéllos en que se sustancia la “delincuencia de bagatela”. No me cabe duda de que una tal esquizofrenia de la Justicia penal, carente de un único sistema procesal, dista mucho de ser un defecto exclusivamente intelectual: tiene, tendría, un precio real muy elevado.

Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales

D. Ismael Clemente Casas

Abogado de Uría Menéndez

I. Tres preguntas de tres clientes al abogado (“¿acaso no soy inocente hasta que se demuestre lo contrario?”)

Mi reflexión sobre el derecho a la presunción de inocencia no pretende ser teórica, ni académica, sino ofrecer la perspectiva de un abogado. Ahora bien, más que preguntarme cuándo he pensado yo, durante la práctica profesional, en el derecho a la presunción de inocencia, o en su vulneración, o en su puesta en peligro, he preferido preguntarme cuándo mis clientes me han expresado preocupación al respecto, o cuándo han invocado ese derecho de forma intuitiva, en nuestras reuniones o entrevistas en el despacho. En qué momentos, recientemente, los clientes me han preguntado: ¿pero no existe la presunción de inocencia? ¿Acaso uno no es inocente hasta que se demuestre lo contrario? Y he seleccionado tres de esos momentos, tres de esas preguntas, que demandan sendas reflexiones sobre el derecho a la presunción de inocencia:

- i) En la primera situación, o supuesto práctico, nuestro cliente lee un auto

de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado¹, y descubre alarmado su nombre en él, sin que en la resolución se ofrezca ningún razonamiento o explicación sobre los indicios delictivos que concurren *específicamente* en la conducta del cliente para justificar que su nombre aparezca en el auto. Y el cliente nos pregunta, ¿acaso no soy inocente hasta que se demuestre lo contrario? ¿Acaso no está obligado el Juez de Instrucción, a fin de incluir mi nombre en este auto, a razonar por qué aprecia indicios delictivos en mi concreta conducta? ¿Qué responderemos? ¿Quizá que el derecho invocado por el cliente sólo despliega eficacia en el juicio, que sólo puede ser vulnerado por la sentencia? ¿O, por el contrario, la zozobra de nuestro cliente está justificada, y también las decisiones del Juez de Instrucción deben respetar este derecho? Esta primera pregunta de nuestro cliente nos conducirá a plantearnos la eventual *eficacia del derecho a la presunción de inocencia en las fases del procedimiento penal anteriores al juicio oral*. Este será el primer epígrafe de mi intervención.

- ii) El segundo cliente está afectado por un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública, relativo a un tipo de fraude de IVA que se ha dado en llamar “carrusel”, o fraude a través de empresas “trucha” (o “*missing trader*”). Nuestro cliente se dedicaba a comercializar teléfonos móviles, u ordenadores, o cualquier otro producto tecnológico. Compraba de un proveedor español esta mercancía y soportaba (entregaba al proveedor) el IVA correspondiente. Después vendía esa misma mercancía a otro estado miembro de la Unión Europea, o la exportaba fuera del territorio comunitario. En ambos casos, se trataba de operaciones exentas de IVA y por ello nuestro cliente solicitaba y obtenía, conforme a la Ley, la devolución del IVA soportado. La empresa proveedora de nuestro cliente, a la que la Agencia Tributaria llama “pantalla”, cumplió con sus obligaciones tributarias. Pero el proveedor del proveedor, a quien la Agencia Tributaria llama “trucha”, no lo hizo: no ingresó en Hacienda el

1. Esto es, la resolución prevista en el art. 779.1.4^º LECrim. por la que el Juez de Instrucción, tras apreciar indicios delictivos en lo actuado, da por terminada la fase de instrucción y encamina el procedimiento hacia el juicio, emplazando a las acusaciones personadas a que emitan sus escritos de calificación provisional. Esta resolución presenta una importancia capital para el imputado. Cuando se dicta este auto, el imputado ve desaparecer la mayor parte de sus posibilidades de que el procedimiento concluya con una decisión de sobreseimiento y archivo. En la práctica, es en este momento, al dictar (o no) el auto de transformación, cuando los Jueces de Instrucción hacen visible su posición con respecto a la existencia (o no) de indicios delictivos en las conductas investigadas. Resulta poco frecuente (insistimos, en la práctica) que el Juzgado que ha adoptado la decisión del art. 779.1.4^º LECrim. modifique su postura posteriormente, tras los escritos de acusación, y deje de apreciar indicios delictivos donde en su momento los apreció (dicho de otro modo, la decisión del art. 783.1 LECrim. es, con mucha mayor frecuencia, la apertura del juicio oral que el sobreseimiento).

IVA que repercutió a la “pantalla”. La “trucha” es, además, una empresa ficticia, sin estructura, regida por testaferros, etc. Ahora bien, ¿sabía o no sabía nuestro cliente, quien solicitó la devolución de IVA, a quien la Agencia Tributaria llama empresa “distribuidora”, que había un fraude en la cadena de comercialización, que el proveedor de su proveedor no ingresaría el IVA? El Ministerio Fiscal acusa a nuestro cliente de delito fiscal, entendiéndolo que conoció el fraude y quiso participar en él, sobre la base de prueba indiciaria. Señala indicios tales como la mera compra a empresas “pantalla” o el precio al que se realizaban las operaciones. Nuestro cliente, quien defiende su desconocimiento de la trama, nos pregunta, ¿acaso son esos indicios suficientes para acreditar que he participado consciente y voluntariamente en un fraude fiscal? ¿Es esta prueba apta para enervar la presunción de inocencia? Sus preguntas nos conducen a nuestro segundo epígrafe, que trata de las relaciones entre *presunción de inocencia y prueba indiciaria (y elemento subjetivo del tipo de injusto)*.

- iii) Nuestro tercer cliente es el consejero delegado de una sociedad, una empresa industrial, que cuenta con decenas de fábricas en todo el territorio nacional. En una de esas fábricas se produjo un accidente de trabajo en el que falleció un operario, empleado de la sociedad, y el consejero delegado, que declaró como imputado durante la fase de instrucción, en su condición de “representante legal” de la sociedad, está acusado por el delito de peligro del art. 316 del Código Penal y por homicidio imprudente (art. 142.1 del Código Penal), dado que no se había supervisado debidamente al trabajador para impedirle usar el montacargas donde se produjo el accidente, que sólo debía emplearse para elevar mercancías, no personas. Nuestro cliente nos pregunta, ¿si nada se dice en los escritos de acusación sobre mi concreta conducta, sino únicamente se referencia mi cargo, y se dice que “la empresa” omitió las medidas necesarias para evitar el accidente, me condenarán? ¿Acaso no soy inocente y las acusaciones deberían probar que mi conducta en concreto, como persona física, ha provocado el accidente? ¿Por qué soy yo el responsable y no otra de las decenas (o centenares) de personas que trabajan en la empresa? Esta tercera pregunta nos proporciona el tercer epígrafe: *presunción de inocencia e imputación de autoría en organizaciones empresariales*.

II. ¿Es eficaz el derecho a la presunción de inocencia antes del juicio oral?

El primer cliente nos preguntaba acerca de la eficacia de la presunción de inocencia en las fases del procedimiento penal previas al juicio oral (por ejemplo, la fase de instrucción). ¿Sólo la sentencia definitiva tiene la *capacidad* de vulnerar el

derecho a la presunción de inocencia? ¿O, por el contrario, el Juez de Instrucción puede vulnerar este derecho cuando dicta un auto de “transformación” (art. 779.1.4ª LECrim.) con respecto a quien no constan indicios delictivos suficientes (o sin explicitar tales indicios)? ¿Y si, en el ámbito de las medidas cautelares, se acuerda una prisión provisional injustificada?

II.1. La respuesta negativa: el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio

La jurisprudencia y la doctrina coinciden mayoritariamente en que la presunción de inocencia *es, sobre todo, una regla de juicio*. Si se acepta esta premisa teórica, la consecuencia será que este derecho no despliega verdadera eficacia en las fases previas del procedimiento penal. Por ejemplo, según José Antonio Choclán Montalvo, “*La invocación del derecho a la presunción de inocencia alcanza verdaderamente su sentido cuando se ha formulado acusación por la parte acusadora [...]. Con anterioridad no es necesario afirmar el principio, porque la mera imputación, si bien permite actuar otros derechos del artículo 24 CE -señaladamente el de defensa-, no es más que la dirección subjetiva que toma la investigación; pero si la finalidad del sumario es precisamente determinar la existencia del hecho y de su posible responsable, antes de la conclusión del mismo no puede entenderse razonablemente que se ha afirmado la culpabilidad de una persona.*”²

Por su parte, la jurisprudencia constitucional tradicional negaba, con carácter general, que este derecho pudiera ser vulnerado por resoluciones distintas de la sentencia. En concreto por resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción, tales como:

- i) El auto de procesamiento, pues “*Tratándose sólo de una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, falta el presupuesto previo para poder considerar conculcado este derecho*” (STC 127/1998, entre otras).
- ii) Las resoluciones por las que se acuerdan medidas cautelares personales o reales, en concreto por el auto acordando prisión provisional. Según el ATC 349/1988, “*Los autos de prisión no conculcan la presunción de inocencia, ya que ésta tan sólo puede verse comprometida por resoluciones que supongan el enjuiciamiento definitivo de una conducta*”³.

2. En *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 631

3. Vid. en el mismo sentido la STC 107/1997 (“*Precisamente, aun soportando la medida cautelar de prisión provisional, al no haber sido declarado culpable de los hechos delictivos que se le imputan, sigue gozando de la presunción de inocencia*”).

- iii) Las resoluciones acordando la práctica de determinadas diligencias de investigación sobre una persona (en concreto, una pericia ginecológica en la STC 37/1989).
- iv) Acceder a un requerimiento de extradición (ATC 103/1987).

Según la tesis que se desprende de estas sentencias, nuestra respuesta a la inquietud del cliente que descubre su nombre en el auto de transformación, sin razonamiento alguno del Juez de Instrucción que lo justifique, debería ser: la presunción de inocencia sólo despliega verdadera eficacia en el juicio oral. A pesar de que, en su caso, el Juez de Instrucción no haya motivado debidamente el auto de transformación, a pesar de que no haya individualizado la conducta de cada uno de los imputados, no por ello está vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. Nuestro cliente debe soportar la resolución. O, al menos, no podrá esgrimir en su defensa (por ejemplo, en el seno de un eventual recurso de reforma o apelación contra el auto) el derecho que analizamos.

Sin embargo, considerando nuestra realidad forense procesal penal, esta respuesta puede resultar, y creo que resulta, poco satisfactoria. Sobre todo para el imputado, como es obvio. Es frecuente, especialmente en asuntos de Derecho Penal económico, que el imputado/acusado transite durante años (a veces durante años y años) por la fase de instrucción y la fase intermedia y, sólo tras ese largo periodo de tiempo, obtenga una sentencia absolutoria tras la celebración del juicio oral. Indudablemente, antes de alcanzar la fase de juicio, los distintos escalones del proceso penal, en los que se realizan juicios indiciarios de culpabilidad (en el procedimiento abreviado, por ejemplo: la declaración como imputado, la adopción de medidas cautelares personales o reales, el auto de transformación, el auto de apertura del juicio oral), causan sufrimiento al imputado/acusado; implican, en la práctica, lo que se ha dado en llamar una “pena de proceso” o “pena de banquillo”. Y en cada uno de esos escalones el cliente nos vuelve a preguntar, ¿no existe la presunción de inocencia? ¿No debe la acusación o el órgano jurisdiccional al menos razonar y explicar cuáles son los indicios en mi contra para acordar mi declaración como imputado, ordenar medidas cautelares, incluirme en el auto de transformación? ¿Qué debemos contestar como abogados? ¿Que la presunción de inocencia es sólo es una regla de juicio y no proyecta ningún efecto sobre la fase de instrucción o la fase intermedia?

II.2. Hacia la respuesta positiva: el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado

Junto a las sentencias antes citadas, han recaído otras que, desde la misma creación del Tribunal Constitucional, han aceptado *alguna* eficacia del derecho a la presunción de inocencia antes del juicio oral. Empezando por la STC

109/1986, que reconoció incluso cierta eficacia *extraprocesal* a este derecho⁴.

Esta línea doctrinal y jurisprudencial menos estricta reconoce que la presunción de inocencia tiene dos aspectos: (i) es sobre todo una regla de juicio, como se ha visto; pero (ii) *también una regla de tratamiento del imputado*. Y, derivada de esta segunda naturaleza, se ha reconocido alguna eficacia al derecho en las fases procesales previas al juicio.

Así, la STC 135/1989 aceptó la posibilidad de que una falta notoria de motivación del auto de procesamiento atentase contra la presunción de inocencia. Sostuvo entonces el Tribunal Constitucional que “*Únicamente en los casos en que el auto aparezca notoriamente infundado, por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo, o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios, puede suscitar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia*”.

En cuanto a la prisión preventiva, o a las medidas cautelares en general, cabe citar el ATC 214/1998, según el cual una “*... consecuencia de este derecho consiste en que no permite una condena anticipada, lo que se relaciona con la dimensión del mismo consistente en ser una regla de tratamiento del acusado, imputado o procesado. De acuerdo con esta perspectiva, las medidas cautelares en el proceso penal y, en particular la prisión preventiva, no pueden ser impuestas ni con finalidad retributiva ni como un castigo prematuro, dado que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad...*”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional ha reconocido *alguna* eficacia al derecho a la presunción de inocencia antes del juicio. Se trata de un efecto limitado, atenuado. Y un efecto que se reconoce en resoluciones aisladas, que no ha dado lugar a una doctrina sistemática. Por tanto, se podría avanzar mucho más. En mi opinión, o en mi propuesta, no resultaría descabellado exigir que, a la hora de ascender cada uno de los peldaños que conforman la escalera del proceso penal (y que suponen juicios indiciarios de culpabilidad), el órgano judicial (i) verifique que concurren indicios delictivos suficientes para continuar hacia la siguiente fase del proceso; y (ii) explicita dichos indicios mediante una motivación adecuada de la resolución que se trate.

4. En efecto, según la citada STC 109/1986, este derecho “*... opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo*.” Posteriormente, esta interpretación se ha visto suavizada por la STC 166/1995, la STC 219/1992 y la STC 244/2007, que han entendido que, si bien la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, esta dimensión no constituye un derecho fundamental autónomo, sino que se relaciona, o emana, de los derechos contenidos en el art. 18 CE, especialmente del derecho al honor. Vid. el comentario de Manuel Pulido Quecedo, *La dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia (A propósito del caso Kiruli)*, en Aranzadi Tribunal Constitucional. Revista de Actualización, 2008, nº 19, págs. 9-12.

Podría verse la última reforma del art. 779.1.4^a LECrim. como un paso hacia adelante en ese sentido, al exigir que el auto de transformación contenga “la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan”. En la práctica forense, incluso tras esta reforma legislativa, si bien es cierto que en ocasiones se dictan autos de “transformación” largos y fundados, especialmente respetuosos con el derecho a la presunción de inocencia, probablemente sigue siendo más frecuente encontrar resoluciones estandarizadas, que se limitan a señalar nombres de imputados y el delito que se imputa. Y este último tipo de resoluciones suelen considerarse suficientemente motivadas por los tribunales superiores. Desde luego, si se interpreta el art. 779.1.4^a LECrim. a la luz del derecho fundamental que analizamos, debería exigirse, creo, mucho más a esas resoluciones. Por ejemplo, la precisa individualización de las conductas de cada uno de los imputados cuyos nombres se identifican en el auto de transformación. Cuáles son los concretos hechos -las concretas acciones u omisiones- que se les imputan.

En resumen, la quiebra de los requisitos citados (suficientes indicios y suficiente motivación en las resoluciones dictadas en la fase de instrucción e intermedia) podría verse no sólo como una vulneración del derecho de defensa (art. 24.1 CE) sino también como una conculcación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Si en la sentencia el vacío probatorio absoluto viola este derecho, en, por ejemplo, el auto de transformación el vacío indiciario absoluto también podría vulnerarlo. Bien es cierto que tal ataque al derecho fundamental no tendrá, probablemente, remedio en el amparo constitucional, al tratarse de resoluciones que no agotan la vía judicial ordinaria. Sin embargo, podrá acudir, en su caso, a soluciones como los recursos ordinarios (de reforma y apelación), la petición de declaración de nulidad de oficio si se produjo indefensión o, incluso, el planteamiento de una cuestión previa al juicio por violación de derecho fundamental.

III. Presunción de inocencia y prueba indiciaria (y elemento subjetivo del tipo). Especial referencia a los fraudes “carrusel” de IVA

III.1. La *praesumptio hominis* y sus requisitos

El estudio de la presunción de inocencia en la doctrina suele derivar en el estudio de los medios probatorios aptos para enervarla. Los parámetros esenciales que maneja el Tribunal Constitucional al respecto son, simplificando, que sólo vulnera el derecho: el vacío probatorio absoluto; o las pruebas ilícitas, obtenidas con violación de derechos fundamentales. Al margen de estos vicios, el Tribunal

Constitucional no puede entrar a revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal ordinario, se trata de una cuestión de mera legalidad.

Uno de los tipos de pruebas que pueden enervar la presunción de inocencia es la prueba indiciaria, o *praesumptio hominis*, o presunción humana, o presunción con prueba indiciaria, o *praesumptio facti*, o presunción judicial. El artículo 386.1 LEC la define y enumera sus requisitos: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

En general, los requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y del Tribunal Constitucional) a la prueba indiciaria para que resulte eficaz para enervar la presunción de inocencia son (vid. AATS 2 de febrero y 2 de marzo de 1994, entre muchos otros):

- i) La pluralidad de indicios, deben ser dos o más.
- ii) Todos ellos deben señalar en la misma dirección.
- iii) No deben estar desvirtuados por otros de signo contrario.
- iv) Los hechos base generadores de la inferencia deben estar acreditados por prueba directa.
- v) La inferencia ha de ser racional, según el buen sentido y la lógica.
- vi) Enlace preciso y directo entre el hecho base probado y el hecho presunto que se pretende probar (expresamente citado por el art. 386.1 LEC).
- vii) La inferencia del Juzgador no debe ser absurda, desatinada o arbitraria.
- viii) El órgano judicial debe exponer los hitos principales del razonamiento.

Éste es, a mi juicio, uno de los casos de máximo riesgo para la presunción de inocencia. Desde luego, creo que lo es en el supuesto de nuestro segundo cliente, antes citado, acusado de participar en un fraude “carrusel” de IVA. ¿Conocía nuestro cliente que al comprar a una empresa “pantalla” estaba participando en un fraude IVA? ¿Quería participar en ese fraude? ¿Concorre el elemento subjetivo del tipo? En nuestro ejemplo el Ministerio Fiscal apoya su acusación en prueba de indicios, en *praesumptio hominis* del art. 386.1 LEC. En concreto, los indicios o hechos base probados -a través de prueba directa- son la compra a una empresa “pantalla” y el precio supuestamente bajo al que se compró la mercancía. El hecho que se pretende probar es el conocimiento y voluntad de la empresa “distribuidora” de participar en un fraude “carrusel” de IVA. ¿Serán suficientes estos indicios para enervar la presunción de inocencia?

Antes incluso de responder a esa pregunta, surge un interrogante previo, ¿es el dolo un hecho, que debe ser probado, o es más bien una cuestión jurídica? ¿Comprende el derecho a la presunción de inocencia el elemento subjetivo del tipo?

III.2. ¿Abarca el derecho a la presunción de inocencia también el elemento subjetivo del tipo de injusto? (¿Es el dolo un hecho o una cuestión jurídica?)

En nuestro ejemplo -el del comerciante que compra una mercancía a quienes participan de un fraude "carrusel" de IVA- encontramos un problema específico. Lo que el Fiscal pretende probar a través de prueba indiciaria es *el dolo* de nuestro cliente, la concurrencia del elemento subjetivo del tipo. Y nuestro cliente plantea que los indicios presentados por el Fiscal pueden ser, quizá, insuficientes; y por ello una condena sobre esa base podría vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, ¿comprende el derecho a la presunción de inocencia también el elemento subjetivo del tipo? ¿O ese extremo es, tal vez, una cuestión *jurídica*, no fáctica, y por tanto queda fuera de la protección de ese derecho?

Numerosas sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional han acogido esta última posibilidad (el dolo como cuestión de Derecho, no de hecho). Así, se ha dicho: "*Los juicios de valor sobre intenciones no pueden someterse a las exigencias de la presunción de inocencia por ser circunstancias inaprehensibles por los sentidos, razón por la cual sólo los hechos en sí, sobre los que se base la inducción, pueden ser objeto de prueba...*" (STS de 17 de febrero de 1995). Y también: "*Tales juicios de valor sobre intenciones o juicios de inferencia sobre pensamientos, querer o deseos escondidos en el intelecto humano, no son hechos en sentido estricto porque no constituyen datos aprehensibles, por ello no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera de la garantía constitucional...*" (STC 195/1993). Y por último: "*... Alcanzando la presunción de inocencia a la existencia del hecho y a la participación del acusado, una vez que esto se acredita, la apreciación de los elementos subjetivos y las deducciones que el juzgador realice son de su competencia con la sola limitación de los puntos referentes a la verificación de la existencia de prueba respecto a los extremos en que las inferencias se fundan y la corrección lógica del proceso deductivo seguido al efecto*" (STS de 9 de julio de 1998).

Esta última sentencia del Tribunal Supremo, más matizada, puede darnos la pista de que, quizá, estamos ante un problema terminológico. No se trata de que las intenciones humanas no sean hechos, o sean inaprehensibles, o no sean susceptibles de prueba. Lo que sucede es que no suelen ser susceptibles, por lo común, de prueba *directa*, sino que debe recurrirse, como el Fiscal en nuestro ejemplo, a prueba *indirecta*, a *prueba de indicios*. Ahora bien, si esa prueba de

indicios no reúne los requisitos legales y jurisprudenciales (si, por ejemplo, la inferencia es arbitraria, o los hechos base no están probados por prueba directa), no parece que exista ningún problema dogmático para aceptar que se ha producido una quiebra del derecho a la presunción de inocencia.

En todo caso, en la reciente y relevante STC 340/2006, dictada precisamente en un supuesto de presunto delito fiscal, el Tribunal Constitucional afirma expresamente que no se han probado (por prueba indiciaria) los elementos *subjetivos* del tipo, y por ello considera la condena atentatoria contra el derecho a la presunción de inocencia. Por tanto, según la doctrina constitucional que se desprende de esta sentencia, el derecho a la presunción de inocencia *también abarca el elemento subjetivo del tipo*. Quedaría, por tanto, despejada una de las dudas planteadas.

III.3. ¿Qué indicios son suficientes? (el supuesto de los "fraudes carrusel" de IVA)

Regresando a nuestro ejemplo, ¿son suficientes los indicios que presenta el Fiscal (compra a empresa "pantalla", precio bajo, etc.) para entender probado que nuestro cliente, la empresa "distribuidora", que compra una mercancía soportando el IVA correspondiente y después la exporta -o realiza una entrega intracomunitaria- y obtiene la devolución del IVA, conocía y quería participar en un fraude "carrusel"? ¿Es suficiente esa prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia?

Las sentencias sobre este tipo de casos (frecuentes actualmente en los Juzgados de Instrucción) aún no son muy abundantes. Sin embargo, sí puede identificarse, en las decisiones de las Audiencias Provinciales, una tendencia mayoritaria que acoge un criterio restrictivo, exigente, riguroso, a la hora de valorar los indicios que aporta la acusación. Una tendencia respetuosa con las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia. No cualquier dato es un indicio a estos efectos. No cualquier característica de la operación comercial está anudada lógicamente al hecho presunto que se pretende probar, esto es, el conocimiento y voluntad de participar en un fraude tributario. Son claro exponente de esta tendencia la SAP Barcelona nº 45/2006 (Secc. 2ª), de 22 de febrero; la SAP Segovia nº 57/2006, de 18 de diciembre; y la SAP Vizcaya nº 739/2006 (Secc. 2ª), de 7 de noviembre.

De especial interés resulta, en cuanto al análisis de los requisitos de la prueba indiciaria, la última de las sentencias citadas, la SAP Vizcaya de 7-11-2006, dictada con relación a una empresa llamada "AMPSA". Como sucedía en el ejemplo de nuestro cliente, AMPSA había comprado mercancías (níquel y estaño) a un proveedor español y las había vendido a determinados clientes italianos (había realizado, por tanto, supuestamente, entregas intracomunitarias, exentas de IVA, y había obtenido las correspondientes devoluciones de la AEAT). Se consideró probado que el transporte de las mercancías no se había realizado. Los documentos que supuestamente acreditaban el transporte (llamados "CMR") eran falsos. Ahora bien, la cuestión

esencial consistía en determinar si AMPSA conocía esa circunstancia. Para acreditar el dolo, la acusación recurrió a la prueba indiciaria. Aportó determinados indicios que el órgano *a quo* consideró suficientes para enervar la presunción de inocencia, y dictar una sentencia condenatoria. Algunos de tales indicios eran la inexistencia del transporte de mercancías, la liviana infraestructura de las empresas “pantalla” o “trucha” proveedoras de AMPSA (o proveedoras de su proveedora), la falta de inspección de la calidad del género, que el producto fuera puesto a disposición del cliente final sin pasar por los almacenes de la “distribuidora”, etc. Pese a ello, la Audiencia Provincial de Vizcaya no aprecia que estos indicios sean aptos para destruir la presunción de inocencia de los responsables de la empresa “distribuidora”. Si bien la Audiencia no lo explicita, lo que niega es que los indicios citados conduzcan a una única conclusión lógica. Quizá son compatibles con la tesis acusadora, pero también con la tesis de la defensa, por tanto no concurre ese “*enlace preciso y directo*” requerido por el art. 386.1 LEC y por la Jurisprudencia⁵. Por ello, la Audiencia de Vizcaya revoca la condena y absuelve a los responsables de la empresa “distribuidora”, al no haberse destruido en este caso la presunción de inocencia que ampara al acusado.

A la misma conclusión llegan las otras dos sentencias citadas. En especial, la SAP Segovia de 18-12-2006 señala que “*para llegar a una condena penal no bastan sospechas, no caben suposiciones o presunciones, pues la única presunción que cabe en el proceso penal es la inocencia que favorece al acusado, que exige la prueba de los hechos objeto de acusación, y si, como en el presente caso, la prueba practicada no desvirtúa la referida presunción de inocencia, lo procedente es la libre absolución*”⁶.

El problema en estos supuestos, en los que la empresa “distribuidora” resulta finalmente absuelta, enlaza con lo ya expuesto: antes de llegar al juicio oral, y resultar absuelta, la empresa “distribuidora” ha debido sufrir, probablemente

5. En palabras de la citada SAP Vizcaya de 7-11-2006: “*Ahora bien, todos estos datos no enervan la explicación que ofrece la parte apelante, según la cual [la empresa “distribuidora”] simplemente tuvo noticia de que [la empresa “trucha”] ofrecía estos materiales en el mercado, le interesó el precio y le hizo los correspondientes pedidos...”; “No hay razón particular para tachar de absurda esta explicación, que, por lo demás, parece ajustarse al uso del comercio internacional de materias primas...”; etc.*

6. Como es lógico, también puede encontrarse en los repertorios alguna sentencia condenatoria, es decir, supuestos donde se ha considerado probado que la empresa “distribuidora” conocía y quería participar en un fraude tributario. Es el caso, por ejemplo, de la SAP Valencia (Secc. 5ª) nº 182/2008, de 6 de junio, y la SAP Barcelona (Secc. 6ª), nº 244/2008, de 17 de marzo. Ahora bien, en estos supuestos quedaron acreditados por prueba directa hechos base, indicios, mucho más intensos que los señalados en nuestro ejemplo. Así, en la SAP Barcelona de 17-03-2008, el administrador y socio de la empresa “distribuidora” también había constituido y administraba las sociedades “trucha” y “pantalla”. En el caso de la SAP Valencia de 06-06-2008, se acreditó que la “distribuidora” fingió, consciente y voluntariamente, comprar y pagar a determinados proveedores cuando en realidad adquiría la mercancía a otros proveedores diferentes.

durante años, medidas cautelares reales excepcionalmente gravosas (el embargo de *todo* el patrimonio de la sociedad, con la mera presentación de la denuncia del Fiscal y el informe de la AEAT, es frecuente, y suele ser la primera noticia del procedimiento), o incluso personales, y peticiones de condena muy elevadas, todo ello debido a la magnitud del fraude, globalmente considerado, en el que se estima presuntamente participe a la “distribuidora”. La absolución final, en muchos casos, no repara los perjuicios sufridos por el acusado, ni hace desaparecer la inevitable e indiscutible “pena de proceso”.

IV. La presunción de inocencia y la imputación de autoría en organizaciones empresariales complejas (especialmente, en procedimientos penales por accidentes de trabajo)

Nuestro cliente, en este caso, había sido imputado, o acusado, o condenado, por el mero hecho -podría decirse- de ostentar un cargo, consejero delegado, en la organización empresarial donde se había producido el accidente laboral mortal (no se había supervisado al empleado para evitar que se introdujera dentro de un montacargas). No se había razonado en el auto de transformación, o en el escrito de acusación, o en la sentencia de condena, sobre su concreta conducta, sobre su concreto círculo de competencias, sobre sus específicas acciones u omisiones. Y, de nuevo, el cliente nos pregunta, ¿acaso no soy inocente hasta que no se demuestre mi culpabilidad, la mía en concreto, como persona física, no la de la empresa, una organización dentro de la que prestan servicios y actúan cientos de personas?

La imputación, acusación o condena, en estos supuestos, en casos de accidentes de trabajo criminalizados, suele tener la siguiente estructura:

- i) Se aprecia, en primer lugar, la comisión de un delito de riesgo del art. 316 del Código Penal (o art. 317 del Código Penal, en su versión imprudente), por no haber facilitado las medidas de seguridad debidas al empleado poniéndolo en peligro. Se imputa el delito al consejero delegado -en nuestro ejemplo- en aplicación del art. 318 del Código Penal, una regla similar a la del art. 31 del Código Penal, se transfiere la condición subjetiva de “empleador” (obligado a facilitar medidas de seguridad) exigida por el tipo, que concurre en la persona jurídica, a la persona física “administrador o encargado del servicio”.
- ii) Además, se aprecia también, normalmente en concurso, un delito de lesión. En el ejemplo, un delito de homicidio imprudente. Frecuentemente, se imputa en comisión por omisión, y se aprecia una posición de garante en el consejero delegado del ejemplo, por el desempeño de tal cargo. No es aquí aplicable, en rigor, el art. 31 del Código Penal al no tratarse de un delito especial propio.

El problema en estos casos, el riesgo para el derecho a la presunción de inocencia, consiste en que el mero desempeño de un determinado cargo en una organización empresarial (ya sea administrador único, consejero delegado, director general, director de fábrica, jefe de taller, técnico de prevención, jefe de recursos humanos, etc.) se torna en *una suerte de presunción de culpabilidad*. En un criterio, que muchas veces es el único, que maneja el órgano judicial para imputar responsabilidad penal por el resultado dañoso -ya sea de riesgo o de lesión-. Comprobado el cargo del sujeto, se presume que a él competía actuar donde omitió, que sobre él pesaba la posición de garante y debía evitar el resultado dañoso (delito de lesión) o debía facilitar la medida de seguridad preceptiva legalmente pero omitida (art. 316 del Código Penal). Ello unido a razonamientos *ex post facto*, también frecuentes, del tipo "si el accidente sucedió es porque alguna medida de seguridad se omitió" desembocan, en ocasiones, no sólo en la violación de la presunción de inocencia sino en la objetivación de la responsabilidad -proscrita en Derecho Penal-, o poco menos.

Dado el contexto descrito, frecuente en la práctica forense, *¿qué exige, a mi juicio, el respeto al derecho a la presunción de inocencia en este tipo de supuestos?*:

- i) En primer lugar, la aplicación del art. 318 del Código Penal (y del art. 31 del Código Penal, que, como se ha dicho, si bien no resulta aplicable a este tipo de delitos, los tribunales suelen recurrir a él de forma extensiva) sólo en los casos previstos y con los requisitos descritos por la Ley y la jurisprudencia. El mecanismo de aplicación *no es*: verificado que se ha producido un accidente en la empresa, y verificada la violación de normas de seguridad y salud, se imputa la responsabilidad penal de forma automática al administrador o representante persona física. Tal automatismo no es de recibo; conduce, como se dijo, a la objetivación de la responsabilidad penal. Para que la persona física sea responsable penalmente *debe ser autor del delito*, debe haber realizado él mismo la conducta típica, con una acción u omisión propia. Y, si habiendo realizado él o ella la conducta típica, no concurre en él o ella el requisito de ser "empleador" del accidentado (obligado a facilitar las medidas de seguridad), tal requisito se transferirá a la persona física en virtud del art. 318 del Código Penal⁷.

7. La reciente SAP Barcelona nº 469/2008 (Secc. 5ª), de 30 de junio, destaca que ni el art. 31 del Código Penal ni el art. 318 del Código Penal pueden representar "... una responsabilidad objetiva del administrador o encargado del servicio, -ni una presunción de autoría-, lo que sería inconstitucional [...]" Y expresa con singular acierto cómo interpretar el precepto: "No todos los administradores serán penados, sino sólo los que hayan sido responsables precisamente de no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. El precepto no dice que serán responsables los administradores o encargados del servicio, sino que se castigará a aquéllos de ellos que hayan sido responsables de los hechos."

- ii) Debe analizarse con rigor, debe ser objeto de prueba, *cuál es el concreto círculo de competencias de la persona física y su concreta conducta* (su concreta acción u omisión). Ese análisis permitirá discernir si esa persona física en concreto tenía entre su círculo de competencias y obligaciones proporcionar la medida de seguridad omitida (art. 316 del Código Penal), si recaía en él o ella la posición de garante (homicidio o lesiones imprudentes).
- iii) Debe estudiarse especialmente si se había producido una *delegación de funciones* a favor de algún subordinado (lo que otros explican a la luz del principio de confianza). La jurisprudencia ha establecido que no cualquier delegación hace desaparecer o limita la responsabilidad del delegante, sino sólo aquella que cumpla los siguientes requisitos: (1) el delegado debe ser una persona capaz de desempeñar las funciones delegadas, debe contar con la formación y pericia suficientes, no debe ser una mera pantalla para alejar al delegante de la responsabilidad; (2) deben proporcionarse medios y recursos materiales suficientes al delegado; y (3) el delegante mantiene cierto deber de vigilancia y supervisión sobre la labor del delegado (bien es cierto que los márgenes de este último requisito son especialmente imprecisos)⁸.
- iv) Y, por fin, todos estos análisis y razonamientos deben explicitarse en una motivación adecuada de la resolución judicial de que se trate.

Lo anterior es, a mi juicio, exigencia del respeto al derecho a la presunción de inocencia: no aplicar el art. 318 del Código Penal (ni 31 Código Penal) de forma expansiva, analizar la conducta de la persona física en concreto, estudiar los efectos de una eventual delegación de funciones (imprescindible en cualquier organización empresarial, especialmente en las de mayor envergadura) y explicitar los razonamientos del órgano judicial. Si estos requisitos no se cumplen con respecto a la concreta persona física imputada o acusada (el consejero delegado del ejemplo), por mucho que la empresa haya sido

8. Puede citarse, entre muchas otras, la SAP Guipúzcoa nº 30/2005 (Secc. 1ª), de 21 de febrero, que recuerda que "... el delegante no se exonera de su deber de garantía -sigue ostentando la obligación de tutelar los bienes jurídicos de las personas que trabajan en la empresa frente a las fuentes de peligro provenientes del propio funcionamiento de la empresa-, sino que el mismo se mantiene sufriendo una transformación cualitativa. El contenido material de la garantía no se centra en el control personal de la fuente de peligro, sino en el control de la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro. La norma de cuidado en el campo de la delegación se construye en torno a tres premisas: -Deber de elección -la culpa in eligendo-, exigiendo que la delegación se realice en una persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro. -Deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro. -Deber de control -la culpa in vigilando-, implementando las medidas de cautela específica para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas de la delegación."

sancionada en el ámbito administrativo laboral por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad, por mucho que se haya constatado la falta de medidas de seguridad en el centro de trabajo, no se podrá imputar el resultado a esa concreta persona física acusada, existirá el vacío probatorio a que se refiere el Tribunal Constitucional cuando aprecia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

“Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal económico europeo

D. Adán Nieto Martín y D. Axel Blumenberg

*Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla - La Mancha**

I. El derecho a no autoinculparse y la obligación de colaborar con la administración pública

El art. 46 de la Carta Europea de Derechos fundamentales, al igual que el art. 24 de la Constitución Española o el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra entre los derechos de defensa el principio según el cual nadie está obligado a colaborar con su propia autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*). A diferencia de lo que ocurre con el derecho a guardar silencio, cuyo ámbito de aplicación y vigencia está suficientemente precisado, la extensión del derecho a no colaborar es bastante más discutida, planteando supuestos de especial complejidad en el marco del Derecho Penal económico. Tanto en el derecho comunitario como en un buen número de ordenamientos nacionales este principio convive con normas administrativas que imponen obligaciones de colaboración que, al menos *prima facie*, contradicen su vigencia. Así, por ejemplo, el derecho tributario español obliga a los contribuyentes a aportar a requerimiento de la administración tributaria libros registros, documentos o información, o a facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones administrativas¹. Preceptos de estructura similar pueden encontrarse en la Ley del Mercado de Valores², en

* Artículo elaborado en el marco del proyecto de investigación del MCI SES 2007-67919/JURI, sobre la armonización del Derecho Penal en la UE.

1. En la Ley General Tributaria vid., de un lado, el art. 33.2 (“corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor la comisión de sanciones tributarias”) y de otro los arts. 29 y 203, donde se establece respectivamente la obligación de aportar información y las sanciones en caso de incumplimiento.

2. Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, Art. 85.

la Ley de Defensa de la Competencia³, en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁴, etc. En todos estos supuestos la administración no se contenta con exigir al ciudadano la aportación de documentos, sino que además, de forma coactiva, amenaza con la imposición de sanciones, penales o administrativas, la negativa a entregarlos, su falseamiento o la entrega incompleta. De acuerdo con el art. 293 del Código Penal, al igual que otros preceptos semejantes del Código Penal italiano⁵ o alemán⁶, este incumplimiento puede suponer en los casos más graves una sanción penal, que se añade a una pléyade de sanciones administrativas que sancionan el incumplimiento de esta obligación⁷.

El ordenamiento comunitario conoce preceptos de estructura similar. En el derecho sancionador de la competencia mientras que el art. 18 del Reglamento CE 1/20003 obliga a entregar toda la información requerida por la Comisión, el art. 23 sanciona a quienes no proporcionan la información de manera exacta o de manera engañosa u omiten dar respuesta. En lo que concierne a la protección de los intereses financieros, existen igualmente obligaciones de cooperación con la OLAF que pueden recaer sobre personas posteriormente acusadas por corrupción o fraude, si bien en este caso no existe sanción alguna destinada a coaccionar a su cumplimiento⁸. La propuesta de Eurodelitos, cuya finalidad es la armonización del Derecho Penal económico europeo, contempla un tipo penal de naturaleza semejante (Art. 56) al art. 293 del Código Penal, donde se propone sancionar a quienes “en sus relaciones con una autoridad de control europea o nacional infrinja sus obligaciones de comunicación información o de solicitud de autorización no efectuando las comunicaciones a que está obligado o realizándolas

3. Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, Art. 39.

4. Ley 26/1988, de 29 de Julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Art. 4 lit. h.

5. Vid. Castaldo A, Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho Penal bancario italiano, ADPC, 1994, Fasc. III, p. 177 ss.

6. Vid. sólo las referencias en la tabla de infracciones elaborada por Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Carl Heymanns, Köln, 2006, marg. 22.

7. Vid. especialmente Silva Sánchez, Hacia el “Derecho Penal del Estado de la prevención”. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal, en Silva Sánchez (dir), ¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes en al actividad económico-empresarial, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

8. *Lo que no quiere decir que estos poderes de inspección no planten fricciones con los derechos de defensa, vid. la ya abundante jurisprudencia al respecto Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), de 8 de julio de 2008, asun. T-48/05; Tribunal de primera instancia, de 12 de septiembre de 2007, Nikolaou c. Comisión, asun. T-259/03; Tribunal de primera instancia, 4 de octubre de 2006, Tillack c. Comisión, asun T-193/04; Tribunal de primera instancia, 6 de julio de 2006, Franchet y Byk c. Comisión, asun. T-391/03; T-70/04; Tribunal de primera instancia, 6 de abril de 2006, Camos Grau c. Comisión, asun T-309/04.*

de modo incorrecto o incompleto”⁹. El objetivo de este precepto es la tutela de la actividad de las autoridades independientes europeas, como una futura agencia de protección del mercado de valores¹⁰.

Estos preceptos ponen de manifiesto un conflicto de rango constitucional donde se sitúa, de un lado, la optimización de los derechos de defensa y de otro la protección de valores constitucionalmente relevantes, como la actividad administrativa destinada a tutelar bienes jurídicos tan importantes como la libre competencia, la hacienda pública, la confianza en el mercado de valores, la protección de ahorradores, etc. En determinados sectores la actividad tradicional de la inspección basada en la visita sorpresiva y aleatoria, realizada con una lógica similar al control de carreteras que ejerce la policía de tráfico, resulta claramente ineficaz, por lo que ha sido sustituida por una estrategia consistente en incrementar las obligaciones de cooperación del ciudadano¹¹. Esta colisión requiere plantearse los límites del derecho a no colaborar con la propia condena, que desde luego no opera ilimitadamente. La obligación de someterse al test de alcoholemia, la posibilidad de practicar sobre el procesado pruebas de ADN, sangre etc., son producto de una tensión similar entre este derecho y otros intereses relevantes. Lo que ha de analizarse ahora es si los intereses administrativos, que subyacen a la obligación de colaborar, justifican también una restricción similar.

La colisión de intereses a la que nos referimos ha aparecido en muchos tribunales constitucionales y por supuesto se ha planteado repetidas veces ante los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo. Sin embargo, resulta sorprendente la absoluta falta de uniformidad a la hora de resolver la ponderación, razón por la cual el principio a no declarar contra uno mismo tiene extensiones diferentes. Así y mientras que el TEDH a partir de *Funke*¹² realiza una ponderación muy

9. La sanción se reduce tal como se indica en el apartado 2 a informaciones particularmente relevantes: “2. El apartado primero se refiere exclusivamente a aquellas obligaciones que conciernen a la dirección de la entidad o la participación en otras empresas y que resultan de considerable importancia para la protección de la competencia o la supervisión de mercados organizados”.

10. Cfr. Foffani, en Tiedemann (hrsg.) Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Carl Heymanns, Köln, 2002, p. 177 ss (=Tiedemann (dir.), Nieto Martín (coord), Eurodelitos. Derecho Penal económico europeo. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2004)

11. Vid. Fernández Ramos, La actividad administrativa de inspección, Comares, Granada, 2002, p. 317 ss; García Ureta, La potestad inspectora de las Administraciones públicas, Marcial Pons, 2006, p. 167 ss.

12. STEDH, Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993, Demanda nº 10828/1984 (TEDH\1993\7)

favorable a los derechos de defensa, el TJCE en *Orkem*¹³ y posteriormente en *Mannesmannröhren*¹⁴ da prioridad a los intereses que subyacen al ejercicio de la supervisión administrativa en materia de competencia. En la jurisprudencia constitucional española y alemana el centro del debate tiene que ver, en cambio, con la responsabilidad de las personas jurídicas y en qué medida éstas son titulares de derechos fundamentales.

La divergencia entre jurisdicciones constitucionales, nacionales y supranacionales, sería simplemente curiosa o prueba evidente de la dificultad de conjugar ambos intereses, si los tribunales implicados fueran absolutamente autónomos, pero resulta, como decía, sorprendente en el *multilevel constitutionalism* que existe entre los ordenamientos de la UE¹⁵. En el marco de la relación horizontal y dialogada entre el TEDH y el TJCE resulta criticable la existencia de soluciones tan diametralmente opuestas, sobre todo por parte del TJCE que debe construir los derechos fundamentales, además de sobre las tradiciones comunes a los Estados miembros, a partir de la normativa constitucional supranacional, lo que implica la jurisprudencia del TEDH. No menos llamativo resulta también el empecinamiento de la jurisprudencia constitucional aludida por no dar plena virtualidad a una doctrina tan consolidada como la que surge de *Funke*.

Mas la divergencia en la conformación de un derecho fundamental, como en este caso el *nemo tenetur*, es también criticable porque puede ser disfuncional en la conformación de ese sistema de justicia penal integrado que representa el Espacio Judicial europeo. De la situación que acaba de describirse pueden derivarse cuatro problemas diferentes.

El primero de ellos atiende a una posible colisión entre el TEDH y el TJCE, la cual puede producirse por ejemplo en el marco del derecho sancionador de la competencia comunitario. Aunque la UE no es parte del Convenio, y por tanto no está sujeta al control del TEDH, es posible que la empresa sancionada lleve al país encargado de ejecutar la sanción ante este. La estructura del caso sería similar a *M&Co v RFA*¹⁶. La empresa recurrente había sido sancionada por la Comisión Europea por prácticas restrictivas de la competencia. En su recurso ante el TJCE, que resultó rechazado, invocaba la violación de varios derechos fundamentales contenidos en el art. 6 del CEDH (culpabilidad, *in dubio pro reo* y la conculcación de derechos de defensa de

13. STJCE 18.10.1989, *Orkem/Comisión*, asun. 374/87, Rec. p. 3283.

14. STJCE (primera instancia), 20.10.2001, *Mannesmannröhren-Werke AG/Comisión* asun. T-112/98

15. Pernice/Kanitz, *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europem*, Walter Hallstein Institut, Humboldt-Universität zu BErlin, WHI-Paper 7/2004.

16. European Comision of Human Rights, 9.2.1990, Application nº 13258/87.

los administradores de la entidad). Una vez firme la sanción, y convertida en título ejecutivo, la empresa recurre ante el TEDH, imputando la violación del art. 6 a la autoridad nacional encargada de ejecutar la infracción, pese a que ésta actuaba sin margen de discrecionalidad alguno. Aunque la Comisión de Derechos humanos rechazó el recurso, en su fundamentación dejó claro que el hecho de que las autoridades nacionales actuasen ejecutando una obligación procedente de una organización internacional que no formaba parte del Convenio, no excluía su control. La especialidad del control residía únicamente en que dada la equivalencia en la protección de derechos fundamentales entre el ordenamiento europeo y la prevista en el Convenio, solo las violaciones manifiestas de un derecho fundamental en el procedimiento comunitario supondrían una infracción del Convenio. Dicho de otro modo, esta jurisprudencia obliga a los Estados miembros a no ejecutar ninguna obligación procedente del derecho comunitario que viole manifiestamente el estándar de protección del Convenio. Como después se vera, las divergencias entre *Funke* y *Orkem* son tan considerables que a priori no cabe excluir una colisión entre ambas instancias, sobre todo cuando el TJCE, con cierta rebeldía, ha decidido mantener conscientemente una comulación del derecho fundamental diversa a la acuñada en Estrasburgo.

La divergente conformación del derecho fundamental a no colaborar en la propia acusación puede ser disfuncional también en el seno de la cooperación penal. En el plano horizontal aquellos ordenamientos que cumplen con el estándar *Funke* seguramente no puedan admitir como material probatorio documentos que han sido obtenidos por la administración de otro Estado violando el *nemo tenetur*. En la cooperación vertical, los documentos obtenidos por la OLAF utilizando sus poderes coactivos, pueden ser inválidos en los procedimientos penales nacionales conformes con *Funke* donde se juzguen los hechos de corrupción o fraude, investigados previamente por la agencia europea.

Pensando en el futuro próximo, la conformación divergente de derechos fundamentales de la defensa puede también crear distorsiones en el funcionamiento del Ministerio Público Europeo. El *Corpus Iuris* para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, que está en el origen de la figura del Fiscal Europeo, se ocupa expresamente de la colisión entre las obligaciones de colaborar con la administración y el derecho a no colaborar en la propia incriminación. Concretamente, en su art. 31.2, referido a la carga de la prueba y tras consagrar la presunción de inocencia, se indicaba que “con la excepción de las obligaciones de exhibir ciertos documentos que pudieran encontrar su fundamento en el derecho nacional o en el derecho comunitario, nadie estará obligado a contribuir de manera directa o indirecta, a establecer su propia culpabilidad”. Como es conocido el *Corpus Iuris*, en lo concerniente al derecho procesal optó por acomodarse al estándar de protección fijado en el Convenio

Europeo de Derechos Humanos¹⁷, por ello sorprende la regulación del art. 31.2 que opta claramente por la posición mantenida en *Orkem* por el TJCE y, por consiguiente, en contra, de *Funke*. El alejamiento de la senda marcada por el TEDH puede lógicamente crear importantes problemas, sobre todo una vez que, tal como está previsto en el Tratado de Reforma (Art.6.2), la UE forme parte del Convenio.

Los cuatro problemas que acaban de exponerse muestran la importancia del art. 82.2 del TUE, tras el Tratado de reforma, que aboga por la armonización de “los derechos de las personas durante el procedimiento penal” con el fin de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. No obstante, la pretensión de armonizar, allí donde existen políticas jurídicas y jurisprudenciales diferentes, que responden a ponderaciones de intereses diversas, requiere revisar con especial detenimiento el debate entre los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales, a fin de escoger la opción que pueda presentarse como la *better law* (II). En un epígrafe ulterior de este trabajo se estudiarán distintas fórmulas que permiten optimizar al máximo el derecho a no declarar contra uno mismo, pero que a su vez consigan salvaguardar la eficacia de la actividad inspectora de la administración y los intereses que a ella se anudan (III).

II. *Nemo tenetur ipse accusare* en la jurisprudencia europea

A. La jurisprudencia del TEDH

Como ya se ha advertido el TEDH, es el que ha dotado de una mayor amplitud al derecho a no contribuir a la propia autoincriminación frente a los deberes de colaboración administrativa. Sin ningún tipo de titubeos el tribunal de Estrasburgo asienta con claridad este principio en *Funke*. Los hechos que dan lugar a este supuesto constituyen el arquetipo de la colisión derecho-deber a la que nos estamos refiriendo: En el domicilio del Sr. Funke, un representante de comercio residente en Francia pero de origen alemán, se presentaron tres agentes de aduanas que registraron su domicilio con el fin de “obtener información sobre sus asuntos en el extranjero”. Tras este primer registro los agentes exigieron al demandante, en conformidad con lo dispuesto en la legislación aduanera, que les facilitara los extractos de cuentas corrientes que tenían abiertas en distintos bancos europeos, a lo cual es Sr. Funke se

17. Vid. las referencias al Convenio contenidas en los art. 25 bis.2; 25 ter. 3 o 29.2 donde expresamente al regular los derechos del acusado se indica que: “el acusado disfrutará de los derechos de defensa de acuerdo con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 10 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de la ONU”

negó. En su demanda ante el Convenio señala que la violación del art. 6 se fundamenta en que, aunque nunca fue acusado de un delito fiscal aduanero, si fue objeto de una sanción penal por el hecho de negarse a entregar la documentación exigida, sanción que “tendía a forzar a que colaborase con su acusación”, en unas circunstancias en las “que las autoridades francesas podían recurrir a la colaboración internacional y obtener por sí mismas las pruebas”. Este último argumento, que admite en definitiva la ponderación, en cuanto que a *sensu contrario* admitiría la obligación de aportar documentos cuando fuese imposible obtenerlos de otro modo, debe conectarse con uno similar, aunque en sentido contrario, del gobierno francés y de la Comisión de Derechos Humanos, para quienes la colaboración “ahorra al contribuyente una investigación sistemática”, lo que constituiría un medio mucho más gravoso.

Estos argumentos, son importantes para entender correctamente la escueta doctrina *Funke*. Si se lee detenidamente el famoso apartado 44 de la sentencia resulta que el tribunal da relevancia a dos circunstancias para declarar que la imposición de una sanción por no entregar documentos contraviene el art. 6 del Convenio. En primer lugar, al hecho de que la administración tributaria sospechara, tras el primer registro, que el Sr. Funke había cometido algún tipo de defraudación tributaria. La mera sospecha, sin esperar a un procesamiento o acusación formal resulta determinante para activar los derechos de defensa del art. 6.1 del Convenio. Años después en *J.B v. Switzerland*¹⁸ el Tribunal perfila aún más este aspecto. Lo importante no es tanto conocer cuál es el uso que la autoridad administrativa piensa darle a la información obtenida coercitivamente, sino que el afectado no pueda excluir que la información entregada pueda servir para incriminarle¹⁹. No menos interesantes a este respecto es el añadido a *Funke* que se desprenden de *Weh c. Austria*²⁰. A partir de la doctrina de las “violaciones potenciales al Convenio”, que afecta a aquellos casos en los que el comportamiento de un Estado pueda poner en peligro un derecho reconocido por el mismo²¹, el Tribunal señala que la solicitud coactiva de información también estaría vedada cuando existe un peligro concreto de que vaya a abrirse un procedimiento penal que guarde relación con la entrega de información²².

18. STEDH, *J.B v Switzerland*, 3.05.2001, Application n° 31827/96.

19. Apartado 66. En su defensa el gobierno Suizo alegaba que la información solicitada tenía como fin principal el averiguar la capacidad contributiva, sin que existiera intención de utilizarla en un proceso penal.

20. STEDH, de 8 de abril de 2006, Demanda n° 38544/1997.

21. Los fundamentos de esta doctrina se encuentran en *Soering c. RU*, de 7 de julio de 1989, serie A núm. 161.

22. Apartado 56

En segundo lugar, el Tribunal afirma la prioridad del derecho a no autoinculparse, en cuanto no da relevancia alguna al hecho de que la administración pudiera haber obtenido la prueba documental de otro modo, a través de la cooperación internacional, ni al argumento de la Comisión y el Gobierno francés a tenor del cual las obligaciones de colaboración serían un mal necesario, es decir, proporcionado con el fin de evitar medios de investigación más incisivos²³.

Tres años después de *Funke*, en *Saunders* el Tribunal acaba de perfilar su jurisprudencia²⁴. Los hechos son los siguientes: el demandante era un alto directivo de Guinness, condenado por un delito bursátil. En el proceso se utilizó como prueba ciertas manifestaciones realizadas por el Sr. Saunders en nueve largos interrogatorios realizados por los inspectores del Ministerio e Industria inglés antes de abrirse el proceso penal. De acuerdo con el derecho de sociedades inglés, el acusado estaba obligado a declarar ante los inspectores, comportando su negativa a declarar una condena por desacato.

Lo relevante del caso es que el Tribunal distingue perfectamente entre la actuación inspectora administrativa, realizada autónomamente de un procedimiento judicial, y el uso de los documentos o, en este caso, declaraciones efectuadas ante las autoridades administrativas en un proceso penal. En relación a la actividad administrativa el TEDH señala expresamente que no resulta de aplicación el art. 6 del Convenio: “exigir que...una investigación preliminar estuviese sujeta a las garantías de un procedimiento judicial en el sentido del art. 6.1 entrañaría en la práctica entorpecer indebidamente la administración efectiva en interés público de complejas actividades financieras”. El añadido de Saunders sobre la doctrina Funke, es que (a) no solo no se puede obtener información compulsivamente con el fin de utilizarla en un proceso cuando existen sospechas, sino que (b) incluso si estas no existen, y la coacción administrativa se ejerce fuera del contexto de un proceso penal, no puede utilizarse posteriormente en el mismo.

La distinción que opera Saunder es, como se verá después, de enorme importancia a la hora de resolver la tensión entre los intereses protegidos por la inspección administrativa y los derechos de defensa. Resulta lícito y admisible que la administración imponga coactivamente obligaciones de suministrar documentos cuando la información se utilice con el fin de mejorar la eficacia de la actividad inspectora tendente a salvaguardar un fin público. Lo que no resulta en cambio admisible es que está información se utilice posteriormente en un proceso penal. En una sentencia posterior, *Weh*, el tribunal confirma esta

23. En *J.B v. Switzerland*, apartado 59, otro supuesto similar a *Funke*, el gobierno suizo realiza una argumentación similar: la obligación de cooperar es una opción más aceptable desde el punto de vista de los derechos del ciudadano, que dotar a los inspectores de tributos de amplias facultades de investigación.

24. STEDH *Saunders v United Kingdom*, 29.11.1996.

distinción señalado con claridad que una infracción destinada a garantizar que se cumpla con la obligación de suministrar información no es *per se* contraria al Convenio²⁵.

Pero *Saunders* reviste aún más puntos de interés. Como después comprobaremos al estudiar *Orkem*, uno de los aspectos centrales del TJCE al establecer los contenidos del derecho a no colaborar con la propia autoincriminación reside en distinguir entre confesiones de culpabilidad, cuya “extracción” compulsiva sí que estaría prohibida, y afirmaciones acerca de hechos, no tutelada por este derecho. Esta fina –pero ciertamente equivocada– distinción de Luxemburgo, se desecha contundentemente por la Corte de Estrasburgo. El razonamiento es impecable: “Testimonios obtenidos bajo compulsión que aparentan no ser inculpativos –tales como alegaciones exculpativas, o simple información sobre cuestiones de hechos– pueden más tarde ser utilizadas en los procedimientos criminales por la acusación en apoyo de su acción, por ejemplo, contradiciendo o arrojando dudas sobre otras manifestaciones del acusado.”

Igualmente relevante es que en *Saunders* el Tribunal explicita con gran claridad la tensión entre derechos de defensa y los intereses que defiende la actuación inspectora, que había quedado latentemente oculta en *Funke*. El Gobierno inglés había señalado que la complejidad de los fraudes societarios, el vital interés público existente en su investigación y el castigo de los culpables podían justificar excepciones a los principios del proceso justo. El Tribunal responde contundentemente a esta alegación. No existe estado de necesidad probatorio alguno, debido a la complejidad de un determinado grupo de casos, que ampare rebajas en los derechos de defensa que “se aplican a todo procedimiento criminal sin distinción del más simple al más complejo”. De este modo, los derechos de defensa se conforman, al menos en estos casos, como un derecho fundamental absoluto, en el sentido de que no es susceptible de recortarse a través de una ponderación con el interés de la protección de la actividad y eficacia de la inspección o las necesidades de prueba.

B. La jurisprudencia del TJCE

En la jurisprudencia del TJCE el *leader case* es la sentencia *Orkem*²⁶, cuya doctrina se ha repetido numerosas veces²⁷. Igualmente resulta significativo

25. STEDH, de 8 de abril de 2006, Demanda nº 38544/1997.

26. STJCE 18.10.1989, *Orkem/Comisión*, asun. 374/87, Rec. p. 3283.

27. Recientemente, vid. SsTJC de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 61 y 65, y de 14 de julio de 2005, *ThyssenKrupp/Comisión*, C-65/02 P y C-73/02 P, Rec. p. I-6773, apartado 49).

*Mannesmannröhren*²⁸. Si *Orkem* es anterior cuatro años a *Funke* y por tanto nada impedía caminos jurisprudenciales diferentes, *Mannesmannröhren* es muy posterior, y demuestra la insistencia del TJCE en mantener una línea doctrinal divergente a la de los jueces de Estrasburgo, y ello pese a que los demandantes en su recurso expresamente invocaron *Funke* y la jurisprudencia del TEDH.

El núcleo central de *Orkem* radica en la distinción entre la obligación de facilitar toda la información necesaria relacionada con hechos de los que la empresa pueda tener conocimiento así como la entrega de documentos, incluso si estos tienen carácter inculpativo, y “la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión”²⁹. De este modo lo que ampararía el *nemo tenetur* es el derecho a negarse a contestar preguntas o directamente inculpativas o que versaran sobre intenciones, objetivos o fines de determinados actos (vgr. una reunión donde presuntamente se negociaron acuerdos anticompetitivos), en cuanto que aquí, aunque de un modo más indirecto, se estaría también obligando a reconocer infracciones.

Esta sutil distinción, muy en la línea de lo que hacía el TC español en sus primeras sentencias, descansa en un *balancing* explícito entre derechos de defensa y los intereses administrativos³⁰, por lo que no puede decirse que *Orkem* priorice absolutamente los intereses administrativos. Desde el punto de vista de la construcción de los derechos fundamentales de la UE³¹, *Orkem* no deja de ser además una sentencia coherente. El TJCE utiliza dos de sus métodos hermenéuticos más habituales, la invocación del Convenio Europeo y el orientamiento prevalente³² en los ordenamientos jurídicos nacionales. En relación a estos últimos el tribunal constata que el derecho a no declarar no se había extendido hasta la fecha a las personas jurídicas³³, como ocurre por ejemplo aún hoy en el derecho alemán, aplicándose únicamente a las personas físicas en el marco de una infracción penal. E igual ocurría a juicio del Tribunal con el Convenio Europeo³⁴. El texto del Convenio no cita expresamente este derecho. Solo cuatro

años después con *Funke* y, sobre todo, *John Murray*³⁵, el TEDH señaló que “aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, no hay duda de que el derecho a permanecer en silencio ante las preguntas de la policía y a no declarar contra sí mismo, están universalmente reconocidos como principios internacionales que descansan en el mismísimo corazón del concepto de juicio justo del Art. 6”. Igualmente *Orkem* reconoce otro de los *grands arrêts* del TEDH como es *Oztürk*³⁶, y no duda en proclamar la extensión de las garantías del Convenio al derecho sancionador administrativo³⁷. En este contexto *Orkem* tiene incluso la virtud de que el Tribunal considera admisible aplicar las garantías del Convenio a personas jurídicas³⁸ en el marco de procedimientos administrativos³⁹ y admite la invocación formal de estos derechos aun cuando todavía no exista una comunicación de cargos, ni una incoación expresa del “procedimiento administrativo sancionador por parte de la Comisión”. El Tribunal, al igual que después señalaría *Funke*, reconoce implícitamente que bastan las meras sospechas, pues la violación del derecho se habría producido en una investigación preliminar⁴⁰.

Puesto que *Orkem* es, tal como acabamos de ver, una sentencia prematura, *Mannesmannröhren* resulta singularmente importante. El 20 de febrero de 2001 no solo estaba ya claro que el art. 6 del Convenio se aplicaba a los procedimientos administrativos sancionadores, que además de ello se beneficiaban las personas jurídicas⁴¹, sino sobre todo que a través de *Funke* y *Saunders* el TEDH había realizado una ponderación en sentido diametralmente opuesto, dando prevalencia al derecho a no colaborar, negando además, como ya hemos visto, que pudiera tener virtualidad la distinción entre afirmaciones sobre hechos y entrega de documentos y confesiones, a la hora de encontrar un punto de equilibrio entre ambos intereses. Incluso la Carta Europea de Derechos fundamentales, proclamada pocos meses antes en Niza, garantizaba al acusado “el respeto a los

28. STJCE (primera instancia), 20.10.2001, Mannesmannröhren-Werke AG/Comisión asun. T-112/98

29. Apartado 34 y 35.

30. Vid. expresamente apartado 32.

31. Vid. con amplia información bibliográfica Bernardi, “Reserva di Legge” e Fonti Europee in Materia Penale, Ann. Univ. Ferrara, Nuova serie. Vol XX (2006), p. 26 ss.

32. Apartado 28.

33. Apartado 29.

34. Apartado 30.

35. STEDH, de 8 de febrero de 1996 (TEDH 1996/7).

36. STEDH, de 21 de febrero de 1984.

37. E igual cabe decir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cuyo contenido, reducido a los procedimientos judiciales, se refiere el Apartado 31.

38. Apartado 30: “aun admitiendo que pueda ser invocado por una empresa objeto de una investigación en materia de Derecho sobre la competencia”.

39. Apartado 33 y STJCE Hoechst c. Comisión, asun. 4/87, 227/88, Rec. 1989, p. 2859.

40. Apartado 11 y 33: “si bien es cierto que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a sanción, ha de evitarse, al mismo tiempo, que el mencionado derecho quede irremediadamente dañado en los procedimientos de investigación previa, que pueden tener un carácter determinante en la constitución de pruebas de carácter ilegal de conductas de empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas”.

41. Vid. también STEDH, Stenuit, de 27 de febrero de 1992, seria A. n. 232-A.

derechos de defensa.” La empresa sancionada citaba expresamente todo este cuerpo jurisprudencial y normativo en su recurso.

Los hechos son los siguientes: la Comisión investigaba la existencia de un acuerdo sobre fijación de precios por parte de fabricantes de tubos de acero. Tras realizar varias inspecciones a los locales de la empresa, le dirige una comunicación obligándola a contestar a una serie de preguntas relativas a si directivos de la empresa habían tomado parte en una serie de reuniones, datos relativos a las fechas, lugares, empresas participantes, y a entregar cualquier otro tipo de documento que obrara en poder de la empresa en relación con estas reuniones⁴². Si no existían documentos las empresas debían describir el objeto, y las decisiones adoptadas en la reunión. Ante la negativa de la empresa a contestar la Comisión le impuso una multa coercitiva nada desdeñable: “mil unidades de cuenta por cada día de retraso”. El paralelismo de los hechos con los de *Funke* resulta más que notable. Pese a todo ello, el Tribunal señala lo siguiente: “... según jurisprudencia reiterada, para preservar la eficacia del artículo 11, apartados 2 y 5, del Reglamento n. 17, la Comisión tiene la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia.

En efecto, el reconocimiento de un derecho absoluto a guardar silencio, invocado por la demandante, excedería de lo que es necesario para preservar los derechos de defensa de las empresas y constituiría un obstáculo injustificado para el cumplimiento, por parte de la Comisión, de la misión de velar por el respeto de las normas sobre la competencia en el mercado común, que le asigna el artículo 89 del Tratado CE. De ello resulta que el derecho a guardar silencio sólo puede reconocerse a una empresa destinataria de una decisión de solicitud de información en el sentido del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n. 17, en la medida en que se viera obligada a dar respuestas que implicaran admitir la existencia de la infracción cuya existencia debe ser probada por la Comisión”⁴³.

Las disparidades con *Funke* son notables. El Tribunal considera que no vulnera el derecho de defensa la obligación de entregar cualquier tipo de documento, aunque de él se derive expresamente un reconocimiento de la infracción. El único espacio de juego es negarse a contestar preguntas como la descripción de las decisiones adoptadas en una reunión o el tipo de acuerdos que se adoptaron, existiendo por ello obligación de contestar a preguntas que se refieren a meros hechos como son las

42. Resulta recomendable leer expresamente la formulación de las preguntas que se transcriben en los apartados 6 y ss de la decisión, en cuanto que muestran la influencia de Orkem, y lo sutil que se muestra la Comisión a la hora de preguntar, con el fin de intentar hacerlo exclusivamente sobre hechos.

43. Apartado 65 y 66.

relativas a fechas, lugares, personas etc. Desde el punto de vista de la metodología que el Tribunal sigue a la hora de construir derechos fundamentales, de esta sentencia resulta sorprendente el que no se haga ninguna referencia a la doctrina del TEDH, intentando reconducir a ella la jurisprudencia anterior. Es más niega expresamente que tenga que interpretar las disposiciones del Derecho de la competencia comunitario y la actividad de la Comisión conforme a las disposiciones del Convenio.

En sentencias posteriores, como por ejemplo *Dalmine* tanto el Tribunal de Primera Instancia como el TJCE⁴⁴, al resolver el recurso de casación, siguen manteniendo sin fisuras esta jurisprudencia. No obstante, y de este caso resalta que la Comisión con el fin de atenerse a *Mannesmannröhren* no obligaba a la empresa a contestar aquellas preguntas inculpatórias, sino que dejaba este extremo en manos de la empresa que sabía que de colaborar con la Comisión vería rebajada su sanción. Ante esta circunstancia, el Abogado General, con una argumentación que después adopta expresamente el Tribunal señala que⁴⁵: “El elemento esencial de este principio del proceso equitativo consiste en que nadie puede ser *forzado* a declarar contra sí mismo. Si no se da tal coerción, la parte contra la que se dirige la solicitud tiene ocasión de pensar si y cómo responderá a la pregunta que se le plantee. A la hora de adoptar esta decisión, puede guiarse por consideraciones muy contradictorias, tales como las ventajas y desventajas de la colaboración con la Comisión en la ulterior investigación, la calidad de los indicios aducidos contra ella y, en relación con lo anterior, sus expectativas sobre el éxito o el atasco de la investigación. Si falta la libertad de ponderar, porque el afectado está obligado a responder las preguntas que se le plantean, el contenido de las cuestiones resultará determinante para apreciar si se respeta o no la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo”. A partir de *Dalmine* se deja claro que no contraviene al *nemo tenetur* utilizar sanciones positivas con el fin de alentar a la colaboración. Conviene retener este perfil de la jurisprudencia europea, porque como después veremos una de las posibles formas de optimizar los intereses subyacentes a una inspección eficaz y los derechos de defensa, puede radicar en premiar la colaboración, como de hecho se hace hoy en el derecho de la competencia.

44. STJCE (Sala Primera), 25.01.2007, asun.C-407/04 P. Los hechos son similares a *Mannesmannröhren*: práctica concertada, solicitud de información a la empresa, a través de preguntas enteramente similares, imposición de sanciones coercitivas ante la negativa a contestar determinadas preguntas y sanción posterior por el acuerdo anticompetitivo.

45. Conclusiones del Abogado General Geelhoed, Asunto C-407/04 P, Damine c. Comisión.

C. *Nemo tenetur ipse accusare* en la jurisprudencia constitucional alemana y española

De la jurisprudencia constitucional europea vamos a recalar únicamente en la procedente de los tribunales constitucionales alemán y español⁴⁶. La nota más destacable de la jurisprudencia del BVerG es que niega que las personas jurídicas puedan beneficiarse del derecho a no declarar contra sí mismas. La razón reside en el fundamento último de este derecho. En efecto, el derecho a guardar silencio y el *nemo tenetur* evidencian muy claramente el cambio de paradigma del derecho procesal liberal frente al del antiguo régimen. Mientras que aquí el procesado era tratado como un objeto y, por tanto, podía ser sometido a cualquier tipo de coerción con el fin de obtener su confesión, en cuanto que se partía de su deber de cooperar, el proceso penal liberal considera contrario a la dignidad de la persona esta objetualización, por lo que eleva al acusado a la categoría de sujeto y prohíbe cualquier tipo de instrumentalización. La conexión entre el derecho a no autoinculparse y la dignidad de la persona es el argumento que conduce al TC alemán a negar este derecho a las personas jurídicas⁴⁷. Este sería uno de los supuestos en los que precisamente de acuerdo con la esencia de un derecho fundamental no es posible aplicarlo a las personas jurídicas, conforme al art. 19.3 de la Constitución alemana.

Tras la decisión del constitucional alemán la situación de este ordenamiento es ciertamente peculiar. De un lado, y en relación a las personas jurídicas existe un estándar de protección mucho más bajo que el existente en *Funke* y *Orkem*, más, de otro, y en relación a las personas físicas la situación resulta encomiable. Y ello no solo porque la Ordenanza Procesal alemana contemple expresamente el derecho a no colaborar activamente en el proceso (§§ 136.1 ss), e imponga la obligación de informar expresamente sobre este extremo, sino porque, sobre todo, en el ámbito del derecho tributario el legislador ha optado por separar nítidamente el procedimiento de gestión, tendente a recaudar el impuesto, y el procedimiento sancionador. Ambos se comportan como compartimentos estancos, de forma tal que aunque la inspección pueda coaccionar para que los contribuyentes colaboren, los elementos así obtenidos no pueden ser utilizados en el proceso penal. Esta regulación se complementa además con lo dispuesto en el § 136.1.1 de la Ordenanza procesal en virtud del cual los inspectores además tienen que informar sobre el derecho a guardar silencio, si ya existe una sospecha de un delito contra la Hacienda Pública. La coincidencia de este precepto con la doctrina *Funke* es

46. Para el derecho italiano vid. las referencias contenidas en Fernández Ramos, La actividad administrativa de inspección, op. cit., p. 420. La jurisprudencia italiana gira sobre el argumento de que no existe violación de derechos de defensa allí donde existe una obligación administrativa de tenencia, conservación y atender a los requerimientos de información. En este caso prima el interés administrativo.

47. BVerfGE 95, 220, 241 s.

notoria. Como señala la doctrina, esta regla se basa en que el obligado tributario debe obtener cuanto antes esta información con el fin de que sus derechos de defensa queden correctamente salvaguardados en el procedimiento penal. El derecho tributario alemán establece una suerte de “doble barrera” de protección del *nemo tenetur* en relación a las personas físicas, de forma tal que el acusado puede disfrutar de su derecho a guardar silencio aunque teóricamente sigue obligado a colaborar con el procedimiento administrativo. El § 393.1.4 de la Ordenanza Tributaria establece, por ello, que aunque las obligaciones de colaboración siguen, la inspección no puede utilizar métodos coactivos cuando existe peligro de autoinculpación. En caso de que la inspección, incumpliendo lo dispuesto en el § 136.1.1 de la Ordenanza procesal, no haya informado acerca del derecho a no colaborar, la información no puede ser utilizada en el proceso penal (§163.3 de la Ordenanza procesal)⁴⁸.

La jurisprudencia del TC español en torno al derecho a no colaborar ha tenido claramente dos fases. Hasta llegar a la decisiva sentencia 18/2005, las decisiones del TC afrontaron el problema sobre una interpretación restrictiva del derecho a no declarar contra sí mismo, que en cierto modo recuerda a la división de Orkem entre confesiones en sentido estricto y declaraciones sobre hechos. Para la jurisprudencia constitucional, la única medida contra la que protege este derecho es a “emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad”. Igualmente resultan significativas las sutiles declaraciones que el TC establece entre las declaraciones *strictu sensu* y otras “colaboraciones” como someterse al test de alcoholemia o a pruebas de ADN. La primera es que no se le obliga a realizar una conducta activa, sino a tolerar “que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia”. La segunda, de naturaleza cuantitativa, es que este tipo de colaboración no es comparable a la confesión desde el punto de vista del peligro que entraña para la presunción de inocencia. Aunque esta doctrina se sienta por primera vez en relación al test de alcoholemia en la STC 103/1985, después se traslada, a los supuestos que más han ocupado al TC aquellos que tienen que ver con los deberes tributarios de aportación de información.

Esta cuestión se plantea en la SsTC 110/1984 y 16/1990. Esta última responde a un recurso de inconstitucionalidad contra la LGT (antiguo 83.3 f), que sancionaba la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición. El argumento de inconstitucionalidad fue defendido por la Sala 3ª del TS que era uno de los actores del recurso de inconstitucionalidad: “no ha de rebasar el umbral donde comienza el derecho del ciudadano a no autoinculparse como un elemento de protección de su presunción de inocencia”. La respuesta del Tribunal pasa, de un lado por recordar la diferencia entre declaración y

48. Joecks, en Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, Beck, München, 2005, p. 843 ss con ulteriores referencias.

aportación de documentos⁴⁹ y, de otro, por realizar una ponderación, que diametralmente opuesta a *Funke*, otorga prioridad absoluta a los deberes de colaboración frente al derecho a no colaborar en la propia condena⁵⁰.

En una sentencia posterior (STC 197/1995) el tribunal examina la obligación, asegurada mediante sanción, de identificar al conductor por parte del propietario del vehículo, cuando éste señala no haber cometido una infracción. Los órganos judiciales que plantean la cuestión de constitucionalidad, que afectaba a un precepto de la Ley de Seguridad Vial, señalan la infracción del derecho a no declarar contra sí mismo cuando coincidan en una misma persona el infractor y el propietario del vehículo. A la luz de la jurisprudencia anterior la respuesta del TC podía resultar más complicada. El argumento de que confesar era algo distinto a someterse a una modalidad especial de pericia (test de alcoholemia) o aportar documentos, no servía a priori, pues aquí ciertamente se obligaba a hacer una declaración. No obstante, con un argumento similar a *Orkem* señala que el precepto de la LSV “no conmina al titular del vehículo a declarar sobre la supuesta infracción de tráfico, sino simplemente a comunicar a la Administración el nombre del vehículo”. De este modo, y en claro desconocimiento de *Saunders* que como vimos negaba cualquier tipo de relevancia a este tipo de malabarismos, el TC seguía aferrado básicamente a un concepto hiperrestrictivo y formalista de confesión. De hecho, la diferencia de argumentación de esta decisión con *Weh c. Austria* del TEDH que se enfrenta con un precepto similar es notoria. Lo relevante para el tribunal europeo no es el aspecto puramente semántico, sino en consonancia con *Funke*, si en el momento de la petición coactiva de información existían sospechas de que el propietario del vehículo era el conductor que conducía a velocidad excesiva⁵¹.

Tras esta primera fase, la STC 18/2005, pese a las críticas que se han vertido contra ella supone un claro punto de inflexión. Además el TC se enfrentaba por primera vez a esta cuestión a partir de un recurso de amparo, y por tanto sobre la base de un caso en concreto, y no las más abstractas consideraciones de las cuestiones de

49. FJ 10: “los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse que la aportación o exhibición de esos documentos contables como una equiparación a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución”. A continuación expresamente el Tribunal equipara estos supuestos a los del test de alcoholemia.

50. FJ 10: “no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes...y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el art. 31.1 de la Constitución consagra...”

51. *Weh c. Austria*, cit, Apartados 53 ss.

inconstitucionalidad. Los hechos fueron los siguientes: la inspección tributaria requirió a una empresa inmobiliaria, bajo apercibimiento de sanción, una serie de documentos contables. A partir de esta información la Agencia tributaria aprecia indicios de criminalidad y comunica los hechos al MF, acompañando un informe de los inspectores elaborado sobre la base de la información suministrada. Utilizando esta información el Presidente del Consejo de Administración es condenado por delito fiscal. Un hecho de gran relevancia es que la entrega de información se solicita, lógicamente, a la empresa que era la obligada tributaria por el impuesto sobre sociedades y el IVA, y que la información se entrega por representantes legales distintos al acusado.

Como puede apreciarse el caso es similar a *Saunders*, cuya doctrina al igual que la de *Funke*, el TC examina y admite como constitucionalmente relevante a los efectos de interpretar el art. 24 de la CE; ello representa sin duda un notable avance en relación a la situación anterior. Ahora bien, el TC encuentra una diferencia esencial con *Saunders* que le sirve para denegar el amparo. Mientras que en este supuesto el directivo de la Guinness fue compelido personalmente a declarar en el procedimiento administrativo, en este caso son terceras personas y no el condenado quien aporta la declaración, e igualmente las sanciones en caso de incumplimiento hubieran recaído sobre la empresa. Este detalle rompe uno de los presupuestos para que pueda hablarse de autoinculpación.

Aunque la sentencia ha sido duramente criticada⁵² el TC acierta a mi juicio en denegar el amparo y considerar que no existe vulneración del derecho a no autoinculparse. La opción del TC no es un mero formalismo, sino que, como va a verse, tiene un gran significado substancial. Lo importante es que con este caso la jurisprudencia constitucional recepciona *Funke* y *Saunders*, por lo que en sus próximas decisiones debe renunciar al argumento semántico o argumento *Orkem* de no identificar declaración con aportación de datos, e igualmente debe modificar el sentido de su *balancing* constitucional admitiendo restricciones a la obligación de colaborar con la administración, con el fin de no violar o poner en peligro el derecho a no colaborar activamente en la propia condena.

III. Cómo cuadrar el círculo: ¿es posible optimizar el derecho a no colaborar y a la vez preservar la eficacia de la inspección?

La situación que acabamos de describir muestra la importancia de la armonización del derecho procesal penal en el marco de la UE, tal como ya señalábamos. Esta

52. Cfr. López Díaz, Principio de no autoinculpación y procedimiento sancionador tributaria, ¿no pero sí?, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 16/2005; Merino Jara, Autoinculpación y delitos contra la Hacienda Pública, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi nº 4/2005

fuera de toda duda además que la armonización debe respetar y partir de los derechos fundamentales⁵³, lo que resulta particularmente notorio en un supuesto como el presente en que se trataría de adoptar regulaciones comunes que afectan al núcleo de derechos fundamentales. De hecho, y sin necesidad de regulación formal, la sola proclamación de un derecho fundamental a escala europea despliega ya importantes efectos armonizadores.

Aunque el *nemo tenetur* muestra las oscilaciones a que puede estar sometido el contenido de un derecho fundamental, lo cierto es que desde el punto de vista de la construcción del derecho fundamental de la UE en este caso resulta obligado asumir la doctrina *Funke/Saunders*. En efecto, metodológicamente el ordenamiento europeo bebe de dos fuentes a la hora de construir un derecho fundamental (art. 6.2 del TUE): los Tratados internacionales sobre derechos humanos de los que forman parte los Estados miembros y las tradiciones constitucionales comunes. En relación a este último camino el Tribunal maneja, a su vez, cuatro variantes, a la hora de concretar que es una tradición común: (a) el máximo estándar de protección, (b) el mínimo denominador común, (c) la orientación prevalente y (d) el “mejor derecho”, en el sentido de acoger aquella versión constitucional de un derecho fundamental que mejor se adapta a las necesidades del derecho comunitario⁵⁴. Aunque no está claro cuál de estas distintas rutas debe acoger el Tribunal para determinar el contenido de las tradiciones comunes, lo que está fuera de toda discusión es que allí donde Estrasburgo tenga un cuerpo jurisprudencial consolidado, éste conforma los cimientos del derecho fundamental en la UE. En este caso, las tradiciones constitucionales complementan o perfilan los contornos del derecho fundamental, pero no pueden afectarlo. El art. 52 de la Carta europea de derechos fundamentales señala claramente, en este sentido, que “en la medida que la presente Carta contenga derechos que corresponda a derechos garantizados por la CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que confiere dicho derecho”.

Más *Funke/Saunders* no solo debe ser acogido por razones puramente metodológicas, sino porque también porque representan la mejor opción. Los derechos de defensa son derechos absolutos, es decir no ponderables, frente a la actividad administrativa y la obligación de aportar información. Efectuar excepciones supone simplemente admitir la posibilidad de que el Estado puede coaccionar a los ciudadanos a que efectúen declaraciones autoinculpatorias. En contra de la jurisprudencia alemana, debe quedar igualmente fuera de discusión que las personas

jurídicas han de gozar de este derecho. Primero, porque tanto el TEDH como el TJCE parecen no discutir este extremo. En el derecho sancionador administrativo europeo las personas jurídicas, que han sido sus actores principales, siempre han gozado de todos los derechos procesales reconocidos, sin que se haya efectuado matiz alguno en relación a su vigencia. Existen además argumentos importantes a favor de esta opción. El primero es que no conceder derechos procesales a las personas jurídicas en el marco de sistemas jurídicos, como los europeos, que han optado por superar el *societas delinquere non potest* pone en peligro el respectivo derecho fundamental de las personas físicas. El modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas más frecuente es aquel que admite que éstas puedan ser sancionadas conjuntamente con las físicas. En el marco de procesos penales conjuntos no se pueden negar las garantías de defensa a la persona moral y a la vez proclamarlas en relación a la persona natural que va a ser sancionada (vgr. el administrador). La rebaja de derechos a la persona jurídica destrozaría las garantías de la persona física. Es más, quien construye la responsabilidad de las personas jurídicas sobre la base de un concepto de culpabilidad de la corporación que permita también reprocharles la realización de un delito, necesariamente tiene que concederle en toda su extensión aquellos derechos fundamentales que derivan de la dignidad de la persona y de su libre desarrollo. Otra cosa es que, a través de un Derecho Penal, no podamos atraer la colaboración de la persona jurídica en el proceso penal, como en seguida vamos a ver.

La doctrina del TEDH tiene la ventaja de que optimiza el contenido del derecho fundamental, pero no cierra las posibilidades de arbitrar cauces para a la vez garantizar el cumplimiento de las obligaciones administrativas de colaboración. *Saunders* y *Weh* señalan con claridad su legitimidad, considerando conforme al Convenio la imposición de sanciones en caso de desconocimiento. Tampoco pueden olvidarse, como señalaba el gobierno inglés en *Saunders*, que la obligación de colaborar es una alternativa menos gravosa y, por tanto, preferible a incrementar los poderes de inspección. Nada impide por tanto reforzar, al máximo, las obligaciones de cooperación.

La Ordenanza Tributaria en Alemania al igual que el ordenamiento español desde la Ley de Garantías del Contribuyente de 1998 muestran el primero de los caminos a seguir para dar la mayor expansión posible a los derechos de defensa y las obligaciones de colaboración: conformar los procedimientos de inspección y los sancionadores (penales o administrativos) como compartimientos estancos, impidiendo que la información obtenida coactivamente en el procedimiento administrativo se filtre al proceso penal. Se trata de establecer “murallas chinas” entre ambas parcelas. Recortar las obligaciones de colaboración con el fin de optimizar los derechos de defensa resulta, desde la óptica de los procedimientos de gestión, tremendamente disfuncional. Como señala la doctrina tributaria alemana, con una idea que es ciertamente generalizable, recortar la obligación de colaboración

53. Grasso, Derechos fundamentales y Derecho Penal en el nuevo Tratado por el que se establece una constitución penal para Europa, en Bajo Fernández (dir), Bacigalupo S./Gómez Jara (coord), Constitución Europea y Derecho Penal económico, Ed. Ramón Areces, 2006, p. 229 ss.

54. Bernardi, “Reserva di Legge” e Fonti Europee in Materia Penale, op. cit, p. 30 ss.

privilegia a los malos contribuyentes en relación a los incumplidores que aprovechan de manera refleja los derechos de defensa para incumplir sus obligaciones fiscales. La compartimentación de procesos es una forma de evitar la colisión⁵⁵.

La tensión entre derechos de defensa y obligaciones de colaboración es producto igualmente de una comprensión muy clásica del papel de los cuerpos de inspección y supervisores. Desde hace algún tiempo se viene abogando por un modelo distinto de supervisores, cuya actividad se dirija a aumentar el grado de *compliance* de las empresas, sin pensar que el mejor camino para ello es el de la sanción⁵⁶. Frente a un modelo punitivo o policial, en el que la inspección estaría más preocupada por sancionar que por procurar que la empresa cumpla con la ley, se ha propuesto una estrategia mucho menos rígida, tendente a generar una cultura de respeto a la legalidad por medio de la persuasión y el diálogo. Cuando el destinatario/supervisado considera que determinadas obligaciones legales carecen de sentido, quizás por no comprender su importancia o porque ciertamente no se adapten a su particular situación, puede adoptar posiciones poco cooperativas e irresponsables, en las que su principal objetivo es incumplir con la ley, sin ser descubierto por los supervisores. En este contexto el supervisado suele además deslegitimar la agencia y su competencia técnica, conformándola como el enemigo a batir. Frente a este modelo sancionador de *enforcement*, hay quien propone un estilo mucho más conciliador que en lugar de estar destinado a la "caza" del infractor, tenga como objetivo encontrar una solución que se adapte a los problemas que el supervisado tenga para cumplir con la legalidad. Ello conlleva un tipo de inspección, avocada al asesoramiento o al consejo técnico, más dialogante y negociadora. En este sistema donde las sanciones representan el último recurso, a partir de un sistema piramidal, las obligaciones de cooperación lógicamente no representan un problema alguno, sino que el estado normal debe ser la apertura informativa del obligado. Lógicamente este nuevo modelo de inspección no sirve para cualquier tipo de infracción, y lógicamente dentro de un sistema sancionador *in crescendo* el recurso al castigo siempre está presente, más puede convenirse que cuanto menos limita, y dota de un nuevo significado, la tensión entre obligaciones y derechos de defensa, que aparece con toda su intensidad en el modelo de inspección policial.

Aunque se puede ser crítico con el modelo dialogado de inspección, lo cierto es que en el seno de la concepción tradicional, la actividad supervisora se comporta como una especie de Dios Jano con dos cabezas. Este es probablemente el origen

55. Joecks, en Franzen/Gast/Joecks, *Steuerstrafrecht*, p. 844; Oidor Domínguez, Notas sobre el procedimiento sancionador, Nueva Fiscalidad, N° 11/2005.

56. En lo que sigue con ulteriores referencias, Nieto Martín, Autorregulación, compliance y justicia restaurativa, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 104 ss.

de la tensión colaborar con los derechos de defensa. En efecto, las obligaciones de colaboración que establece la normativa administrativa están pensadas para que los supervisores tengan información acerca del grado de cumplimiento con las obligaciones que derivan de la legislación tributaria, bursátil, de protección de la competencia, etc. El problema de la inspección es que a la vez tiene funciones de policía, consistentes en investigar infracciones. Cuando el inspector cambia su "chaqueta" por el uniforme policial o del ministerio fiscal es cuando aparece la colisión a la que venimos haciendo referencia. *Funke*, por ejemplo, no impide que el inspector se convierta en policía, pero sí que exige que desde el momento que actúa como tal informe al obligado, y utilice las reglas del juego que presiden las relaciones entre la acusación y el acusado. Ocultar bajo el más amable traje de inspección, el ejercicio del *ius puniendi* es sin duda contrario al principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre ciudadanos y administración en el Estado de Derecho. Las dos vías a las que acabamos de hacer referencia, la de la compartimentación de procedimientos, o la de caminar hacia un nuevo modelo de inspección sirven para reducir la tensión y dar una nueva dimensión a la obligación de colaborar.

Pero aún existen más caminos para tratar de optimizar las obligaciones de colaboración, sin menoscabar los derechos de defensa. Al analizar la jurisprudencia del TJCE, se reparó en las atinadas observaciones del abogado general en el asunto *Delmine*⁵⁷. La opción de colaborar es un derecho del infractor y a la vez el derecho a no colaborar con la propia condena, es un derecho cuyo ejercicio debe ejercitarse. Este ángulo proporciona un terreno pacífico para la convivencia entre los intereses que subyacen a la obligación de cooperar y al derecho de defensa, pues la cooperación es en definitiva una estrategia de defensa más que el acusado debe poder utilizar. La atenuante de arrepentimiento, la institución de la regulación en los delitos contra la hacienda pública o la conformidad procesal son terrenos propicios para aunar los intereses que subyacen al *nemo tenetur* y a la obligación coactiva de aportar información. El derecho a la autodeterminación de la persona procesada, consecuencia lógica de tratarla como un sujeto y no como objeto en el proceso penal, debe darle libertad para ponderar entre las ventajas que se derivan de una estrategia basada en el entorpecimiento o al menos no colaboración activa y las que se derivarían de la opción contraria.

La promoción de la colaboración como instrumento de defensa resulta sin embargo más compleja cuando consiste no solo en colaborar en la propia condena, sino también en la de terceros a través de la delación y la aportación de datos relevantes para su condena. Esta estrategia que, al menos, en Europa comenzó en los años 70 en materia de terrorismo y criminalidad organizada, en los últimos años, debido a la influencia de los *leniency programs* del derecho norteamericano,

57. *Supra* not. 47.

se ha extendido al derecho sancionador de la competencia europeo y comunitario. En ambos casos, la colaboración con las autoridades de defensa de la competencia tiene una enorme importancia en la determinación de la sanción⁵⁸. Dejando de lado los problemas que plantean las declaraciones de coimputados como prueba de cargo, lo cierto es que en tipos de delincuencia asociativa como las prácticas concertadas, el premio de la delación supone un instrumento para aumentar el grado de prevención general. Desde un punto de vista del delincuente racional, los alicientes para entrar en un acuerdo anticompetitivo son menores cuando se sabe que una de las reglas del juego es que cualquier miembro del grupo que decida abandonarlo recibirá un premio. En el marco del Derecho Penal económico y la corrupción, donde las penas no alcanzan la gravedad que en el terrorismo y la delincuencia organizada, y además responden a una tipología delictiva diferente este tipo de estrategias premiales no resultan tan objetables y además pueden ser mucho más eficaces.

La STC 18/2005 pone de manifiesto la necesidad de reflexionar sobre las particularidades que puede revestir la estrategia de la delación cuando lo que se incentiva es que la persona jurídica colabore con el fin de incriminar a la persona física (vgr. el administrador) que ha actuado en su nombre. Tanto el Proyecto de reforma del Código Penal del 2006 como el reciente Anteproyecto de reforma se establecen como circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la personas jurídica diversas formas de colaboración, consistentes en la confesión de los hechos, antes de que el procedimiento se dirija contra ellas, o aportar pruebas, en cualquier momento decisivas para declarar su responsabilidad (art. 31 bis). En el derecho comparado el modelo de cooperación corporativa más conocido es el del derecho norteamericano y la *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders*, que ofrece igualmente una substancial rebaja de sanciones a cambio de la colaboración⁵⁹.

Tal como he expuesto con detenimiento en otro lugar, una de las principales funciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es aumentar la eficiencia del Derecho Penal individual, a través de un modelo de responsabilidad que ofrezca incentivos a la persona jurídica para ponerse del lado de la legalidad en la tarea de prevenir y detectar hechos delictivos⁶⁰. En un proceso penal articulado sobre la colaboración de la empresa el

58. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y a la reducción de su importe en caso de cartel, DOCE C 45, de 10.02.02 y arts. 65 y 66 de la Ley 25/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

59. Más detenidamente en Gómez Jara, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los EE.UU., Editorial Ramón Areces, 2005; Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, 2008, p. 207 ss.

60. Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p. 43 ss.

responsable individual debe contar con que a ésta estratégicamente le interese situarse del lado de la acusación. Es verdad que este tipo de estrategias puede crear distorsiones importantes, como el *reverse whistleblowing*, que lleva a la corporación a denunciar –injustificadamente– a personas naturales dentro de la organización, que actúen consentidamente o no como chivos expiatorios, pero debidamente articulado supone una opción razonable para paliar los problemas de responsabilidad individual característicos del *corporate crime*⁶¹. Entre las ventajas de atenuantes como las establecidas en el art. 31 bis del Anteproyecto se encuentra el que dejan bien patente a las personas individuales que la corporación tiene las puertas abiertas para volver a la legalidad. La introducción de un régimen corporativo cimentado en la responsabilidad propia de la empresa dejaría de forma mucho más clara a todos los agentes individuales, que el fundamento de la responsabilidad colectiva se encuentra, precisamente, en la obligación que ésta tiene de autorregularse con el fin de prevenir y descubrir hechos delictivos realizados por sus empleados. Es decir, dejaría patente que uno los riesgos de cometer un delito en el seno de una persona jurídica, es que la empresa tiene la obligación de colaborar con la administración de justicia en el descubrimiento de las responsabilidades individuales.

La sentencia del TC 18/2005 español aunque puede resultar equivocada, en el sentido de que no comprueba si, por ejemplo, la información se da o no con el consentimiento del administrador que resulta sancionado, acierta en señalar que la colaboración de la empresa, no es *per se* contraria a los derechos de defensa del acusado. Una resolución en sentido contrario habría puesto en tela de juicio preceptos como el proyectado art. 31 bis del Código Penal. Lógicamente cuestión distinta es que la corporación no quede amparada por el *nemo tenetur*, más este derecho procesal es propio de la empresa y no del responsable individual.

Esta conformación autónoma de los derechos de defensa me parece además coherente dentro del modelo de responsabilidad penal corporativa basada en la culpabilidad propia de la empresa⁶². En un modelo de responsabilidad vicarial donde la responsabilidad de la entidad corre el mismo destino, y la persona natural actúa como *alter ego* de la entidad, quizás los derechos procesales de uno y otro deban articularse como vasos comunicantes, pero no, ciertamente, en el modelo de responsabilidad propia que parece imponerse, al menos, doctrinalmente.

61. Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p. 207 ss.

62. Sobre los distintos modelos de responsabilidad, Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p. 85 ss.



Capítulo VII

El principio “ne bis in
idem”

Lunes, 23 de junio de 2008

Moderador:

D. José Luis González-Montes Sánchez

Prof. Titular de Derecho Procesal

Universidad Rey Juan Carlos

El principio del “ne bis in idem”

D. Fernando Prieto Rivera

Fiscal del Tribunal Supremo

I. Introducción

Cuando recibí la invitación para intervenir como ponente en el curso organizado por la Universidad Rey Juan Carlos, y comencé a estudiar el tema que me habían encargado, de inmediato recordé aquella anécdota que se contaba de un insigne jurista, que preguntado por un tema jurídico para el desconocido, contestó, obviamente para salir del paso, de la siguiente manera: “la doctrina está dividida y la jurisprudencia es vacilante”. Pues bien, en el tema que nos ocupa se puede afirmar sin vacilaciones que la doctrina se encuentra dividida acerca del alcance y efectos del principio del *ne bis in idem* y la jurisprudencia, especialmente la emanada del Tribunal Constitucional, muestra unas oscilaciones y contradicciones internas que cuestionan la eficacia de dicho principio.

La exposición va a ser dividida en tres partes. Examinaré, en primer lugar, sin ánimo de exhaustividad, la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, con las necesarias referencias a la interpretación del alcance del *non bis in idem* en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la cual comprobaremos las oscilaciones y vaivenes que el devenir de los tiempos ha provocado en la interpretación del citado principio, especialmente preocupante desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Abordaré a continuación, aunque no profundamente, al ser objeto de otra ponencia del curso, la regulación internacional del *ne bis in idem*, regulación trascendente en el momento actual teniendo en cuenta el auge de la delincuencia organizada transfronteriza que obliga a los Estados a armonizar, en la medida de lo posible, sus legislaciones, para evitar que obstáculos procesales en las normativas internas impidan una persecución eficaz de estas gravísimas conductas delictivas.

Por último, intentaré poner de manifiesto la colisión entre las normas sustantivas penales y el principio del *non bis in idem*, desde la óptica de las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, limitando la exposición, teniendo en cuenta el contenido del curso, a los preceptos penales de carácter económico.

II. Doctrina del Tribunal Constitucional

II.1. Consideraciones previas

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras resoluciones¹ viene afirmando que el principio del *non bis in idem* va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25 de la CE, distinguiéndose dos vertientes:

- a) En su vertiente material, implica que no recaigan duplicidad de sanciones en los casos en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento, salvo los supuestos en los que exista una relación de sujeción especial que justifique, por un lado, el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales, y por otro, la aplicación de la potestad sancionadora de la Administración.
- b) En su vertiente procesal, impide la coexistencia de dos procesos en los que se aprecie la triple identidad señalada, que pueden conducir a que unos mismos hechos existan y dejen de existir para distintos órganos del Estado, provocando resoluciones contradictorias.

Contemplado así el principio, el Alto Tribunal mantuvo en reiteradas resoluciones, de forma constante y unánime, la prohibición de la coexistencia de una dualidad de sanciones, administrativa y penal, y proclamó la primacía de la jurisdicción penal sobre la actividad sancionadora de la Administración. Esta preferencia se basaba en que los órganos jurisdiccionales tenían la competencia exclusiva para imponer sanciones por hechos constitutivos de delito o falta y en las supuestas mayores garantías que representaba el procedimiento penal.

Esta doctrina se incorporó al ordenamiento positivo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su art. 133 plasma la prioridad de la jurisdicción penal sobre el ámbito administrativo sancionador, debiendo abstenerse la Administración de toda actuación cuando por los mismos hechos se tramite un procedimiento penal, quedando vinculada por la resolución que ponga fin al procedimiento penal; previsión normativa que, igualmente, tuvo reflejo en los arts. 5.1 y 7.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprobó el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Este principio básico, como veremos a lo largo de la exposición de la ponencia, se incumple reiteradamente por parte de las autoridades administrativas.

1. SSTC 2/1981, 77/1983, 159/1985, 107/1989, 154/1990, 204/1996 y 221/1991, entre otras.

II.2. La Sentencia 177/1999

La doctrina clásica del Tribunal Constitucional diseñada y mantenida durante muchos años, sufrió un cambio radical a raíz de la sentencia 177/1999.

Conviene hacer una descripción de los hechos, antes de adentrarnos en el análisis de la fundamentación jurídica de la resolución. Los hechos son los siguientes: la Junta de Aguas de la Generalitat de Cataluña sancionó a una empresa porque carecía de autorización para llevar a cabo vertidos contaminantes que superaban los límites máximos autorizados, sanción no recurrida y que devino firme en junio de 1991. Simultáneamente, los hechos se pusieron en conocimiento de la Guardia Civil en octubre de 1990, y se tramitó un procedimiento penal que concluyó con sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal que rechazó el *bis in idem* por estimar preferente la jurisdicción penal y computó el importe de la multa administrativa abonada a la pena impuesta, resolución confirmada en apelación por la Audiencia Provincial.

Como vemos la autoridad administrativa, que era consciente de que los hechos eran constitutivos de infracción penal y por esa razón los puso en conocimiento de las fuerzas de orden público, incumplió intencionadamente con su deber de abstención, posiblemente pensando en la eficacia inmediata de la sanción pecuniaria impuesta.

En la fundamentación jurídica de la sentencia, se sientan dos premisas generales, antes de analizar si se ha producido infracción del principio que proscribe la doble condena: que no corresponde al Tribunal Constitucional revisar los hechos, porque se trata de una cuestión de estricto plano de legalidad ordinaria (art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); y que en el caso analizado, se daba la identidad de hecho y sujeto, no discutida por las partes, y de fundamento, ya que el potencial peligro para la salud pública concurría en la infracción administrativa cuando se impuso la sanción, al haberse evidenciado en el análisis del agua unos elevados índices de cianuro y níquel.

A continuación, el Tribunal Constitucional establece tres principios básicos:

- 1º La prevalencia de la jurisdicción penal entra en frontal colisión con el derecho de la defensa del ciudadano.
- 2º El principio del *ne bis in idem* trata de evitar que recaigan pronunciamientos contradictorios, pero no implica que exista una preferencia absoluta de la jurisdicción penal, pues la potestad sancionadora de la Administración también encuentra respaldo en el texto constitucional.
- 3º El hecho de que la administración incumpla su deber de abstención no puede alterar el contenido del derecho fundamental, porque en ningún caso estamos ante un conflicto jurisdiccional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo, estimando que se había producido vulneración del *non bis in idem* en la posterior condena penal.

Este cambio de rumbo radical en la doctrina constitucional, implicaba, a mi juicio, unos importantes efectos negativos desde la óptica del propio marco constitucional, como pusieron de manifiesto los votos particulares, que apuntaron que existía un distinto fundamento administrativo y penal, pues la sentencia penal incorporaba nuevos hechos no contemplados en la sanción administrativa, que el Tribunal Constitucional debe revisar los hechos, pues la determinación de identidad de sujeto, hecho y fundamento no es de carácter fáctico sino jurídico, ya que permite valorar jurídicamente los hechos a la luz de la Constitución Española, la decisión frustra la tutela reforzada del medio ambiente esencial en un Estado de Derecho, y, especialmente, invierte las relaciones entre Poder Judicial y Administración que se desprenden del diseño constitucional, ya que, el principio de legalidad, la interdicción a la Administración para dictar sanciones que impliquen privaciones de libertad y el respeto a los derechos de defensa, determinan la subordinación a la autoridad judicial.

La decisión desatiende el aspecto material del principio del *ne bis in idem*, y se fija, única y exclusivamente, en la vertiente procesal, y fundamentalmente, la consideración cronológica –que prevalezca la jurisdicción que dicte la primera resolución–, hacía depender la eficacia del principio de que la autoridad administrativa demorara o no el trámite de pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial o de la celeridad en la tramitación del expediente administrativo. Decisión seriamente discutible si tenemos en cuenta la distinta naturaleza y entidad de las sanciones que correspondía imponer por la infracción administrativa y la penal, pecuniaria, en el primer caso, y privativa de libertad, en el segundo, y, especialmente, porque podría conducir a la impunidad de numerosas conductas delictivas íntimamente relacionadas con el derecho administrativo sancionador. En efecto, en los últimos años se han llevado a cabo profundas reformas en el Derecho Penal sustantivo para sancionar como delictivas conductas que, con anterioridad, tenían la categoría de meras infracciones administrativas y se ha ampliado el catálogo de infracciones delictivas que tienen relación directa con normas administrativas: los delitos contra la libertad y seguridad de los trabajadores con la correlativa normativa administrativa sobre seguridad e higiene en el trabajo; los delitos contra la seguridad vial y la normativa sobre circulación de vehículos a motor; los delitos contra la salud pública relacionados con el comercio y la normativa sobre ordenación farmacéutica o sanitaria; o los delitos contra la flora, la fauna, el medio ambiente y la ordenación del territorio con la legislación de caza, la medioambiental y la urbanística. De manera que una actuación negligente de la Administración, continuando la tramitación de los expedientes administrativos en aquellos supuestos en los que la conducta denunciada reviste los caracteres de delito tipificado en el Código Penal e imponiendo una sanción anterior a la resolución del pleito penal incoado por los

mismos hechos, supondría dejar impunes o con simples sanciones de carácter leve, infracciones que el legislador conscientemente ha decidido que debían ser castigadas como delito con pena privativa de libertad.

II.3. La Sentencia 152/2001

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 1999, fue matizada con posterioridad por el Alto Tribunal en una resolución del año 2001, quizás en un intento de mitigar sus perversos efectos.

En la Sentencia 152/2001, de 2 de julio, los hechos que dieron lugar al amparo eran los siguientes: se trataba de la conducción de un vehículo a motor con unos niveles de alcohol superiores a los permitidos, que dio lugar a la imposición en vía administrativa de una multa y la consiguiente privación del permiso de conducir, sanción que devino firme y que fue cumplida por el interesado. Paralelamente, se tramitó un procedimiento penal y en el escrito de defensa se planteó la vulneración del principio del *non bis in idem*, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de lo Penal que, no obstante lo cual, computó la sanción administrativa impuesta, abonándola para el cumplimiento de la pena.

En la fundamentación jurídica, el Tribunal Constitucional mantuvo, como ya había hecho en la anterior sentencia estudiada, que no le correspondía al Tribunal la revisión de los hechos y desestimó el recurso por tres razones que giraban todas ellas en torno a la misma idea, la extemporaneidad de la pretensión:

- La inacción del sujeto determinó la imposición de la sanción administrativa, pues los procedimientos, penal y administrativo, se incoaron de forma simultánea.
- La alegación es contraria al principio de buena fe procesal y supone un incumplimiento del requisito establecido en el art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que impone la obligación de invocar el derecho constitucional vulnerado una vez conocida su violación.
- La alegación tardía, que puede responder a una táctica defensiva, supone una manipulación de la funcionalidad del principio.

El Tribunal parte, a mi juicio, de unos axiomas erróneos: presupone que el particular está asesorado por un profesional del derecho desde el inicio de las actuaciones administrativas que le aconseja aquietarse de inmediato a la sanción administrativa para su postrera alegación en el proceso penal, y presupone también una intencionalidad abusiva en la actuación del particular, que en absoluto se desprende del supuesto sometido a amparo. De esta forma no afronta verdaderamente el problema sometido a su decisión, esto es, si una vez afirmada la identidad de hecho, sujeto y fundamento, debe darse prioridad a la sanción penal sobre la

administrativa sancionadora, acudiendo a una tesis que constituye un verdadero sofisma, porque no resuelve los supuestos en los que no hay una tramitación paralela de los procedimientos, ni explica, con sólidos razonamientos jurídicos, porque entiende que el trámite de calificación en el procedimiento abreviado es extemporáneo o que, aún siéndolo, ello no modifica la situación del particular que se encuentra sometido a una doble sanción por los mismos hechos, habiendo cumplido en su integridad la sanción administrativa que primeramente se le impuso.

II.4. La Sentencia 2/2003

La necesidad de armonizar las distintas posturas mantenidas en el seno del Tribunal, determinó que se abocara al Pleno la interpretación del principio del *non bis in idem*, dictándose la trascendental sentencia 2/2003, de 16 de enero.

Los hechos sometidos a la decisión del Tribunal eran los siguientes: se trataba de una sanción administrativa impuesta por conducir con una elevada tasa de alcohol, sanción que fue recurrida por el interesado, solicitando la suspensión del procedimiento administrativo, ya que paralelamente se tramitaban diligencias previas penales por los mismos hechos. La petición del interesado fue desestimada, pues constaba en el expediente administrativo, posiblemente por error, que se había dictado sentencia absolutoria penal. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la sanción devino firme por desistimiento del interesado. En el procedimiento penal paralelo que se tramitaba, se alegó la infracción del *non bis in idem* en el trámite de cuestiones previas del procedimiento abreviado previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de lo Penal que dictó sentencia condenatoria.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de instancia, por entender que existía un distinto fundamento en la sanción administrativa y en la penal; en la primera, la sanción se impone por el simple hecho de rebasar las tasas de alcohol fijadas en la legislación de tráfico y seguridad vial, y, en la segunda, el fundamento de la sanción es la influencia del alcohol en la conducción. No obstante lo cual, acuerda que se descuenta de la pena, la cuantía de la multa y de la privación del permiso de conducir impuestas en la sanción administrativa, y, de forma sorprendente, que se libre testimonio para que la Administración deje sin efecto la sanción impuesta en el expediente administrativo.

La decisión del órgano judicial, como ha puesto de manifiesto algún autor² fue alegal, por no estar prevista en el Ordenamiento Jurídico e, incluso, con un planteamiento de legalidad ordinaria ciertamente discutible, porque un órgano

2. «Principio del non bis in idem», Comentarios a la STC 2/2.003, de 16 de Enero, Antonio Narváez Rodríguez.

judicial perteneciente a una jurisdicción como la penal no puede extender su competencia al punto de anular de facto, como así lo hizo, la sanción administrativa impuesta, ya que lo adecuado en este caso hubiera sido, una vez recaída sentencia condenatoria firme, acudir el propio recurrente al recurso extraordinario de revisión de los actos administrativos regulado en el art. 118.1.1ª de la Ley 30/1992, para anular una sanción administrativa que no debió imponerse nunca, hasta tanto no se hubiera conocido el resultado del proceso penal.

El Tribunal Constitucional, tratando de superar el disenso que se había producido en el seno del propio Tribunal en anteriores resoluciones y de clarificar y unificar posiciones en su papel de máximo intérprete del texto constitucional, sentó a modo de doctrina general sobre el principio del *non bis in idem*, una serie de premisas básicas:

- El *bis in idem*, en su vertiente material, puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, de naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento, y, en consecuencia, la falta de reconocimiento de la cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona.
- El principio garantiza la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto, garantía que se ubica en el ámbito de la tutela judicial efectiva. No obstante, debe recordarse que existe un remedio procesal para evitar la doble sanción penal por la vía del recurso extraordinario de revisión del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- La mera coexistencia de procedimientos sancionadores que no ocasione doble sanción no tiene relevancia constitucional, ya que lo que se trata de evitar es el exceso punitivo en atención al principio de proporcionalidad.
- Junto a la vertiente material del principio, se otorga relevancia a la procesal, otorgando prevalencia a la jurisdicción penal, porque el control de las sanciones administrativas se realiza por los órganos judiciales y porque la administración está imposibilitada de tramitar un expediente cuando los hechos sean constitutivos de delito o falta, garantías inmersas en el principio de legalidad penal del art. 25 de la Constitución Española.
- La interpretación de la extensión del *bis in idem*, tanto al ámbito de la existencia de duplicidad de procedimientos sancionadores, administrativos y penales, como al efecto de cosa juzgada en el ámbito penal, encuentra igualmente su acomodo en la legislación internacional en los arts. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que equiparan infracciones penales y administrativas y procedimientos.

Fijados estos principios o presupuestos generales, el Tribunal Constitucional estableció los siguientes criterios de interpretación respecto del alcance y límites del principio del *non bis in idem*:

- a) En cuanto al momento de invocación del derecho constitucional vulnerado, interpretando el contenido del art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, afirma que habiendo sido advertido en el seno del procedimiento administrativo y en el momento procesal oportuno en vía penal, como sin duda es el trámite de cuestiones previas en el procedimiento abreviado, no se puede tachar de extemporánea la pretensión. Este criterio supone un cambio radical respecto de la interpretación que el Tribunal hizo en la sentencia precedente del 2001, cambio de criterio racional y oportuno, si tenemos en cuenta que responde a una interpretación adecuada del principio de buena fe procesal, que se ponía en entredicho, sin razones jurídicas fundadas, como ya hemos dicho, en la anterior resolución.
- b) En cuanto a los presupuestos de aplicación del principio -identidad de sujeto, hecho y fundamento-, pueden ser analizadas por el Tribunal Constitucional, porque constituyen circunstancias necesarias para determinar la interdicción de la doble sanción, modificando el criterio sostenido en las anteriores resoluciones.
- c) La solución adoptada en la instancia- descuento de la sanción administrativa en la pena impuesta- supone que no se ha sufrido un exceso punitivo. Para afirmar la vulneración del *non bis in idem*, no es suficiente con constatar la no suspensión del procedimiento administrativo, ni con la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora. No se le impusieron dos sanciones, pues desde el punto de vista material se le impuso solo una.
- d) La legislación no prevé expresamente el supuesto de que la Administración no suspenda la tramitación del expediente administrativo y no está prohibido el doble reproche aflictivo, sino solo la reiteración sancionadora de los mismos hechos.
- e) La resolución administrativa no sometida a revisión judicial carece de efectos de cosa juzgada.
- f) El principio del *bis in idem* no se extiende a cualquier tipo de procedimientos sancionadores, sino solo a aquellos en los que los grados de complejidad y la gravedad de la sanción los puede equiparar al proceso penal, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, el ámbito de las garantías- mínimas en el sencillo expediente administrativo-, y el propio contenido del art. 4 del CEDH, que proscribía la doble

sanción siempre y cuando se hayan sustanciado los procedimientos con las debidas garantías. En el presente caso, añade el Tribunal, el procedimiento administrativo no se tramitó con las debidas garantías, pues la Administración incumplió con su deber de suspender la tramitación en tanto en cuanto se sustanciaba el proceso penal por los mismos hechos.

- g) La solución no pasa por la anulación de la segunda sanción por orden cronológico, que de ordinario será la penal, reafirmando el Tribunal la preferencia de la jurisdicción penal, porque es la única jurisdicción competente para imponer penas por hechos constitutivos de delito o falta y porque en el proceso penal rigen todas las garantías, presunción de inocencia, imparcialidad del Tribunal, etc., mientras que el procedimiento administrativo tiene un menor contenido garantista.

La doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal en 2003, que también cuenta con un voto particular, supone un retorno a la doctrina tradicional que otorgaba preferencia y prevalencia a la jurisdicción penal sobre la administrativa, con algunas matizaciones de importancia, como la de entender que la interdicción de la doble sanción no se extiende a cualquier tipo de procedimientos sancionadores, sino solo a aquellos equiparables al penal en complejidad y gravedad de la sanción, o que la resolución administrativa no sometida a revisión judicial carece de efectos de cosa juzgada, doctrina que si bien es acertada desde el punto de vista de la justicia material, no está exenta de argumentos ciertamente discutibles y que han obtenido fuertes críticas por parte de la doctrina.

Como sostiene algún autor³, la novedad de la pionera sentencia 177/1999 es que pone el acento en el principio de seguridad jurídica y, por ello, las decisiones sancionadoras de cualquier órgano del Estado, administrativo o jurisdiccional, son suficientes para establecer la prohibición de un doble enjuiciamiento, mientras en la sentencia de 2003, admite una solución fundada en el principio de culpabilidad y excluye el principio de seguridad jurídica, cuando la complejidad del procedimiento administrativo sancionador no sea equiparable al penal.

Esta última solución parece más aceptable desde el punto de vista del sentido común y del principio de proporcionalidad, y, además, permite corregir los excesos punitivos que supondría la doble sanción, mediante la fórmula de la consunción de la sanción administrativa y su cómputo para fijar la pena definitiva a imponer.

No obstante, la decisión del Tribunal, como hemos avanzado, presenta en algunos puntos una fundamentación jurídica endeble a la hora de justificar la preferencia de la jurisdicción penal o las menores garantías del procedimiento administrativo sancionador.

3. «Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en el ámbito de la protección del medio ambiente», Jacobo López Barja del Quiroga.

Y digo que la fundamentación jurídica es endeble, aunque supone una decisión ajustada a derecho desde el punto de vista de la justicia material, porque no es de recibo justificar la preferencia de la jurisdicción penal basándose en las mínimas garantías de que están dotados los procedimientos administrativos.

Coincido con la opinión de Antonio Narváez expresada en el artículo ya comentado, que señala que no se puede sostener el argumento de las menores garantías en la tramitación del procedimiento administrativo, porque la actividad de la Administración en todos sus aspectos y ámbitos, salvo en los denominados actos políticos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, y así conviene mencionar las importantes garantías señaladas en los arts. 134 y ss de la Ley 30/1992 en el ámbito administrativo, y porque la función revisora de la jurisdicción contenciosa controla la pureza constitucional y procesal de los actos administrativos, conforme a los mismos criterios que puede utilizar el juez penal.

Por otro lado, la posibilidad de revisión de los hechos constituye una invasión de la potestad exclusiva de la jurisdicción ordinaria de juzgar y aplicar las normas.

Por último, el ordenamiento administrativo contempla cauces adecuados para la declaración de nulidad de actos que puedan ser contrarios a los derechos fundamentales, de manera que pueden ejercitarse dichos cauces en aquellos supuestos en que la Administración incumpla su deber de abstención.

Tampoco es de recibo el argumento de que la Administración infringió el principio de legalidad y competencia exclusiva de la jurisdicción penal, pues por encima de todos ellos se encuentra el principio de seguridad jurídica.

El problema se acentúa en aquellos supuestos en que una misma conducta puede ser objeto de una triple sanción, como pone de relieve Manuel Marchena Gómez⁴, analizando la nueva doctrina del Tribunal Constitucional. Este autor utiliza un ejemplo que ilustra a la perfección el problema que estamos tratando. Partiendo del estudio del cuadro de infracciones regulado en la Ley Orgánica de Protección de Datos y en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, llega a la conclusión de que determinadas conductas, como por ejemplo una cesión de datos con fines comerciales, es susceptible de ser calificada con arreglo a un doble cuadro administrativo sancionador (art. 44. 4 de la LOPD y art. 38 de la LSSI) y, además, puede dar lugar a un delito del art. 197.2 del Código Penal, que exigiría la apertura del correspondiente procedimiento penal. En estos casos los problemas constitucionales del *bis in idem* adquieren un relieve especial, habida cuenta de la necesidad de evitar la dualidad sancionadora en el orden administrativo y el tratamiento penal de una misma conducta

4. «Infracciones administrativas y penales en la Ley Orgánica de Protección de Datos y en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información: Algunos problemas de "bis in idem"». Manuel Marchena Gómez.

En cualquier caso, como el quid de la cuestión debatida se encuentra, a mi juicio, en la constatación de la identidad de fundamento, que en caso de ser diferente permitirá una doble sanción, pueden apuntarse de futuro varias soluciones:

- 1ª Incrementar la cooperación e interrelación entre los distintos órganos administrativos y jurisdiccionales.

No es de recibo que, de forma sistemática, la Administración incumpla su deber de abstención en asuntos cuya vía penal se inicia, de ordinario, cuando la Administración acuerda pasar el tanto de culpa correspondiente y, en consecuencia, cuando es plenamente consciente de que los hechos objeto de infracción administrativa son constitutivos de delito. Parece que todavía persiste una cierta desconfianza por parte de las autoridades administrativas respecto de la eficacia de los órganos jurisdiccionales, desconfianza que no resulta admisible en un estado democrático de derecho.
- 2ª Introducir un rápido procedimiento que permita impulsar de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados incumpliendo la Administración su deber de abstención, cuando los hechos en los que concurra la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, sean a la vez constitutivos de delito.
- 3ª Introducir en el ordenamiento jurídico, la obligatoriedad, por parte de los órganos jurisdiccionales, de dirigir un requerimiento a las autoridades administrativas en los supuestos de tramitación simultánea de unas diligencias penales y de un expediente administrativo, cuando concurra la triple identidad ya citada, requerimiento que determine la suspensión inmediata del procedimiento administrativo sancionador.
- 4ª Clarificar las infracciones administrativas que por decisión del legislador merezcan una sanción penal, infracciones que deben desaparecer del catálogo de las que están sujetas a sanción administrativa, cuando sea coincidente el sujeto, hecho y fundamento.

Esta clarificación se hace necesaria, especialmente si tenemos en cuenta el incremento en los últimos tiempos del número de conductas delictivas por infracciones que con anterioridad tenían un carácter exclusivamente administrativo. De esta manera se evitarían los conflictos derivados de la doble actuación sancionadora de los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Cualquier solución pasa, en cualquier caso, por evitar que la preferencia de procedimientos y por tanto la prevalencia de las sanciones administrativas o penales, con enormes diferencias cuantitativas y cualitativas, pueda depender del grado de comunicación de la Administración con los órganos judiciales o de la capacidad de

tener noticia de la existencia de los respectivos procedimientos, y sobretodo del interés del afectado. Lo que no es admisible en Derecho, en palabras de Antonio Vercher recogidas en un interesante e irónico artículo publicado a propósito de la sentencia de 1999⁵, es que la voracidad recaudatoria de la Administración prime sobre el interés general o que baste con abrir y resolver un expediente con cierta rapidez para que, tan pronto haya sido sancionada la conducta objeto del mismo, desaparezca toda posibilidad de intervención judicial penal, por muy delictiva que tal conducta pueda resultar, como se desprendía de la primera de las resoluciones del TC que hemos analizado, doctrina afortunadamente hoy superada.

Las resoluciones dictadas con posterioridad por el Tribunal Constitucional⁶, mantienen la línea fijada en la sentencia de 2003.

Especial referencia es necesario hacer a la STC 48/2003, 14 de marzo, en la que debía resolverse el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco contra varios preceptos de la LO 6/2002, de 27 de junio de Partidos Políticos, concretamente los arts. 9, 10, 11 y 12, que en relación con los arts 515 y 529 del Código Penal, incurrieran, a juicio del recurrente, en infracción del principio del non bis in idem.

El interés de la resolución radica, no tanto en la parte dispositiva, en la que el TC reitera que no se produce vulneración del principio cuando no hay doble castigo, sino en la fundamentación jurídica en la que el Tribunal afirma, tras señalar que no existe identidad de sujeto, porque mientras el proceso de la Ley Orgánica de Partidos Políticos se refiere a las organizaciones políticas, el Código Penal sanciona las conductas delictivas cometidas por las personas físicas, que la identidad de hechos y bien jurídico protegido no impide que el ordenamiento jurídico pueda imponer consecuencias jurídicas diversas desde distintas perspectivas. Así, examinando los supuestos regulados en el art. 9, que determinan la declaración de ilegalidad de un partido político, y en el art. 10, que dispone que la disolución será acordada por el órgano jurisdiccional, considera que la disolución no es una sanción, sino una consecuencia jurídica gravosa porque no tiene sentido retributivo, sino que responde a una finalidad de garantía que trata de restablecer la legalidad conculcada.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha mantenido en sus resoluciones, a partir del año 2003, la última línea consolidada del Tribunal Constitucional. Así, sin ánimo de exhaustividad, comentaremos dos sentencias, ambas dictadas en infracciones medioambientales, una de ellas pronunciada recién publicada la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de comentar, y la otra, que refleja la posición actual de la Sala.

5. "La incorporación del principio «el que no corre vuela» en Derecho Constitucional", Antonio Vercher Noguera.

6. STC 334/2.005, de 20 de Diciembre

En la primera, STS 833/2003, de 2 de junio, en la que el recurrente fundaba la infracción del *non bis in idem* en el hecho de que la recogida de aceites usados sin autorización fue objeto de sanción administrativa confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la Sala Segunda, acudiendo a la doctrina constitucional, se inclina por dar preferencia al principio de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción, salvando el escollo de la nueva doctrina constitucional -solo produce efectos de cosa juzgada la resolución administrativa sometida a revisión jurisdiccional-, sobre la base de que el recurso contencioso no entró en el fondo, desestimando por extemporáneo el recurso de alzada interpuesto por el administrado, por lo que no operó la cosa juzgada.

En la segunda, STS 141/2008, de 8 de abril, se enjuiciaban unos vertidos ilegales procedentes de un arroyo que habían provocado daños materiales y piscícolas en el entorno natural, vertidos que habían sido objeto de sanción administrativa confirmada por la Sala de lo Contencioso, con la singularidad de que constaba fehacientemente la coexistencia del procedimiento penal.

La Sala Segunda, aplicando la reciente doctrina constitucional, estima que no hay duplicación (*bis*), si se procede al descuento de la sanción administrativa como se hizo en el caso sometido a revisión casacional. Respecto de la resolución judicial en la vía contenciosa, no produce efectos de cosa juzgada, por el principio de preferencia de la jurisdicción penal y porque el procedimiento administrativo no presenta las mismas garantías, ni el mismo grado de complejidad que el penal, teniendo en cuenta, además, que no son comparables las sanciones, privativa de libertad en el orden penal frente a una sanción pecuniaria en el ámbito administrativo.

III. El “*ne bis in idem*” en el ámbito internacional

III.1. La normativa aplicable

Como refleja algún autor⁷, si el principio del *ne bis in idem* presenta no pocas dificultades en el ámbito interno, como se ha podido comprobar a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también los presenta en su proyección externa, es decir, en relación con otros países.

Por lo general, en las distintas legislaciones europeas, el principio del *ne bis in idem* solo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo, pues, la posibilidad de repetir el juicio, aun cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho, condena ya sufrida que solo se tomaría en cuenta a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a

imponer. Así, se regula en la legislación alemana -Parágrafo 51 del STGB alemán-, austriaca -Parágrafo 61 del STGB austriaco-, en el art. 138 del Código Penal italiano y en el art. 31 del Código Penal suizo. Lo mismo sucede, entre otras, con la legislación francesa, belga y portuguesa.

En el derecho interno contamos con una disposición similar en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su apartado segundo dispone que “la jurisdicción española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, cuando concurren los siguientes requisitos; que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en éste último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

Obsérvese que no se imposibilita un nuevo enjuiciamiento penal cuando los hechos acaecen en el extranjero, mientras que si los hechos se cometen en territorio nacional, no es posible un nuevo enjuiciamiento penal por los mismos hechos operando el instituto de la cosa juzgada a través de las cuestiones de previo pronunciamiento (art. 666.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o, en su caso, se pueden evitar sus perniciosos efectos por medio de la interposición del recurso extraordinario de revisión (art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Si atendemos a la legislación europea, los Tratados y Convenios suscritos en materia penal, si bien contienen un expreso reconocimiento de la prohibición de la doble sanción, contienen disposiciones que suponen una traba al reconocimiento de los efectos del *non bis in idem*, y ponen de manifiesto la desconfianza mutua entre los distintos Estados a la hora de fijar una legislación unitaria que permita el pleno reconocimiento de la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales internas, cuando concurren los presupuestos de aplicación del principio, esto es, identidad de hecho, sujeto y fundamento.

En los arts. 35 y ss del Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972 y ratificado por España, la prohibición de la doble o múltiple incriminación se configura como un derecho del justiciable, que las partes signatarias se comprometen a tutelar. Así, se dispone que «una persona contra la que se haya pronunciado sentencia penal firme y ejecutoria no podrá ser perseguida ni condenada, ni quedar sometida a la ejecución de una sanción en otro Estado contratante» (art. 35.1). Pero se añade a continuación, poniendo en entredicho la real eficacia de la declaración general de principios, «salvo que haya solicitado la instrucción del procedimiento, un Estado contratante en el que se haya cometido el hecho o que se considere como tal según la ley de ese Estado, o cuando se hubiere cometido contra una persona, institución o propiedad con carácter público o si la persona contra la que se pronunció la sentencia tenía carácter público en ese Estado, no estará obligado

7. «Principio constitucional del *non bis in idem*». Manuel Jaén Vallejo.

a reconocer el efecto del *non bis in idem*». Esta disposición supone en la práctica dejar sin efecto el principio de la interdicción de la doble sanción.

El Convenio Europeo de Extradición de 1957, expresamente reconoce en su art. 9 como causa para denegar la extradición, «cuando la persona reclamada hubiera sido definitivamente sentenciada por las autoridades competentes de la parte requerida por el hecho o hechos motivadores de la solicitud de extradición»; proclama que incluso se extiende a los supuestos en los que se hubiese decidido no entablar persecución o poner fin a los procedimientos pendientes por el mismo o los mismos hechos, haciendo extensible la eficacia del *ne bis in idem* a supuestos en los que dudosamente se puede hablar de resolución definitiva de carácter firme, y por ende, de cosa juzgada.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada al Tratado de Niza en 1991, prevé en su art. 50 que «nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley»; Carta que si bien carece de eficacia jurídica directa, constituye una muestra clara de la tendencia al reconocimiento de la eficacia vinculante del principio del *non bis in idem* en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Ahora bien, en el ámbito espacial de los países del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado en 1990 y al que se adhirió España en 1991, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 54 y 55. Según el art. 54, que establece la regla general, esto es, la vigencia del principio *ne bis in idem* en el ámbito interno de los países de Schengen, «una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena». Es decir, no se prohíbe un nuevo enjuiciamiento.

De todos modos, la mayor parte de los países que han suscrito el Convenio, han hecho reserva conforme a lo establecido en el art. 55, que establece tres supuestos en los que no vinculará a los contratantes el *non bis in idem*: a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la parte contratante donde se haya dictado la sentencia; b) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha parte contratante; c) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

Por tanto, en estas hipótesis es perfectamente posible la celebración de un segundo juicio y una nueva condena, luego un *bis in idem*, siempre con el límite del principio de proporcionalidad, que exige que se contabilice en la medida de la pena la que se le impuso al sujeto en el primer juicio.

Prueba de los recovecos que permiten, al amparo del contenido de los preceptos reseñados del Acuerdo de Schengen, la inaplicación del principio del *non bis in idem* en el ámbito internacional, no solo desde la perspectiva del doble enjuiciamiento, sino también, lo que es más grave, de la doble sanción, la tenemos en la propia doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en Sentencia 1677/2002, de 21 de noviembre, que contemplaba el supuesto de un ciudadano portugués que había sido condenado en ausencia en su país de origen por homicidio, siendo enjuiciado en España posteriormente por los mismos hechos, afirmó que no era posible aplicar la excepción de cosa juzgada, ni se puede estimar conculcado el principio del *non bis in idem*, pues no se dan los presupuestos legalmente establecidos para ello desde el momento en que la sentencia, dictada en rebeldía, puede ser objeto de reconsideración con audiencia del inculpado y, además, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque fue condenado en Portugal no llegó a cumplir la condena que se le impuso en ese país, supuesto en el que la legislación española sobre jurisdicción admite expresamente la competencia de los Tribunales de España, prohibiendo la apreciación de la cosa juzgada fundada en la imposición de pena en el extranjero no cumplida.

Más recientemente, la Sentencia de 18 de enero de 2008, en la que se juzgaba por pertenencia a organización terrorista a una persona que había sido condenada en Italia en resolución no firme, estimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria dictada en la instancia que apreciaba la cosa juzgada, porque, en primer lugar, era necesaria la firmeza de la resolución para que la interdicción de la doble sanción pudiera operar, exigencia que aparece constantemente en la doctrina del TEDH y del TC⁸, y, en segundo lugar, porque las normas jurídicas internacionales aplicables en el ordenamiento jurídico español no impiden como principio general el doble enjuiciamiento, con referencia expresa a los arts. 54 y 55 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de los que se desprende que la consecuencia del doble enjuiciamiento por los mismos hechos en diferentes jurisdicciones, no es la absolución en el segundo proceso, sino el cómputo en éste de las penas impuestas por la primera jurisdicción nacional que haya conocido de los hechos.

8. STEDH 8 de Noviembre de 2.005 (caso Asito contra Moldavia) y de 24 de Julio de 2.003 (caso Ryabykh contra Rusia), STC 249/2.005, de 10 de Octubre y 115/2.006, de 24 de Abril.

III.2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con carácter general⁹, viene a distinguir entre concurso de infracciones y concurso de normas con independencia de que los hechos hayan sido enjuiciados ante el mismo o diferentes órganos. En el primer caso, no se vulnera el *bis in idem*, aunque ha de tenerse en cuenta el principio de culpabilidad. En el segundo caso, se vulnera, no solo con la doble sanción sino también con el doble enjuiciamiento, y sin tener en cuenta prevalencia alguna de jurisdicción.

No obstante, la trascendencia de las resoluciones dictadas por el tribunal en relación con la prohibición de la doble sanción obliga a realizar un recorrido, siquiera sea sinóptico, de la doctrina jurisprudencial reciente que ha sido recopilada en un magnífico trabajo financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia¹⁰:

- a) El TEDH, en la sentencia de 11 de febrero de 2003 (asunto Gözütok y Brügge), resuelve que la decisión de archivo de las actuaciones penales adoptada por el Ministerio Fiscal como consecuencia de la transacción entre éste y el imputado ha de equipararse a la sentencia firme a efectos de aplicar la prohibición de *bis in idem*, y ello aunque el Estado que deba abstenerse de ese nuevo enjuiciamiento no contemple, en su ordenamiento interno, la posibilidad de que el proceso penal concluya en virtud del acuerdo entre el Ministerio Fiscal y el imputado o sí prevea estas soluciones transaccionales, pero las someta a la aprobación judicial.

El Tribunal ofrece una interpretación “*sui generis*” de lo que se entiende por sentencia firme con efectos de cosa juzgada, categoría en la que sin duda no entran las meras transacciones regidas por el principio de oportunidad, siguiendo una interpretación integral de las citadas normas con la vista puesta en el Derecho de la Unión Europea y en los intereses comunes a todos los Estados miembros, y prescindiendo de que, expresamente, las partes contratantes decidieron excluir las decisiones transaccionales del citado artículo 54, rechazando una propuesta holandesa.

- b) En la sentencia de 10 de marzo de 2005 (asunto Miraglia), el Tribunal entiende que la decisión de un Estado de archivar una causa penal, por la única y exclusiva razón, de estar pendiente un proceso por los mismos

hechos y contra la misma persona en otro Estado, no comporta una decisión sobre el fondo y en consecuencia no tendría los efectos de la cosa juzgada que requiere el art. 54 del Acuerdo de Schengen. Queda por resolver el problema de si la tramitación simultánea de dos procesos penales implica una violación del *non bis in idem*.

- c) En la sentencia de 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroeck), sostiene el Tribunal que la calificación jurídica o el interés jurídico protegido no son criterios determinantes en la apreciación de la identidad fáctica, sino que lo decisivo para la aplicación del art. 54 es la identidad de hechos materiales, ya que el fundamento de la interdicción del *bis in idem* en el ámbito de la Unión es el derecho a circular libremente por el territorio de los Estados miembros, derecho que se vería seriamente comprometido si quien ha sido juzgado por unos hechos en un Estado miembro, pudiera ser juzgado de nuevo en otro Estado por los mismos hechos, con el banal argumento de que constituyen otro delito en ese Estado o que afecta a otro bien jurídico protegido.
- d) En la sentencia de 28 de septiembre de 2006 (asunto Van Straaten), se ratificó el anterior criterio de que es necesario atender a la identidad material de los hechos y no a su calificación jurídica, y, lo que es más trascendente, que la proscripción del *bis in idem* es aplicable a los supuestos en que una persona es juzgada y absuelta por falta de pruebas en un estado miembro. La decisión tiene su importancia, pues el art. 54 solo contempla explícitamente la hipótesis de condena. No obstante, dice el Tribunal, en la medida en que tal hipótesis se enmarca en una proposición general -juzgada en sentencia firme- y ésta ninguna referencia hace al contenido de la resolución que ha de servir de base a la aplicación del *non bis in idem*, bien puede inferirse que abarca tanto los supuestos de absolución como de condena, añadiendo otros dos argumentos a favor de la apreciación del *bis in idem*: el principio de seguridad jurídica y el de libertad de circulación como fundamento del principio en el ámbito de la Unión.
- e) En la sentencia de 28 de septiembre de 2006 (asunto Gasparini), el Tribunal entendió que tenía encaje en el concepto de «mismos hechos» la importación de una mercancía en un Estado y su posterior comercialización en otro Estado, que el art. 54 resulta aplicable a la resolución de un Tribunal de un Estado contratante en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un imputado por prescripción del delito que dio lugar a la incoación de las diligencias penales, y que dicho beneficio solo es predicable para aquellos personas que fueron efectivamente juzgados, sin que pueda extenderse a aquellos que no fueron enjuiciados.

9. STS 23 de Octubre de 1995 (Caso Gradinger contra Austria), 30 de Julio de 1998. (Oliveira contra Suiza), de 29 de Mayo de 2.001, (Caso Franz Fischer contra Austria), de 6 de Junio de 2.002, (Caso Sailer contra Austria).

10. El principio *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE, Marina Cedeño Hernan y Marien Aguilera Morales.

- f) En la sentencia de 18 de julio de 2007 (asunto Kraaijenbrink), el Tribunal descarta que la intencionalidad delictiva sea un criterio determinante en la apreciación de la identidad fáctica, y no se pronuncia sobre dos cuestiones: si la expresión «unos mismos hechos» impide el enjuiciamiento o condena por hechos accesorios o complementarios a los que han sido objeto de enjuiciamiento; y como debe interpretarse el criterio de la toma en consideración consagrado en el art. 56 del Convenio. Respecto de la primera cuestión, es obvio que no concurre la necesaria identidad, pues, en un caso, la condena se dictó por un delito de tráfico de drogas, y en el segundo, por un delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico. Respecto de la segunda cuestión, pese a cuestionar en otras ocasiones, como hemos visto, la simple posibilidad de un doble enjuiciamiento cuando esté fehacientemente acreditado que nos encontramos ante una misma identidad fáctica, el Tribunal elude pronunciarse sobre el contenido y efectos de la disposición recogida en el art. 56 del Convenio, que permite, no obstante la declaración de principios que con carácter general proclama en el art. 54, el doble proceso y la doble condena, debiendo deducirse de la condena los períodos de privación de libertad padecidos.

Como podemos comprobar con este breve resumen de las resoluciones recientes del Tribunal de Justicia en torno al principio del *non bis in idem*, el Tribunal se inclina por una aplicación extensiva del principio que afecta no solo a la prohibición de la doble condena, sino también a la proscripción de la coexistencia de dos procedimientos por los mismos hechos, prescindiendo de la normativa en vigor, y concretamente de los arts. 54 a 56 del Convenio, que posibilitan en determinadas condiciones el doble enjuiciamiento y la doble condena.

Esta posición voluntarista del Tribunal, basada fundamentalmente en la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios, debe ir acompañada del necesario cambio legislativo que permita la plena aplicación del principio del *non bis in idem* en el ámbito comunitario, esencial para una eficaz persecución de los delitos transfronterizos, desgraciadamente tan en boga en los tiempos actuales.

III.3. Iniciativas legislativas

Varios han sido los intentos de modificar la normativa en vigor derivada de los Acuerdos de Schengen que acabamos de analizar, en la búsqueda de un consenso que permita resolver los conflictos de jurisdicción internacional que impiden la plena eficacia del principio estudiado, debido a las reticencias de los distintos Estados, no solo a ceder su propia jurisdicción en aquellos supuestos en la que la investigación de unos hechos pueda verse obstaculizada por la coexistencia simultánea de dos procedimientos por los mismos hechos y contra las mismas personas, sino para

arbitrar instrumentos que impidan las excepciones o reservas que convierten en papel mojado la interdicción de la doble condena.

En el Tratado de Constitución Europea, que como sabemos no entró en vigor, se establece en su art. II.110 que “nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”. De este precepto, se deducía:

- La interdicción, tanto del doble proceso como de la doble sanción, siguiendo de esta forma la línea marcada por el Tribunal de Justicia.
- La aplicación exclusiva a los procedimientos penales, limitación sorprendente, si tenemos en cuenta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo aplica igualmente en materia de procedimientos disciplinarios, y que en muchos Estados se consideran infracciones civiles lo que en otros son penales.
- La necesidad de fijar el concepto de infracción, a la vista de la interpretación que de la misma ha ofrecido el Tribunal de Justicia.
- La limitación alcanza exclusivamente a las sentencias penales firmes, cuando el Tribunal de Justicia admite efectos de cosa juzgada a los autos de archivo dictados por el Ministerio Fiscal (caso Götuzok), a las decisiones de poner fin a un procedimiento o de no entablar persecución dictadas en un Estado (caso Miraglia), o al archivo por prescripción que supone en todo caso un examen sobre el fondo (caso Gasparini).

Un paso más en el intento de suprimir las barreras que se oponen a la plena eficacia del *non bis in idem*, lo constituye la Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del *ne bis in idem*, de 26 de abril de 2003. Esta iniciativa propone que en los supuestos de litispendencia entre dos Estados en los cuales se tramiten procedimientos penales por los mismos hechos, las autoridades competentes de ambos Estados habrán de ponerse de acuerdo para determinar cuál de ellos conocerá finalmente del asunto, quedando en suspenso los procesos hasta que se determine la preferencia, que debe fijarse por el siguiente orden: en función del territorio en que se ha cometido el delito, de la nacionalidad o residencia del presunto autor, del origen de las víctimas y del lugar donde se encontró al autor del hecho delictivo. Se proponía también la supresión de todas las excepciones o límites al ejercicio de este derecho establecidas en los arts. 55 y 56 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen. La propuesta que cabe calificar de positiva, sin embargo plantea numerosas incógnitas respecto de su real eficacia, pues no establecía mecanismo alguno, de obligado cumplimiento para determinar la competencia objetiva, en los supuestos de discordancia de los Estados a la hora de determinar la preferencia competencial, ni el criterio territorial es suficiente, en la mayor parte de los casos,

cuando estamos ante organizaciones de carácter ilícito cuyo campo de actuación delictivo se extiende al territorio de más de un estado o de un delincuente individual que aprovechando la eliminación de las barreras fronterizas, delinque indistintamente en el territorio de varios Estados.

Por último, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre conflictos de jurisdicción y principio *ne bis in idem* internacional de 23 de diciembre de 2005, pretende provocar una reflexión sobre la mejor fórmula para la resolución de los conflictos de jurisdicción entre Estados de la Unión Europea y consecuentemente, si una solución común para la determinación de la jurisdicción competente supondría la necesidad de modificar los criterios que hasta ahora regulan en la Unión Europea la aplicación del principio *ne bis in idem* (artículos 54 a 57 CAAS).

No habiendo actualmente normas vinculantes entre Estados miembros que impidan la multiplicación de procedimientos paralelos, el establecimiento a nivel comunitario de un procedimiento de elección de la jurisdicción más adecuada, permitiría que el principio *ne bis in idem* tenga un carácter residual para los supuestos en que dicho mecanismo fracase.

Solo creando estos mecanismos se facilitará el combate contra la delincuencia organizada, permitiendo investigaciones más amplias y resultados que permitan llegar hasta la cúpula de las organizaciones criminales.

En el Libro Verde, la Comisión sugiere el establecimiento de un mecanismo que imponga la obligación de los Estados de proporcionarse recíproca información y la posibilidad de no incoar un proceso penal o suspender el ya iniciado o ponerle fin, cuando por los mismos hechos se siga otro procedimiento en otro Estado de la Unión, fijando como momento procesal oportuno el de la «prosecution», que en castellano ha sido traducido como «procesamiento».

Para la resolución de los conflictos suscitados, la Comisión establece cuatro fases: en la primera, iniciado un proceso en el que están implicados otros Estados, debe informarse a éstos para que manifiesten su interés; en la segunda, se elegiría el Estado más adecuado para la prosecución del procedimiento según una serie de criterios y previo acuerdo entre las partes; en la tercera, en caso de desacuerdo se introduciría la mediación por un órgano comunitario; y en la cuarta, de fracasar la mediación, establecer la decisión de obligatorio cumplimiento dictada por un órgano comunitario de futura creación para la resolución de los conflictos jurisdiccionales.

En el Libro Verde, la Comisión planteaba una serie de cuestiones que era necesario resolver antes de abordar la necesaria reforma del derecho positivo, cuestionario que fue objeto de un informe elaborado por la Fiscalía General del Estado¹¹ que

11. Informe de la Fiscalía General de España acerca del Libro Verde de la Comisión Europea sobre conflictos de jurisdicción y principio non bis in idem.

ponía el acento en dos premisas básicas iniciales:

- a) El derecho de las víctimas debe ser un criterio prioritario para la determinación de la jurisdicción habida cuenta que las posibilidades de ejercicio conjunto de la acción civil junto a la penal y el propio ejercicio de la acción penal por la persona ofendida son netamente distintos entre los distintos Estados de la Unión Europea.
- b) La determinación del momento procesal en que se debe comenzar la información o el período de consultas, no puede corresponder al del procesamiento o a su equivalente en el procedimiento abreviado del auto de transformación, momento que haría ineficaz las consultas previas al existir ya una previa fijación de los hechos y de las responsabilidades contraídas y pendiente únicamente del enjuiciamiento, lo que devendría en un retraso notable e injustificable de la culminación del proceso contrario al derecho fundamental a un proceso justo sin dilaciones indebidas, especialmente cuando se trate, como ocurrirá frecuentemente, de causas con preso. Por mi parte, creo que ese momento debe hacerse coincidir con las investigaciones preliminares derivadas de la admisión de la querrela o denuncia o en el primer momento en que se conozca la coexistencia en la tramitación de procedimientos simultáneos por los mismos hechos en varios países de la Unión Europea, único momento en que sería eficaz la investigación conjunta de los ilícitos y el aseguramiento de las pruebas mediante el mecanismo de la transmisión del procedimiento o la cesión de jurisdicción en favor del Estado que se determine según los criterios que definitivamente se acojan.

En respuesta a los interrogantes planteados en el cuestionario, la Fiscalía española pone de manifiesto que:

1. Es imprescindible una disposición de la Unión Europea que establezca que la legislación nacional permitirá suspender un procedimiento en razón de los procedimientos en curso en otros Estados miembros. Sin embargo, la simple decisión de suspensión no asegura el traslado de información y, fundamentalmente, debería regularse un mecanismo que permita la recuperación de la jurisdicción en aquellos supuestos en que el Estado que asuma la competencia no sea capaz de conducir a buen término la investigación.
2. Debe imponerse normativamente la obligación de información mutua, que tiene que ser inmediata en la inicial fase de instrucción.
3. Es necesario que exista un sistema de mediación o solución de controversias para aquellos supuestos en que el debate directo no conduzca a un acuerdo, que la Fiscalía General del Estado centraliza en el Colegio de Eurojust o en los miembros nacionales de Eurojust.

4. Es necesario elaborar un listado de criterios de preferencia en materia competencial, partiendo del criterio básico de territorialidad.
5. A la propuesta de la Comisión sobre la definición del alcance del principio «*non bis in idem*», «una resolución en materia penal adoptada por un órgano jurisdiccional o que ha sido recurrida ante dicho órgano», la Fiscalía española aduce que dicha definición puede plantear problemas de interpretación, pues en algunos sistemas legales se contempla la posibilidad de que infracciones de normas legales perseguidas por autoridades administrativas puede dar lugar a una revisión de su decisión ante órgano jurisdiccional con competencia en materia penal, sugiriendo la siguiente redacción: «resolución en materia penal adoptada en el marco de un procedimiento penal por un órgano jurisdiccional de esa naturaleza».
6. En cuanto a lo que deba entenderse por resolución definitiva, a la propuesta de la Comisión de considerar como tal «aquella por la que se prohíbe un nuevo proceso penal con arreglo a la legislación nacional del Estado en el que sea adoptada, a menos que esta prohibición sea contraria a los objetivos del Tratado de la Unión Europea», se responde que dicha definición debe incluir que la decisión sea adoptada por las autoridades judiciales y que implique una valoración de la cuestión de fondo, de conformidad con lo dispuesto en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
7. En un marco de plena efectividad del principio del reconocimiento mutuo, la aplicación del principio del *non bis in idem*, debería tener un carácter general, eliminándose las excepciones y reservas actualmente en vigor, puesto que en un espacio transfronterizo, con instrumentos de reconocimiento mutuo, no tiene sentido establecer excepciones salvo en los supuestos de imposibilidad de ejecución.
8. En cuanto al concepto de *idem*, sería necesario un instrumento normativo que definiera el concepto sobre la base de la identidad fáctica y no de la calificación o tipificación jurídica en consonancia con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En un interesante y exhaustivo trabajo sobre la incidencia del *non bis in idem* en el ámbito comunitario, la profesora Marien Aguilera¹², después de desbrozar la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la legislación internacional vigente en la materia y las iniciativas legislativas ya

12. «*Non bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea». Marien Aguilera Morales.

citadas, propugna que es necesario articular un mecanismo que permita detectar en tiempo real e identificar la existencia de procesos múltiples en el ámbito de la Unión, imponer a los Estados que se propongan incoar un proceso en otro u otros Estados, el deber de informar cuanto antes a éstos de su interés en sostener su competencia, arbitrar un sistema de resolución de conflictos que sea vinculante para los Estados, siendo el órgano encargado el TJCE y negar, con carácter imperativo, que un Estado pueda seguir sustanciando el proceso en el caso de que no se le atribuya la competencia. Se propone, añade la autora, que el futuro desarrollo normativo del *non bis in idem*, permita excluir, tanto los enjuiciamientos sucesivos como los enjuiciamientos simultáneos, si es que ello supone un quebranto de las normas atributivas de la competencia.

En definitiva, el camino iniciado debe converger hacia el pleno reconocimiento de los efectos del principio del *non bis in idem* en el ámbito internacional, siquiera a efectos comunitarios, como única vía de resolución de conflictos de jurisdicción.

Es necesaria una aproximación de la legislación interna de los Estados para que todos otorguen la misma eficacia a las resoluciones procedentes de los restantes Estados miembros, aproximación determinante para aplicar el principio de que el ejercicio de una acción penal común supone su extinción en el espacio común europeo, dando así aplicación práctica a la incorporación del principio del *non bis in idem* al acervo común que proclama la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en el Consejo Europeo de Niza.

IV. El “*non bis in idem*” y el Derecho Penal sustantivo de carácter económico

En este apartado pretendo una aproximación a la problemática que el *non bis in idem* plantea en la aplicación de las normas sustantivas penales, aproximación que en ningún caso será exhaustiva, centrando el estudio, dado el contenido del Curso, en los preceptos penales de carácter económico, examinados desde la óptica de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

IV.1. Falsedad documental y estafa agravada del artículo 250.1.3 del Código Penal

El problema planteado hace referencia a la compatibilidad entre el delito de falsedad documental (artículo 390 del Código Penal) y el delito de estafa cometido por medio de cheque, pagaré o letra de cambio (artículo 250.1º.3º del Código Penal), sin vulneración del principio del *non bis in idem*.

Planteada la cuestión, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 8 de Marzo de 2.002, acordó que la falsificación de un cheque

y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como un concurso de delitos, entendiéndose que no se produce el *bis* porque la conducta falsaria, cuyo bien jurídico protegido es distinto, puesto que afecta a la fe pública y a la función social de los documentos, no puede quedar absorbida por un delito de estafa, ya que la sanción de ésta no cubriría todo el desvalor de la conducta realizada al dejar sin sanción la falsificación, que conforme a lo dispuesto por el artículo 392 del Código Penal, no requiere para su punición el perjuicio de tercero ni el ánimo de causárselo por tratarse el cheque de un documento mercantil y no de un documento privado.

Por su parte, el Pleno no jurisdiccional de 18 de Julio de 2.007 estableció que «la firma del ticket de compra, simulando la firma del verdadero titular de la tarjeta de crédito, no está absorbido por el delito de estafa».

IV.2. Subtipo agravado de estafa del artículo 250.1.7º

El artículo 250.1.7º, castiga con pena agravada el delito de estafa cuando se cometa con abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

Se ha sometido a la consideración del Tribunal Supremo la posible infracción del principio, argumentándose que la relación de confianza se encuentra insita en el engaño que es elemento típico de la estafa.

La Sala, claramente, ha resuelto la cuestión en concordantes pronunciamientos. Así por ejemplo, la STS de 25 de abril de 2005, nº 517/2005, con relación a un caso idéntico, recordaba lo ya dicho en la STS 383/2004, de 24 de marzo y 610/2006, de 29 de mayo, siguiendo a otras varias, en el sentido de que “que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.7 del Código Penal, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre)”

IV.3. Delito continuado y estafa – apropiación indebida

Si en uno de los hechos que forman el delito continuado concurre alguna circunstancia agravante del artículo 250, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, sin que se produzca la vulneración del *bis in idem* (Sentencia del Tribunal Supremo número 635/2006, de 4 de Abril y 900/2006, de 22 de Septiembre).

La Sala Segunda, en Pleno no jurisdiccional de 30 de Octubre de 2007, tomó el siguiente Acuerdo: «el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trate de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en relación a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del artículo 74.1º, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración».

La plasmación práctica del Acuerdo, como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo número 997/2007, de 21 de Noviembre, supone que:

- a) Cuando a la consideración de delito se llegare por la suma de distintas infracciones, individualmente constitutivas de falta, no es posible apreciar el apartado 1 del artículo 74 del Código Penal –imposición de la pena en la mitad superior- sin vulnerar el *bis in idem* (Sentencia del Tribunal Supremo número 318/2007, de 4 de Abril).
- b) Cuando las distintas infracciones que integran el delito continuado, que individualmente consideradas constituyen faltas, sumadas, excedan de la cuantía de notoria importancia (36.000 euros), no será de aplicación el apartado 1º del artículo 74 del Código Penal que vulneraría el *bis in idem*, sino el segundo con la agravación del artículo 250.1º.6º del Código Penal.
- c) Cuando los distintos hechos que integran la continuidad delictiva sumados, excedan de la cuantía de notoria importancia, deberá apreciarse el apartado 2º del artículo 74 y la agravante del artículo 250.1º.6º.
- d) No se producirá vulneración del *non bis in idem*, en los siguientes supuestos: cuando cualquiera de las infracciones supere la cuantía de notoria importancia, será compatible la aplicación del apartado 1º del artículo 74 y la agravación del artículo 250.1º.6º del Código Penal, y cuando todas las infracciones delictivas que forman la continuidad delictiva sumadas no superen la cuantía de notoria importancia deberá aplicarse el apartado 1º del artículo 74 del Código Penal.

IV.4. Apropiación indebida y deslealtad profesional

La apropiación indebida del artículo 252 y la deslealtad profesional del artículo 467.2° del Código Penal son delitos que mantienen una relación de especialidad -generalidad que impide su punición conjunta sin vulneración del *non bis in idem*- (Sentencia del Tribunal Supremo número 92/2005, de 31 de Enero).

IV.5. Falsedad en documento privado y estafa

La condena por un delito de falsedad en documento privado y tentativa de estafa vulnera el *non bis in idem*, al incluir el primero el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, solapándose un tipo con otro (Sentencia del Tribunal Supremo número 640/2007, de 6 de Julio).

IV.6. Salud pública y blanqueo de capitales

El Pleno no jurisdiccional de fecha 18 de Julio de 2006, acordó que la relación entre un delito contra la salud pública y el posterior blanqueo de los bienes procedentes del narcotráfico es la de autoencubrimiento impune.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo número 986/2006, de 19 de Junio, disponía que cuando la acción sancionada ha sido origen de los bienes utilizados, el blanqueo se sustentaría en otro delito de tráfico de drogas del que procedería el objeto material de aquel, lo cual vulneraría, dada la identidad del sujeto, el principio del *non bis in idem*.

IV.7. Malversación de caudales públicos

El Tribunal Supremo ha declarado que el delito de malversación de caudales públicos es compatible con el de falsedad documental realizada exclusivamente para encubrir el previo apoderamiento de fondos, pues difieren en el fundamento punitivo. En el primer caso, se trata del correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de los ciudadanos en su honesto manejo, y en el segundo, de la seguridad y confianza en el tráfico mercantil (Sentencia del Tribunal Supremo número 163/2004, de 16 de Marzo).

Sin embargo, tratándose de la relación entre el delito de malversación impropia del artículo 435 del Código Penal y el de insolvencia punible, ha declarado que la desaparición de bienes embargados no puede ser sancionado conjuntamente con el delito de insolvencia punible sin infringir el *non bis in idem*, pues el primero protege no solo la administración de justicia, sino también a los acreedores en favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo, (Sentencia del Tribunal Supremo número 1564/2005, de 4 de Enero).

IV.8. Delito fiscal

El hecho acreditado de haber sufrido una sanción administrativa de recargo por incumplir el deber de presentar la declaración en plazo no constituye una infracción del *non bis in idem*, cuando posteriormente resulta condenado el infractor por un delito contra la Hacienda Pública. No se trata en ambos casos del mismo fundamento punitivo: en un caso, se trata de una mera sanción administrativa por retraso y en el segundo, se basa en la elusión del pago de tributos.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, reafirma la prioridad de la jurisdicción penal (Sentencia del Tribunal Supremo número 774/2005, de 2 de Junio).

En cuanto a la relación entre el delito de cohecho y el delito fiscal, afirma la Sala Segunda en Sentencia número 20/2001, de 28 de Marzo, que la procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales de ellos derivados y las dificultades que pueda tener el contribuyente para aflorar fiscalmente sus ingresos reales sin desvelar sus actividades ilícitas, únicamente son imputables al mismo y no le exime de sus obligaciones tributarias cuando los instrumentos patrimoniales proceden de diferentes fuentes; no ocurre lo mismo cuando procedan de forma directa e inmediata de un hecho delictivo, ya que en estos casos la condena por delito, que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso, absorbe todo el disvalor de la conducta y consume el delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva.

En otro caso, se vulneraría el *bis in idem*.

Por otra parte, también se ha declarado la imposibilidad de penar conjuntamente el delito de defraudación de impuestos y delito contable, quedando éste absorbido en el más grave, no pudiendo castigarse con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito después consumado porque constituiría una vulneración del principio esencial del *non bis in idem*.

Baste esta muestra aleatoria de la doctrina jurisprudencial relacionada con el Derecho Penal sustantivo para poner de relieve los enormes problemas que la aplicación del principio de interdicción de la doble sanción o valoración, plantea en la aplicación de las normas penales.

El principio “non bis in idem”. La eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada

D. Ignacio Ayala Gómez

Profesor Titular de Derecho Penal de la U.C.M.

Socio de la firma Oliva-Ayala Abogados S.L.P.

Comienzo la exposición haciendo más las reflexiones de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹, cuando refiere que las cuestiones relativas a este principio son muy complejas, de manera que aceptar la prohibición de juzgar o condenar dos veces por el mismo hecho a una misma persona no entraña dificultad, “*pero a partir de ahí cuando se pretende la concreción, comienzan a surgir matizaciones y teorías que enmarañan la cuestión hasta límites insospechados.*”

De entrada, hay que felicitar a los organizadores por la elección de las muy interesantísimas materias de este curso. Ante la amplitud y extensión del contenido del derecho estudiado, he preferido acotar mi aportación a dos cuestiones: reflexionar sobre los fundamentos del mismo y abordar la denominada eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada como una de las manifestaciones del *non bis in idem*. Intentaré contribuir al deshacer el enmarañamiento.

1. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson-Aranzadi, 2ª ed. Pamplona 2007, p. 177. Las dificultades comienzan en el inicial momento de decantarse por la denominación *ne bis in idem* o la de *non bis in idem*. Se puede consultar la polémica en MUÑOZ CLARES, J. *Ne bis in idem y Derecho Penal*, DM, Murcia 2006, p. 25 y ss y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ob. cit., p. 178. Un estudio comparativo entre la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y su influencia en el área hispanoamericana, particularmente en Perú, puede verse en CARO CORIA, D.C. “El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamental de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof. A. Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid 2006, p. 655 y ss.

I. Dualidad de derechos humanos

PÉREZ MANZANO² expone en una interesantísima monografía las razones que, a su juicio, invitan a una revisión del contenido del derecho al *non bis in idem*. Y llama la atención sobre el hecho –constatado– de que tanto la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (TC) como los textos internacionales, imprimen una extensión paulatina del reconocimiento del derecho al *non bis in idem* pero que este genérico reconocimiento provoca la tendencia a incluir la prohibición de doble proceso y de doble sanción en un único derecho fundamental y, por consiguiente, exigiéndose los mismos requisitos en una y otra manifestación.

El análisis de los presupuestos, requisitos y fundamentos del denominado *non bis in idem* formal y material, contrariamente, arroja la conclusión de estar ante dos derechos diferenciados. Se impone la tarea de buscar el fundamento de cada uno de ellos.

I.1. La prohibición de no verse sometido a un doble proceso

No parece que exista discrepancia a la hora de señalar que el principio de seguridad jurídica sancionado en el artículo 9.3 de la CE constituye fundamento de ambas manifestaciones del *non bis in idem*. Desde un inicial momento se indicó que dicho principio “*va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art. 25 de la CE*” (STC 2/1981). Así mismo se ha señalado que la expectativa del ciudadano a obtener una misma respuesta jurídica para una misma cuestión constituye una exigencia del Estado de Derecho de modo que no sea posible la coexistencia de pronunciamientos diferentes (en esta dirección se expresaba la STC 177/1999, FJ 4, al señalar que “*la articulación procedimental del non bis in idem... se orienta, esencialmente, a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio*”). En este sentido la existencia de una contradicción proporciona la certeza de que una de las dos sentencias es injusta y revela una probabilidad igual de injusticia en cada una³. Por ello, y como punto de partida, “*se trata de reconocer que el principio non bis in idem tiene o se proyecta sobre dos grandes prohibiciones... y todas ellas fundadas en el principio de seguridad jurídica*”⁴

2. PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pgs. 55 y ss.

3. Cita de CORDERO, en *Derecho Procesal Penal*, DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros, 8ª ed., Ceura, Madrid, 2007 p. 587.

4. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Ob. cit. p. 20.

Es evidente que para la consecución de dicha seguridad lo primero que se impone es garantizar que las resoluciones judiciales firmes son respetadas y cumplidas. Esta exigencia forma parte del núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión que, a su vez, fundamenta el de la cosa juzgada. Pero para PEREZ MANZANO⁵, reconocer que el derecho a la obtención de tutela es el fundamento del derecho a no verse sometido a un doble enjuiciamiento no implica enlazarlo con la cosa juzgada sino con el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, a través de ella, con el derecho a la tutela judicial efectiva: “*de manera que si es consustancial a la idea misma de Derecho que éste se exprese de forma única e inequívoca, también es un rasgo de la propia iurisdictio que se ejerce una sola vez respecto de un mismo hecho*”⁶. Como quiera que la potestad se ejerce de manera única a través de la dispensa de tutela, la prohibición de doble proceso constituye así manifestación de la esencia misma de la potestad jurisdiccional.

Por lo tanto, y en esta línea de pensamiento, se ha de separar el fundamento de la prohibición y no identificar la manifestación del *non bis in idem* procesal con la cosa juzgada. Esta última se refiere a la efectividad de la tutela judicial mientras que el derecho analizado ha de encontrar su razón última en la propia *esencia* de la potestad jurisdiccional y, a través de ella, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Y, de entrada, esta apreciación conlleva que el derecho analizado se encuadre en el ámbito del artículo 24 de la CE mientras que el derecho al *non bis in idem* material (prohibición de doble sanción) ha de ser vinculado al artículo 25 de la CE. Esta ubicación o identificación conlleva, en una de sus consecuencias, que la invocación del precepto constitucional supuestamente vulnerado en los casos en los que sea preciso denunciar su vulneración (en vía jurisdiccional o en la del recurso extraordinario de amparo constitucional) no es coincidente con el correspondiente al supuesto de lesión del derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos.

En otro sentido, pero anudando el concepto de potestad jurisdiccional al del principio, LEÓN VILLALBA entiende que “*la pieza clave para entender la constitucionalización del principio y generar la plataforma lógica de aplicación de su simple mandato, creo que se encuentra en la integración en un único concepto de la potestad sancionadora de la Administración y de los órganos judiciales penales*”⁷

La opción que se abre es la de encuadrar o conectar el derecho con la garantía

5. PEREZ MANZANO, ob. cit. p. 74.

6. Ibídem p. 70.

7. FRANCISCO JAVIER DE LEÓN VILLALBA. “Sobre el sentido del axioma ne bis in idem” en *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal europeo e internacional*. Luis Arroyo/Adán Nieto Martín. Coordinadores. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007.

de la tutela judicial efectiva y con la potestad jurisdiccional en el artículo 24.1 CE o, por el contrario, engazarlo con el derecho a un proceso justo en el artículo 24.2 CE. En relación con la primera alternativa, la conexión de la prohibición con la cosa juzgada dota a la misma de un contenido formal: impide un segundo proceso cualquiera que sea el resultado del primero (condenatorio o absolutorio). En todo caso, es necesario admitir que en esta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en que se concreta la prohibición de un doble proceso por los mismos hechos, lleva aparejada las consecuencias de que (I) solo encuentra su proyección en el seno de dos procesos jurisdiccionales y (II) consecuentemente, no existirá vulneración del derecho cuando exista un procedimiento sancionador administrativo en marcha concurriendo con uno de naturaleza jurisdiccional penal⁸. Necesariamente, este modelo conlleva la adopción de un criterio cronológico.

Al contrario, si se anuda a la *esencia* de la potestad jurisdiccional, se invierte la naturaleza de su configuración dotándola de un contenido material. Lo cronológico tiene menos importancia y lo que decide es la supremacía del orden penal y el grado de desarrollo del proceso.

1.2. La prohibición de no ser sancionado dos veces por los mismos hechos

Su fundamento deriva de los que sirven de soporte al Estado de Derecho. La construcción en este supuesto es pacífica: la seguridad jurídica como instrumento de la protección de la libertad y de la dignidad de la persona. De acuerdo con LEÓN VILLALBA⁹ “*el non bis in idem no puede ser tratado como un mero instrumento axiológico sin más sino como una de las piezas claves en el nuevo tejido sancionador español*”.

Al tiempo, se conecta con el principio de legalidad sancionado en el artículo 25 de la CE: la previsibilidad de las conductas y sanciones y la proporcionalidad de las respuestas punitivas se erigen en límites a la potestad sancionadora y al *ius puniendi* del Estado. Desde esta perspectiva de vinculación al principio de legalidad también puede afirmarse que la prohibición se anuda al principio de tipicidad de las infracciones¹⁰

II. Los requisitos

Y es lo cierto que la contemplación del derecho analizado, y de acuerdo con lo que se acaba de exponer anteriormente, lleva a advertir su faceta procesal (la

8. Ob. cit. p. 76.

9. Ob. cit. p. 28.

10. En este sentido, PEREZ MANZANO, ob. cit. p. 72.

prohibición de someter a una persona a un doble proceso por los mismos hechos) diferenciada de la material (la prohibición de sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos). Uno de los puntos de partida del análisis es admitir que, aun reunidas, se trata de dos instituciones distintas que reclaman una formulación dogmática separada evitando las disfunciones en la aplicación y reconocimiento del derecho. Tal vez, como advierte la doctrina¹¹, en el actual estado de desarrollo de la cuestión, ha de apuntarse que existe una primacía del fundamento procesal del derecho sobre el material y ello hasta el punto de que el TC (vid. STC 2/1981, de 30 de enero) ha tomado como referencia de su doctrina los requisitos que el antiguo art. 1252 del CC establecía para la apreciación de los efectos de la cosa juzgada. De conformidad con dicha norma, para apreciar tal efecto debía concurrir “*la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron*”.

Sin embargo, cuando se estudia, entre otros, el requisito de la identidad del *hecho* se cae en la cuenta de que en la faceta procesal tal requisito tiene un contenido diferente del que con el mismo *nomen* se exige en la material: en el primero se trata del *mismo objeto del proceso* en el segundo de *la misma infracción*. *Item* más, tampoco son coincidentes los referidos al mismo fundamento.

Desde la perspectiva del *non bis in idem* procesal, la identidad fáctica no puede contemplarse con una óptica naturalista. La identificación del *factum* con un acontecer definido por las coordenadas espacio-temporales (teoría naturalista) constituye una tesis abandonada¹² y, de manera pacífica, se aceptan las tesis normativas que establecen el dicho *factum* a partir de criterios jurídico-normativos. DE LA OLIVA¹³ señala que el concepto asimilable es el del *hecho punible*. Pero, a partir de este postulado, surgen diversas controversias (aquellos matices de los que hablábamos al inicio de la exposición).

De acuerdo con PÉREZ MANZANO¹⁴ cuya construcción seguimos, si el fundamento de la prohibición de doble sanción ha de buscarse en el respeto a los principios de proporcionalidad y previsibilidad que forman parte de las garantías del principio de legalidad en materia penal, es concluyente que no basta la contemplación del hecho como hecho natural. Lo decisivo es la comparación de los supuestos de hecho contemplados en las normas, es

11. PÉREZ MANZANO, ob. cit. p. 57 y TORRES FERNÁNDEZ, MARIA ELENA *El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional*, La Ley 2000-4.

12. PÉREZ MANZANO, ob. cit. p. 90.

13. Ob. cit. p. 569. Coincidente PÉREZ MANZANO, ob. cit. p. 91 y desarrollando una interesante exposición sobre la evolución del concepto en la jurisprudencia y doctrina alemana.

14. Ob. cit. p. 119 y ss.

decir, aquellos sobre los que el legislador ha construido la respuesta penal: los elementos configuradores de la infracción y que sustentan el peso del juicio de desvalor. Los injustos y sus elementos caracterizadores (los fundamentales) son los que se erigen en los presupuestos del elemento fáctico. Por ello puede darse vulneración del principio en relación con la apreciación o aplicación de supuestos o subtipos agravados específicos. Este fue el criterio seguido por el TEDH del caso Oliveira 30 julio 1998¹⁵.

Si debemos entender que el concreto interés jurídico protegido en la norma sancionadora es el fundamento de la sanción, ha de colegirse que el criterio del bien jurídico es decisivo. La razón jurídica concreta de la sanción impuesta se deducirá de los elementos típicos constitutivos de la infracción pues son estos los que representan y sustentan el desvalor específico de la misma, la forma de ataque al bien jurídico. Por lo tanto, la prohibición alcanza no solo a la identidad de hechos sino a la de fundamento: que se trate de la misma infracción.

LEÓN VILLALBA es partidario de una visión o concepto integrador de manera que “*frente al estudio particularizado de la identidad del sujeto, reconducida a la persona del sancionado o sujeto activo de la conducta infractora, de la identidad objetiva o de la realidad jurídica relevante y del fundamento como bien jurídico afectado por tal hecho, una visión integradora de tales elementos ofrece como resultado la necesidad de valorar la existencia de una identidad de injusto en términos generales que permita una mayor apreciación de la relación que se establece entre el contenido del injusto y el merecimiento de pena*”. Y, como consecuencia de dicha postura, se ha de reconducir el análisis hacia el objeto del procedimiento como integrador de esos mismos elementos en el terreno adjetivo, “*el principio supone la prohibición de que una misma pretensión pueda constituir el objeto de varios procedimientos*”¹⁶.

Existirá cosa juzgada penal cuando hay identidad sustancial entre los objetos de dos procesos “lo que significa identidad del hecho punible”¹⁷ y que se concreta en la identidad del hecho y la de persona o personas del acusado o acusados. Como expone DE LA OLIVA¹⁸, el sujeto del hecho punible no siempre es elemento indispensable para su identificación (la del hecho) y, con ello, para la comparación de los objetos del proceso. Y a propósito de esta reflexión de revisión, surgen determinados supuestos que llaman la atención:

15. Vid., además, análisis de la jurisprudencia en “El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, DANIEL SARMIENTO, en *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal europeo e internacional* ob. cit.

16. Ob. cit. p. 32.

17. *Ibidem* p. 571.

18. *Ibidem* p. 572 y ss.

En primer lugar, ¿alcanza la excepción de cosa juzgada a quien ha sido sometido a una investigación en el seno de unas diligencias previas o sumario y frente a quien, posteriormente, no se concreta acusación alguna? Para el caso de que no se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre (con efectos de cosa juzgada) frente al mismo y su conducta, ¿es posible someterle a un nuevo proceso por razón de que no llegó a ser técnicamente imputado?

Obsérvese que entre los fundamentos del *non bis in idem* se alude e invoca el principio de la seguridad jurídica y que, en definitiva, es una garantía frente al poder punitivo del Estado. Que este Estado pueda llevar indefinidamente a un ciudadano al proceso si no ha sido imputado judicialmente parece que repugna a la conciencia jurídica más elemental. De acuerdo con DE LA OLIVA, estas inconsecuencias son el resultado de la inexistencia de una resolución judicial de exoneración personal definitiva y de que el derecho positivo español no determina con claridad cuál es el concepto de cosa juzgada, ¿se trata de impedir que se juzgue más de una vez a una misma persona o de que el mismo hecho no sea objeto de diversos y plurales enjuiciamientos?

Una aportación interesante del referido autor es la que propugna que la función negativa de la cosa juzgada (impidiendo un segundo proceso) puede prescindir del requisito de la identidad del sujeto cuando no es elemento necesario para la identificación del hecho punible¹⁹. Empero, resulta discutible si en tales supuestos, el sometimiento del justiciable a un nuevo proceso más que una lesión del derecho al *non bis in idem* implica una vulneración del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva al no haberse apreciado los efectos de la cosa juzgada²⁰.

III. La cosa juzgada penal

Como señala DE LA OLIVA²¹, “*la cosa juzgada persigue el non bis in idem*”. No identificándose necesariamente con la misma, ha de analizarse cómo despliega su eficacia en la dirección de preordenación a la satisfacción del derecho. Y lo primero que ha de señalarse es que, a diferencia del principio *non bis in idem*, los efectos

de la cosa juzgada —o *res iudicata*— tienen explícito reconocimiento legal²²: así, los artículos 666 y 786.2 de la LECrim establecen en qué momento procesal puede invocarse —sin perjuicio de la facultad de hacerlo en otros— la excepción de cosa juzgada²³. Volviendo al planteamiento anunciado indicaremos que como expresión de los efectos que despliega la cosa juzgada penal se alude a la función negativa y a la eficacia positiva o prejudicial.

Desde la primera (la función negativa) la cosa juzgada penal persigue la exclusión de un segundo proceso o de una segunda sentencia sobre el fondo cuando se produce una identidad de objeto del proceso. Surgen las primeras dificultades de interpretación al abordar la cuestión referida a la identificación del objeto del proceso (identidad de hecho). Y la primera que emerge es, según hemos visto, que este hecho no se identifica con arreglo a los mismos parámetros al hablar de su identidad como fundamento del derecho a no verse sometido a un doble proceso y al de no ser sujeto pasivo de una doble sanción.

Sin embargo, una visión integradora nos lleva a formular que, finalmente, si el objeto del proceso viene determinado por el hecho punible y el de la prohibición de la imposición de doble sanción encuentra su fundamento en la concurrencia de una misma razón jurídica extraída a partir de los elementos configuradores del injusto penal, no debiera existir problema o reparo en admitir que es esta última acepción la que permite identificar tanto uno como otro sustrato material. En definitiva, entre la identificación del hecho punible y su configuración a partir de los elementos de su tipicidad en uno y otro momento no puede existir diferencia. Mejor, no debe.

La pretendida eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada es puesta en entredicho. La doctrina científica —y de su mano la jurisprudencia— no participa de una visión pacífica de este efecto. En definitiva, se suscita la controversia en relación a la eficacia que un pronunciamiento penal tiene frente a otro enjuiciamiento posterior en el cual el objeto del proceso guarda conexidad en términos de participar de una misma razón jurídica con el primero.

Y la cuestión más importante que a mi juicio se ofrece al estudioso es la relativa a la existencia de pronunciamientos firmes que determinan la inexistencia del hecho

19. El autor hace referencia a supuestos en los que el proceso culmina mediante un pronunciamiento absolutorio en el que se afirma la atipicidad del comportamiento. Claro está que, en estos casos, la ausencia de uno de los elementos del tipo objetivo del injusto (v.gr. la ausencia de nexo causal) determinada judicialmente debiera impedir un nuevo enjuiciamiento *del mismo hecho* prescindiendo de las concretas personas a las que pretenda atribuirse.

20. Postura mantenida por PÉREZ MANZANO, ob. cit. p. 125.

21. Ob. cit. p. 570.

22. El Anteproyecto de la CE contenía en su art. 9 la referencia a la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos que luego desapareció. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 162, alude a que la supresión del Anteproyecto tuvo que ver con la discusión de la potestad sancionadora y disciplinaria de la Administración.

23. El único cuerpo legal que define la cosa juzgada penal es el artículo 3 de la Ley Procesal Militar (L.O. 2/1989, de 13 de abril) conforme al cual “no se procederá penalmente contra persona alguna por hechos por los que ya hubiera sido juzgada en un proceso penal anterior, en el que haya recaído sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento libre o definitivo”.

punible por concurrir una causa objetiva y su eficacia positiva o prejudicial frente a otro proceso ulterior que pueda dirigirse bien contra la misma persona o frente a otras (v.gr. en supuestos de enjuiciamientos separados en el tiempo de delitos conexos o continuados). ¿Existe alguna fuerza vinculante derivada de la cosa juzgada cuando, v.gr. se pronuncia en un fallo absolutorio que el hecho es atípico y ello en relación a otro proceso en el que se somete a investigación a un tercero a título de partícipe?

Creo que este caso es contrario a la cuestión relativa a si se otorga o no eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada penal en los supuestos de fallos condenatorios en relación a (v.gr.) delitos conexos o continuados cuando otros justiciables –o la misma persona– se ven sometidos a un nuevo proceso. Es evidente que en estos casos puede negarse –debe hacerse– tal eficacia a fin de que los derechos fundamentales a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia se vean amparados y puedan ser eficaces frente a la nueva pretensión punitiva²⁴.

El problema se plantea, pues, con los fallos absolutorios si, posteriormente, se inaugura un proceso en el que el contenido de dicho pronunciamiento guarda íntima y decisiva relación con la pretensión procesal y el ejercicio de la potestad punitiva. Y sin perjuicio de resaltar que corresponde al derecho positivo establecer las consecuencias y eficacia de la cosa juzgada, y de acuerdo con la propuesta de DE LA OLIVA²⁵, las normas que en tal sentido se dictasen podrían contemplar “*la eficacia prejudicial para la declaración de inexistencia o de extinción de la responsabilidad por una causa objetiva o incluso la eficacia prejudicial de ciertas sentencias en lo favorable para el acusado del segundo proceso.*”

Piénsese, a modo de referente, que en la cultura anglosajona no es posible que el Acusador Público plantee un recurso contra las sentencias absolutorias pues no es revisable el pronunciamiento que exonera de responsabilidad al acusado ya que ello se interpreta como el sometimiento a un nuevo proceso²⁶. Parecidamente nuestro TC ha desarrollado una doctrina *limitadora* del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras frente a los fallos absolutorios. Así en las SSTC 215/1999 (citando las anteriores SSTC 116/1997, 218/1997, 138/1999) y 21/2000, se sienta la doctrina conforme a la cual la revisión constitucional de las sentencias y resoluciones absolutorias (autos de sobreseimiento o de archivo de la querrela) tiene como finalidad constatar si la decisión del órgano judicial se ha llevado a cabo en un auténtico proceso y con observancia del respeto a las garantías pero no lleva

24. Vid. DE LA OLIVA, ob.cit. p. 586 y ss.

25. Ob. cit. p. 586.

26. Vid sobre este aspecto “Ne bis in idem en el Derecho Penal internacional. Muchas preguntas a segunda vista”. Helmut Satzger, Julia Kayser, en *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal europeo e internacional*. Ob. cit.

a anular la decisión firme absolutoria pues ello podría suponer, sobre quien ha sido absuelto, la carga de un nuevo enjuiciamiento incompatible con la Constitución.

Planteado el problema en estos términos, y en lo que toca a la eficacia positiva de la cosa juzgada que nos ocupa, es evidente que la existencia de ese pronunciamiento anterior del que se desprende un efecto favorable para el acusado en el segundo proceso incide –si nos decantamos por afirmar dicha eficacia– en el ámbito del derecho al *non bis in idem* en su contenido procesal. Es evidente que con la apertura del nuevo proceso se estaría produciendo la lesión del *non bis in idem* (en este sentido la STC 152/1001, de 2 de julio que sitúa la lesión hipotética del derecho en el arranque de los procesos) y, claro está, los efectos de la cosa juzgada se predicarían del primero de los fallos.

En este sentido podríamos traer a colación la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto GASPARINI (28 de septiembre de 2006)²⁷. En ella el Tribunal sanciona que el pronunciamiento recaído en un Tribunal (en este caso portugués) decretando la prescripción del delito adquiere efectos de cosa juzgada material impidiendo la continuación del proceso en España por los mismos hechos. En este caso parece clara la solución dado que, efectivamente, el fallo se articuló partiendo de la identidad de los presupuestos fácticos en ambos procesos. Evidentemente la controversia surge en otros supuestos.

La cuestión que se antoja más espinosa es si puede un Tribunal revisar la apreciación sobre los hechos realizado por otro. Según establece la STC de 28 enero 2002 “la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en sentencia firme; como en su aspecto positivo o prejudicial impidiendo que los tribunales, en un proceso entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza”.

Supongamos el ejemplo de un supuesto delito de estafa en el que A, B y C son juzgados produciéndose un primer pronunciamiento absolutorio en el que se indica que el perjuicio patrimonial causado a la víctima X fue debido a una crisis empresarial en la que se vio envuelta la promotora y constructora de las viviendas. Pasados los años, se abre un nuevo proceso en el que el resto de los adquirentes de las viviendas de las mismas promociones imputan un delito

27. Asunto C-467/04 planteado por la Audiencia Provincial de Málaga. Diario Oficial de la Comunidad Europea de 2 de diciembre de 2006.

de estafa continuado a A, B y C si bien, atribuyendo una conducta diferente (en suma, el engaño era configurado de manera distinta en uno y otro procedimiento) y culminando el mismo con una sentencia condenatoria²⁸.

¿Qué valor ha de otorgarse al primer pronunciamiento judicial que entendió que el perjuicio patrimonial fue generado por una crisis empresarial ajena a las conductas de los acusados?, ¿es posible –sin merma de los derechos fundamentales de los justiciables– que se pronuncie una conclusión diferente? Es preciso señalar que enfocada la cuestión desde la perspectiva de los requisitos exigidos por el TC y la jurisprudencia para apreciar el *bis in idem* existe una circunstancia que impediría la estimación de la excepción de cosa juzgada o de la prohibición de doble condena: siendo idénticos los sujetos acusados no lo son ni los acusadores ni los hechos (cada adquisición de vivienda es diferente) ni, tampoco, la modalidad de conducta (engaños recayentes sobre extremos de la realidad diferentes). Sin embargo, siendo exigencia del tipo que el perjuicio patrimonial sea objetivamente imputable a la conducta (engaño bastante) y habiéndose sancionado que el mismo (la imposibilidad de entregar las viviendas o la devolución del dinero entregado a cuenta) fue generado por una crisis empresarial desvinculada históricamente con las conductas (suceso *ex post*), podría concluirse de acuerdo con lo señalado *supra* que, por un lado, existe identidad de fundamento y, por otro, que se ha producido uno de los efectos nocivos y lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva: un mismo hecho es y deja de ser para dos órganos judiciales.

Es patente que desde la perspectiva del análisis del *non bis in idem* material (interdicción de doble sanción por los mismos hechos) en relación a los delitos continuados la primera absolución no entra en colisión con la sentencia condenatoria. Empero desde la perspectiva del *bis in idem* procesal o formal (interdicción de doble proceso por los mismos hechos) si se conecta con la eficacia de la tutela judicial (cosa juzgada) la vulneración podría haberse producido si se entendiera que el hecho punible ya fue objeto de enjuiciamiento y absolución al decretarse la ausencia de un elemento objetivo del tipo de injusto atribuido a los acusados.

También lo es que en el supuesto hipotético contrario (condena en el primer caso) la puesta en juego de los derechos de A, B y C a la defensa y al proceso constitucionalmente justo y debido podría dar como resultado una sentencia absolutoria al no quedar vinculado el segundo Tribunal (en el tiempo) por las apreciaciones condenatorias del primero.

28. Supuesto contemplado en la Sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de 11 de mayo de 2006 posteriormente confirmada por la del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007.

Este análisis nos lleva a concluir en el sentido apuntado: a pesar del tratamiento unificado y globalizador de ambas manifestaciones del *non bis in idem*, puede afirmarse la coexistencia de dos derechos autónomos cuyos fundamentos son diferentes y cuyos efectos también lo son. Al mismo tiempo, y ante las disfunciones que pueden generarse, se impone otra conclusión, expresada por DE LA OLIVA, cual es la necesidad una revisión de los criterios tenidos en cuenta por el TC a propósito de los efectos positivos de la misma a fin de dotar de un contenido fundamentado en criterios jurídicos y alejado del mero expediente de recurrir al “sentido común”²⁹.

29. Ob. cit. p. 589 y ss. Plantea el autor, revisando la doctrina del TC, que debería pronunciarse sobre la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los fundamentos del fallo y a la admisibilidad de una cosa juzgada *secundum eventum litis*. Desde una perspectiva de derecho internacional, IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ propone modificar la LECrim. a fin de introducir una causa de sobreseimiento que derive del hecho de que otro Tribunal de un Estado de la UE le haya sido asignada la competencia o jurisdicción (“Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la Unión Europea”, en *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal europeo e internacional*. Ob. cit.).



Capítulo VIII

Blanqueo de capitales

Miércoles, 25 de junio de 2008

Moderadora:

Dña. M^a Carmen Rodríguez Rubio

Prof^a. Titular (i) de Derecho Procesal

Universidad Rey Juan Carlos

Aspectos legales de la prevención del blanqueo de capitales

D. Javier Alberto Zaragoza Aguado

Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional

I. Regulación positiva del blanqueo de capitales en el Derecho español. Planteamiento general

Es comúnmente aceptado que una estrategia global contra el blanqueo de capitales de origen ilícito requiere un marco normativo apropiado en dos vertientes, radicalmente distintas pero complementarias entre sí: por un lado, en la persecución penal de estas conductas y en el decomiso del producto derivado de esas ilícitas actividades con el objetivo de conseguir la desarticulación de las organizaciones criminales, el enjuiciamiento y castigo de sus miembros, y la privación de sus ganancias y beneficios (aspecto represivo o penal); y por otro lado, en el aumento de los niveles de transparencia y de control en el sistema económico y financiero con la finalidad de reducir la vulnerabilidad del propio sistema y de impedir su utilización en el desarrollo de esta actividad (aspecto preventivo o administrativo).

I.1. Legislación penal

La normativa básica está constituida por el Código Penal aprobado por ley orgánica 10/95 de 23 de Noviembre, que ha refundido en un solo artículo -el 301- toda una pluralidad de comportamientos delictivos que en el texto punitivo anterior eran descritos y sancionados de forma separada en diversos preceptos y hasta en diferentes títulos [arts. 344 bis h) a 344 bis j) como delitos contra la salud pública dentro del título dedicado a los delitos de riesgo, y 546 bis f) como delito de receptación especial en el título de los delitos contra la propiedad].

Las leyes orgánicas 1/88 de 24 de Marzo (que incorporó el art. 546 bis.f) y 8/92 de 23 de Diciembre (que introdujo los arts. 344 bis.h a 344 bis.j) limitaron las conductas de blanqueo a los bienes cuya procedencia fuera el tráfico ilegal de drogas. El Código Penal vigente, ya en su primitiva redacción, amplió considerablemente el ámbito de los actos punibles al establecer como hecho ilícito

antecedente toda infracción criminal grave, y finalmente la reforma efectuada por ley orgánica 15/2003 ha ido todavía más lejos al incluir como delito subyacente en el art. 301 cualquier delito.

Las líneas fundamentales que inspiran en la actualidad la regulación del Código Penal –tras la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003- son, en síntesis, las siguientes:

- a) El bien jurídico protegido de manera inmediata no es otro que el orden socioeconómico.
- b) Se amplía el tipo penal para incluir cualquier conducta de blanqueo de bienes que tengan su origen en un delito.
- c) Se incluye una figura culposa o imprudente (referida a la imprudencia grave-art. 301.3).
- d) La sujeción de tales conductas al principio de universalidad en su persecución y castigo (tanto si la actividad criminal antecedente como la propia infracción criminal de blanqueo se ejecutan total o parcialmente fuera del territorio nacional).

La regulación penal se contiene en los arts. 301 a 304, dentro del capítulo XIV dedicado a la receptación y otras conductas afines, en el título XIII de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

El art. 301 incluye el tipo básico u ordinario, la agravación específica del origen de los bienes para los casos en que sea el tráfico ilegal de drogas, la conducta imprudente y la regla especial antes mencionada que permite su investigación y enjuiciamiento sin sujeción al principio de territorialidad.

El art. 302 define los subtipos agravados de pertenencia a una organización dedicada a tales fines y el ejercicio de funciones de dirección o administración dentro de ellas, estableciendo adicionalmente penas de privativas de derechos y consecuencias accesorias para las personas jurídicas.

El art. 303 establece penas de privación de derechos para los casos en que el sujeto activo desempeñe determinados cargos, profesiones u oficios.

El art. 304 sanciona los actos preparatorios definidos como tales en la parte general del Código Penal.

I.2. Legislación administrativa

Está constituida por la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 925/95 de 9 de Junio, aunque ambas disposiciones

han sido objeto de recientes modificaciones: la primera por la ley 19/2003 de 4 de Julio, y el segundo por el Real Decreto 54/2005 de 21 de Enero.

A tenor del art. 1.2 de la ley 19/93 de 28 de Diciembre y del Reglamento que la desarrolla se entenderá por blanqueo de capitales "la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado". Una definición ésta que encaja perfectamente con la contenida en el art. 1 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 91/308/CEE de 10-6-91 sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales y con la descripción típica de la legislación penal¹.

No obstante, debe indicarse que el ámbito de aplicación de la normativa administrativa dirigida a prevenir el uso del sistema financiero en las actividades de blanqueo de capitales ha experimentado también alguna modificación sustancial.

Mientras la legislación original de prevención (art. 1.1 de la ley 19/93 y del Reglamento que la desarrolla) refería la aplicación de todo el sistema preventivo

-
1. La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 describe en su art. 3 las conductas constitutivas de blanqueo de capitales, distinguiendo entre aquéllas que obligatoriamente deben ser incorporadas a los ordenamientos penales nacionales y aquéllas otras cuya tipificación penal es facultativa.

En el primer grupo, el art. 3-1-b) incluye las siguientes acciones:

1. La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a), o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
2. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En el segundo grupo, el art. 3.1.c) incluye la conducta consistente en la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos. En idénticos términos definen el blanqueo el artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y el art. 6 del Convenio del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos del delito.

al blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas relacionadas con el tráfico ilegal de drogas, con las organizaciones terroristas y con la delincuencia organizada, la reforma impuesta por la Disposición Adicional Primera de la ley 19/2003 y el Real Decreto 54/2005 ha ampliado su ámbito de aplicación al blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a 3 años.

También ha sido objeto de ampliación el catálogo de sujetos obligados en nuestra legislación interna, para adaptarla a las Recomendaciones del G.A.F.I. y a las previsiones de las Directivas Comunitarias sobre la materia (1ª Directiva 91/308/CEE de 10-6-91, 2ª Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001, y 3ª Directiva 2005/60/CE de 26-10-2005 que extiende el sistema preventivo a la financiación del terrorismo).

El art. 2 de la ley 19/93 incluía como sujetos obligados a las entidades financieras tradicionales (entidades de crédito, entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, sociedades y agencias de valores, instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones, sociedades gestoras de cartera, sociedades emisoras de tarjetas de crédito), a las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, y a las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales (casinos de juego, actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles, y las que se determinen reglamentariamente en atención a la utilización habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, al emplazamiento de los establecimientos o a otras circunstancias relevantes). Así, el art. 2.2 del Reglamento de 1995 incorporó expresamente como sujetos obligados otras actividades profesionales o empresariales: comercio de joyas, piedras y metales preciosos; comercio de objetos de arte y antigüedades; y actividades de inversión filatélica y numismática.

La ley 19/2003 y el Real Decreto 54/2005 han añadido al art. 2 de la ley y al art. 2 del Reglamento otras categorías de personas físicas o jurídicas:

* Las que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales

* Los notarios, abogados y procuradores cuando:

- 1º Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorro o cuentas de valores; la organización de las aportaciones

necesarias para la creación, el funcionamiento y la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (trust), sociedades o estructuras análogas, o

2º Actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

- * Las actividades de transporte profesional de fondos o medios de pago.
- * Las actividades de giro o transferencia internacional realizadas por los servicios postales.
- * La comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios.
- * Las que realicen movimientos de medios de pago por importe superior a 6.000 euros (en los casos de entrada o salida del territorio nacional) o a 80.500 euros (en los casos de movimientos en el interior), que estarán sujetos a la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos, a excepción de las personas jurídicas que desarrollen profesionalmente actividades de transporte de fondos o medios de pago.

En el ámbito de la financiación del terrorismo, el art. 4 de la ley 12/2003 incluye como personas y entidades obligadas a las Administraciones públicas, las entidades de crédito y de seguros, las empresas de servicios de inversión, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los establecimientos de cambio de moneda extranjera, las entidades emisoras de dinero electrónico, las entidades gestoras de fondos de pensiones y las demás entidades y personas a las que se refiere el art. 2 de la ley 19/93.

II. Coordinación entre medidas administrativas y penales

Esa misma dicotomía de normas que acabamos de mencionar, unas penales y otras administrativas, no ha contribuido positivamente a la coherencia del sistema y ha generado problemas interpretativos importantes por los diferentes ámbitos de aplicación que unas y otras han tenido en algunos momentos, lo que pone de relieve antes y ahora una indudable descoordinación legislativa.

El blanqueo de capitales nace como conducta punible penalmente con la ley orgánica 1/88 de 24 de Marzo de reforma del Código Penal mediante la adición del art. 546 bis f), pero limitando el origen criminal de los bienes a los actos delictivos de tráfico ilegal de drogas previstos y definidos en los arts. 344, 344 bis a) y 344 bis b). La situación apenas cambió con la ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre que incorporó los arts. 344 bis h) a bis j) limitando igualmente la procedencia delictiva de los bienes a los actos de tráfico ilegal de drogas.

Sin embargo, la ley 19/93 de 28 de Diciembre de medidas de prevención del blanqueo de capitales extendió la aplicación de las mismas a todas aquellas actividades de blanqueo vinculadas con el tráfico ilegal de drogas (en ese momento las únicas sancionables penalmente de manera expresa), con las organizaciones terroristas y con las organizaciones criminales (bien es cierto que tales actividades podían ser consideradas delictivas en estos dos últimos casos en tanto tuvieran encaje normativo como actos de colaboración).

El Código Penal de 1995 al regular el delito de blanqueo de capitales en los arts. 301 y siguientes amplió el origen criminal para incluir como actividad antecedente generadora de los bienes cualquier delito grave; no obstante, el sistema administrativo de prevención siguió limitando su aplicación a las actividades de blanqueo vinculadas con el narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia organizada, hasta que la ley 19/2003 –que entró en vigor el 6-7-2003- volvió a extender la aplicación de la normativa preventiva al blanqueo de capitales vinculado con delitos sancionados con pena superior a 3 años de prisión (en aquellos instantes el umbral punitivo que delimitaba los delitos graves).

Tras un breve período de armonía de ambos sistemas normativos, la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre de reforma del Código Penal, cuya vigencia comenzó el 1-10-2004, rompió nuevamente ese delicado equilibrio jurídico de normas penales y administrativas al configurar un tipo penal de blanqueo más amplio en el que la procedencia de los bienes se vincula con cualquier delito sea o no grave. Al haberse modificado en esta última reforma el límite punitivo que diferencia los delitos graves de los menos graves, que se ha situado en 5 años de prisión, la legislación administrativa de prevención será aplicable consecuentemente a todas las actividades de blanqueo relacionadas con delitos graves y con delitos menos graves con penas superiores a 3 años de prisión.

III. La prevención del blanqueo mediante el Derecho administrativo: la ley 19/93 y su desarrollo reglamentario mediante Real Decreto 925/1995; otras disposiciones de carácter gubernativo

El sistema de prevención del blanqueo de capitales diseñado por el ordenamiento jurídico español se sustenta en dos soportes básicos: una estructura orgánica encargada del cumplimiento de las leyes de prevención del blanqueo y una normativa reguladora de las obligaciones que deben cumplirse para impedir la utilización del sistema financiero a tan ilícitos fines.

III.1. Estructura orgánica

Está constituida por unos órganos de la Administración -la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y el Servicio Ejecutivo (SEPBLAC)- encargados del cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, y en particular el segundo de ellos, como órgano operativo de apoyo, del control y examen de las informaciones procedentes de los sujetos obligados antes citados sobre supuestas operaciones de blanqueo de capitales, como paso previo a su transmisión a las autoridades policiales y/o judiciales.

La aprobación por el G.A.F.I. en Octubre de 2001 de las 8 Recomendaciones Especiales contra la financiación del terrorismo (y la 9ª en el 2002) y la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han propiciado la configuración de un nuevo órgano -la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo- creado por la ley 12/2003 de 21 de Mayo sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, que tiene asignadas en este específico ámbito las funciones que la Comisión de Prevención ejerce con carácter general en relación con el blanqueo de capitales.

III.1.a). La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales.

Aparece regulada en los arts. 13, 14 y 15 de la ley 19/93 y en los arts. 19 a 26 del Reglamento que la desarrolla.

Se trata de un órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Economía que puede actuar en Pleno (cuya composición se determina en el art. 20 del Reglamento) o a través de un Comité Permanente (cuya composición se establece en el art. 21 del Reglamento), y que dispone de dos órganos de apoyo: la Secretaría de la Comisión que es ejercida por la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales (art. 23 del Reglamento); y el Servicio Ejecutivo (art. 24 del Reglamento).

El art. 13.2 de la ley atribuye a la Comisión las siguientes funciones:

- a) La dirección e impulso de las actividades de prevención de la utilización del sistema financiero o de empresas de otra naturaleza para el blanqueo de capitales.
- b) Colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad coordinando las actividades de investigación y prevención llevadas a cabo por los restantes órganos de las Administraciones Públicas con competencias en la materia.

- c) Servir de cauce de colaboración en dicha materia entre la Administración Pública y las organizaciones representativas de las entidades financieras y demás empresas sujetas a la presente ley.
- d) Garantizar el más eficaz auxilio en estas materias a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial.
- e) Informar los proyectos de disposiciones que regulen aspectos relacionados con la presente ley.
- f) Elevar al Ministro de Economía y Hacienda las propuestas de sanción cuya adopción corresponda a éste o al Consejo de Ministros.
- g) Las demás funciones que le atribuyan las disposiciones legales vigentes.

III.1.b). La Comisión de Vigilancia de las Actividades de Financiación del Terrorismo.

Se trata de un órgano creado por el art. 9 de la ley 12/2003 que está adscrito al Ministerio del Interior y que tiene como brazo operativo de apoyo al SEPBLAC. Al amparo del art. 2 de la ley 12/2003 se le atribuyen unas facultades ciertamente excepcionales:

- Acordar el bloqueo de los saldos, cuentas y posiciones, incluidos los bienes depositados en cajas de seguridad, abiertas por personas o entidades vinculadas a organizaciones terroristas.
- Acordar la prohibición de la apertura de nuevas cuentas.
- Acordar el bloqueo del efectivo, valores y demás instrumentos provenientes de transacciones u operaciones financieras que el ordenante o el beneficiario, directamente o a través de persona interpuesta, hubiera realizado con motivo u ocasión de la perpetración de actividades terroristas o para contribuir a los fines u objetivos perseguidos por los grupos u organizaciones terroristas.

Estas medidas pueden ser adoptadas por un período de tiempo no superior a 6 meses, que podrá prolongarse con autorización judicial, salvo que se fundamenten en una disposición o resolución adoptadas por el órgano competente de la Unión Europea o de cualquier organización internacional de las que España sea parte, en cuyo caso la duración será la que se determine en dicha resolución.

Los recursos contra los acuerdos de la Comisión y las prórrogas de la vigencia de las medidas que aquella adopte son competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

III.2. Marco jurídico regulador de las obligaciones impuestas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de los efectos derivados de su incumplimiento

III.2.a). Obligaciones establecidas por la legislación de prevención del blanqueo de capitales.

Aparecen reguladas en el art. 3 de la ley y en los arts. 3 a 16 del Reglamento:

- 1ª Identificación de los clientes (art. 3.1 de la ley). Se concreta a través de los siguientes parámetros:
 - Exigir la presentación de documento acreditativo al entablar relaciones de negocio o pretender la realización de operaciones.
 - Recabar información para conocer la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente y comprobar razonablemente la veracidad de dicha información.
 - Recabar la información precisa para conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales se actúa cuando existan indicios o certeza de que el cliente no actúa por cuenta propia.
 - No es necesaria la obligación de identificación cuando los clientes sean instituciones financieras domiciliadas en el ámbito de la Unión Europea o en aquellos terceros Estados que determine la Comisión, y en los casos que se determinen reglamentariamente².
- 2ª Examen de cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar vinculada al blanqueo de capitales, con especial atención a toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente, reseñando por escrito los resultados del examen (art. 3.2 de la ley)³.

2. El art. 4 del Reglamento exceptúa la obligación de identificación en los siguientes casos: operaciones con clientes no habituales cuyo importe no supere los 3.000 euros o su contravalor en divisas, salvo las transferencias en las que será preceptiva la identificación del ordenante y cuando se aprecie que los clientes fraccionan la operación en varias para eludir el deber de identificación; planes de pensiones o contratos de seguro de vida en las condiciones establecidas por los apartados b), c) y d) del art. 4.2 del referido Reglamento.

3. El art. 5.2 del Reglamento incluye como operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas al blanqueo de capitales: a) cuando la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se corresponda con su actividad o antecedentes operativos; b) cuando una misma cuenta, sin causa que lo justifique, venga siendo abonada mediante ingresos en efectivo por un número elevado de personas o reciba múltiples ingresos en efectivo de la misma persona; c)

- 3ª Conservación durante un período mínimo de 5 años de los documentos que acrediten la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos (art. 3.3 de la ley). El plazo de conservación se ha fijado en 6 años conforme al art. 6 del Reglamento.
- 4ª Colaboración con el Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales facilitándole la información que éste requiera, y comunicándole por iniciativa propia cualquier operación en la que existan indicios o certeza de estar relacionada con el blanqueo de capitales, incluyendo las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes siempre que no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la ejecución de tales operaciones, así como aquellas que reglamentariamente se determinen (art. 3.4 de la ley)⁴.

los movimientos con origen o destino en cuentas ubicadas en territorios o países a que se refiere el art. 7.2.b); d) las transferencias que reciban o en las que intervengan en las que no se contenga la identidad del ordenante o el número de la cuenta origen de la transferencia; e) los tipos de operaciones complejas, inusuales o que no tengan un propósito económico o lícito aparente que establezca la Comisión.

La Instrucción de 10-12-99 relativa a Notarios y Registradores contiene una relación de actos y contratos que se consideran susceptibles de estar particularmente vinculados con el blanqueo de capitales de los que deben informar obligatoriamente al Servicio Ejecutivo, estableciendo para la correcta apreciación de estas operaciones dos criterios básicos: el de conocimiento del cliente (con especial atención a clientes no habituales o desconocidos) y el de la importancia económica de la operación, por encima de 5.000.000 pts. como regla general o de 50.000.000 pts. en algunos casos.

4. Se establece la comunicación automática de tres tipos de operaciones (art. 7.2 del Reglamento):
 - Las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera, salvo que se produzcan en la cuenta de un cliente; no obstante, cuando los sujetos obligados ejerzan actividades de cambio de moneda o de gestión de transferencias deberán comunicarlas cuando su importe sea superior a 3.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
 - Las operaciones con o de personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de éstas, en territorios o países designados a estos efectos mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda (paraísos fiscales), así como las operaciones que impliquen transferencias de fondos a o desde dichos territorios o países, cualquiera que sea la residencia de las personas intervinientes cuando el importe sea superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
 - Cualesquiera otras que, a propuesta de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, se recojan en las disposiciones de aplicación del presente Reglamento.

No obstante, esta obligación de comunicación no será de aplicación cuando por tratarse de operaciones relativas a clientes habituales y respecto de los que los sujetos obligados

No obstante, esta obligación de colaboración (en su doble vertiente de comunicación e información en los términos expuestos) tiene dos importantes limitaciones:

- El deber de secreto profesional que están obligados a guardar los abogados y procuradores conforme a la legislación vigente
 - Los notarios, abogados, procuradores, auditores, contables externos y asesores fiscales no están sujetos a tal obligación con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar al mismo en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.
- 5ª Abstenerse de ejecutar cualquier operación de las señaladas en la letra a) del apartado 4 sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en dicho apartado (art. 3.5 de la ley). El deber de abstención se limita exclusivamente a las operaciones sospechosas en los términos previstos por el art. 7.1 del Reglamento, aunque cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de la operación, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo efectuando la comunicación inmediatamente después de su ejecución.
- 6ª No revelar ni al cliente ni a terceros que se han transmitido informaciones al Servicio Ejecutivo o que se está examinando alguna operación por si pudiera estar vinculada al blanqueo de capitales (art. 3.6 de la ley).
- 7ª Establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, cuya idoneidad será supervisada por el Servicio Ejecutivo, el cual podrá proponer las medidas correctoras oportunas; en particular, los sujetos obligados establecerán una política expresa de admisión de clientes (art. 3.7 de la ley)
- 8ª Adoptar las medidas oportunas para que los empleados de la entidad tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta ley, incluyendo planes

conozcan suficientemente la licitud de sus actividades pueda descartarse su relación con el blanqueo de capitales (art.7.3 del Reglamento).

La Disposición transitoria única del Real Decreto 54/2005 establece la vigencia provisional de la lista de paraísos fiscales comprendida en el Real Decreto 1080/1991 de 5 de Julio y en la Orden del Ministerio de Economía de 24-10-2002.

de formación y cursos para empleados que les capaciten para detectar operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales y para conocer la manera de proceder en estos casos (art. 3.8 de la ley).

- 9ª Declarar el origen, destino y tenencia de los fondos en los supuestos señalados en el art. 2.4 de esta ley (art. 3.9 de la ley).

III.2.b). Responsabilidad penal y administrativa derivada del incumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco normativo de prevención del blanqueo

Es obvio que el incumplimiento de las obligaciones que acabamos de mencionar genera responsabilidad en diferentes ámbitos: en el ámbito administrativo cuando se incumplen los deberes y obligaciones normativamente reconocidos en la legislación de prevención del blanqueo para los sujetos obligados y para los directivos o administradores de los mismos cuando la infracción sea debida a conducta dolosa o negligente; y en el ámbito penal cuando el incumplimiento de las obligaciones sea un elemento determinante en la construcción del delito de blanqueo de capitales, tanto en su forma dolosa como culposa (para los empleados, directivos y administradores).

III.2.b).i). Responsabilidad administrativa

La legislación de prevención del blanqueo articula un sistema sancionador en dos niveles: por una parte, para la entidad (persona jurídica) obligada y, por otra parte, para quienes ejerzan en ella cargos de administración o dirección cuando la infracción les sea imputable por su conducta dolosa o negligente. El régimen administrativo sancionador se regula en el capítulo II de la ley 19/93 y en el capítulo III del Reglamento que la desarrolla.

1. Incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores. A tenor del art. 12.1 de la ley corresponde en todo caso a la Secretaría de la Comisión.
2. Imposición de sanciones (art. 12 de la ley). Las competencias se diversifican en diferentes órganos según la naturaleza de la sanción:
 - El Consejo de Ministros para las infracciones muy graves a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda.
 - El Ministro de Economía y Hacienda para las infracciones graves a propuesta de la Comisión.
 - El Presidente del Comité Permanente de la Comisión previo informe del Servicio Ejecutivo para las infracciones graves derivadas del incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado 9 del art. 3 de la ley.

3. Clases de infracciones. A tenor del art. 5 de la ley se distinguen dos tipos de infracciones: graves y muy graves.

Se consideran infracciones muy graves:

- a) El incumplimiento de la obligación de confidencialidad prevista en el art. 3.6 de la ley.
- b) El incumplimiento del deber de comunicar aquellos supuestos específicos que reglamentariamente se determinen según lo previsto en el art. 3.4.a).
- c) El incumplimiento injustificado por el sujeto obligado del deber de comunicación previsto en el art. 3.4.a) cuando algún directivo o empleado de la entidad obligada hubiera puesto de manifiesto a los órganos de control interno de ésta la existencia de indicios o la certeza de que un eco u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales.
- d) La negativa o resistencia a proporcionar una información concreta solicitada por el Servicio Ejecutivo mediante requerimiento escrito según lo previsto en el art. 3.4.b).
- e) Las tipificadas como graves, cuando durante los 5 años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito de los recogidos en el art. 344 bis h) o i) del Código Penal (la referencia debe entenderse a los delitos previstos en los arts. 301 a 304 del Código Penal vigente), o de encubrimiento o receptación en relación con las actividades enumeradas en el art. 1.1 de esta ley, o sancionado en resolución firme, al menos, por dos infracciones administrativas de las previstas en la presente ley.

Se consideran infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 del art. 3 de la ley, incluida la no adopción de medidas correctoras propuestas por el Servicio Ejecutivo en el ejercicio de las labores de supervisión que legalmente le corresponden.

4. Catálogo de sanciones. Conforme al art. 8 de la ley, en los casos de infracciones graves, se pueden imponer las siguientes sanciones:
- A las entidades obligadas amonestación privada, amonestación pública y multa (con carácter obligatorio) por un mínimo de 6.000 euros y un máximo que puede alcanzar el 1% de los recursos propios de la entidad, el tanto del contenido económico de la operación más un 50% o 150.000 euros (la cifra mayor de las tres).

- A los que fueran responsables de la infracción por ejercer cargos de administración o dirección: multa entre 3.000 y 60.000 euros (con carácter obligatorio), suspensión temporal en el cargo por tiempo máximo de un año, amonestación pública y amonestación privada.
- A quienes incumplan las obligaciones de declarar el origen, tenencia y destino de los fondos en los casos previstos por el art. 3.9 de la ley se podrá imponer multa por un importe mínimo de 600 euros y hasta la mitad del contenido económico de los medios de pago empleados, que podrá llegar hasta el tanto cuando los medios de pago fueran hallados en lugar o situación que mostrase una clara intención de ocultarlos o no resulte debidamente acreditado su origen.
- Conforme al art. 9 de la ley, en los casos de infracciones muy graves, las sanciones a imponer son:
 - a) A las entidades obligadas amonestación pública, multa (obligatoria) por un mínimo de 90.000 euros y un máximo que puede alcanzar el 5 % de los recursos propios de la entidad, el duplo del contenido económico de la operación o 1.500.000 euros (la cifra mayor de las tres), y la revocación de la autorización administrativa para operar.
 - b) A los que fueran responsables de la infracción por ejercer cargos de administración o dirección: multa entre 60.000 y 600.000 euros (obligatoria), separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo máximo de 5 años, y separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad por un plazo máximo de 10 años.

III.2.b).ii) Responsabilidad penal

Como primera reflexión, conviene precisar que no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos es capaz de generar responsabilidad penal.

Así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de conservación de documentos (art. 3.3), de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación (art. 3.7) y de adoptar las medidas oportunas para la adecuada formación de los empleados de una entidad en esta materia (art. 3.8), ya que su falta de cumplimiento es intrascendente para integrar esa elemental infracción del deber objetivo de cuidado (o de omisión de la diligencia debida) determinante de la ejecución de un acto concreto de blanqueo de capitales en su modalidad culposa o imprudente. Son, en definitiva, obligaciones con un contenido netamente administrativo y carentes de relevancia en el campo penal.

Por el contrario, el incumplimiento de otros deberes como la identificación de los clientes (art. 3.1), el examen especial de operaciones sospechosas (art. 3.2), la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo (art. 3.4.a), facilitar la información requerida por el Servicio Ejecutivo (art. 3.4.b), la abstención de ejecución de las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 3.5), la confidencialidad de la operación (art. 3.6), o la declaración del origen, tenencia o destino de los fondos en los casos previstos por el art. 2.4 de la ley (art. 3.9) sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la construcción de la figura penal de la imprudencia. Si en el plano administrativo el incumplimiento de estas obligaciones es considerado como una infracción grave o muy grave, habrá que convenir igualmente que el delito de blanqueo por imprudencia grave (que es la modalidad culposa que se define en la mayor parte de los ordenamientos penales europeos) puede fundarse en la omisión de estos deberes u obligaciones legales, cuya gravedad es expresamente reconocida por la norma.

Incluso prescindiendo de los clásicos supuestos en que el empleado de una entidad, y lo mismo puede predicarse de un asesor jurídico o financiero, actúa en connivencia –como un miembro más del grupo criminal- con los delincuentes, y en los que la responsabilidad siempre es exigible a título doloso (por concurrir dolo directo), puede suceder también que el incumplimiento de determinadas obligaciones que integran el marco normativo de prevención del blanqueo genere responsabilidades a título de dolo eventual. Me estoy refiriendo a las obligaciones previstas en los apartados 4-a) y 6 del art. 3 de la citada Ley, precisamente aquéllas cuyo incumplimiento constituye “per se” una infracción administrativa muy grave⁵.

5. Resulta paradigmática en este sentido la sentencia de 11-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) que ha condenado como autor de un delito doloso de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico previsto en el art. 301 del Código Penal vigente al interventor de una entidad bancaria que entre octubre de 1989 y julio de 1990 facilitó a un integrante de una organización asentada territorialmente en Andalucía y dedicada al transporte, distribución y comercialización de importantes cantidades de hachís la realización de una serie de operaciones bancarias tendentes a la ocultación y aprovechamiento del patrimonio obtenido por su intervención en tales actividades.

Los actos imputables al empleado bancario que se han considerado típicos son los siguientes:

- 1) La entrega por el cliente de importantes cantidades de dinero en cheques que se realizaban como efectivo en ventanilla sin constancia documental de la operación.
- 2) La apertura sucesiva de idénticas cuentas corrientes con el mismo titular, sin abono de intereses que retribuían los importantes depósitos realizados, pues tras la cancelación sucesiva de las cuentas corrientes se omitía la liquidación de intereses y con ello se garantizaba una opacidad absoluta de los movimientos bancarios de cara a la Hacienda Pública.

Si el empleado o directivo de alguno de los sujetos obligados enunciados en el art. 2 de la Ley, y en igual medida quienes ostenten la condición de auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores (cuando en estos tres últimos supuestos intervengan en las operaciones en la forma y condiciones previstas por el art. 2.2.d).1º y 2º de la ley) poseen indicios u obtienen la certeza de que una operación concreta está relacionada con el blanqueo de capitales y:

- a) no comunican al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (Unidad de Inteligencia Financiera) la citada operación, o
- b) revelan al cliente o a terceros que se ha transmitido al Servicio Ejecutivo información sobre la citada operación, o que se está examinando su vinculación con el blanqueo de capitales, de manera que tales circunstancias propician que el cliente, beneficiario o destinatario de la operación o transacción resulten beneficiados, parece evidente que la responsabilidad exigible al sujeto activo de tal comportamiento no lo será en razón de la omisión de elementales cautelas y de la falta de previsión respecto al resultado que se le pueda imputar como definitoria de la culpa, sino que deberá serlo a título de dolo eventual.

- 3) La entrega de cheques sin emitir resguardo que el condenado guardaba en un cajón de su oficina y de los que disponía en su propio beneficio, de donde se deduce una especial relación de confianza con el cliente que va mucho más allá de la ordinaria entre el interventor de una sucursal bancaria y el mejor cliente.
- 4) El cambio de importantes cantidades de divisas por ventanilla sin dejar constancia documental del cliente y de la procedencia de la divisa, infringiendo esenciales normas de cautela ya conocidas en la práctica bancaria.

La defensa planteó en el proceso la atipicidad de tal conducta argumentando que las operaciones bancarias realizadas no estaban prohibidas por la normativa bancaria en la fecha en que tuvieron lugar, pero el Tribunal tras rechazar que la no contrariedad de su comportamiento con el derecho bancario positivo pueda fundamentar la atipicidad de su conducta, concluye que el hecho de que la práctica bancaria observada por el acusado fuera absolutamente irregular y contraria a los usos impuestos en el sector, permite inferir razonablemente que el acusado conocía suficientemente el origen ilícito de los bienes, e incluso su procedencia de un delito de tráfico ilícito de drogas por la relación de extrema confianza que le unía con el referido cliente.

La STS de 29-9-01 (Pn. Jimenez Villarejo) ha confirmado el fallo condenatorio al que acabamos de hacer referencia.

Aunque el afectado en este caso era el empleado de una entidad bancaria, “mutatis mutandis” se pueden aplicar idénticos razonamientos a quién como abogado o asesor jurídico interviene en operaciones financieras, societarias o económicas en beneficio de un cliente; de manera que no puede prosperar el argumento de la falta de control o de la ausencia de sujeción de esta operativa al marco jurídico de prevención del blanqueo, y por lo tanto el argumento de la atipicidad de la conducta hasta la entrada en vigor de la ley 19/2003, para derivar de ello la inexistencia de responsabilidad penal por la presunta comisión de un delito de blanqueo de capitales en su modalidad dolosa o imprudente. No podrá exigirse responsabilidad administrativa, pero las consecuencias penales obedecen a otros parámetros que habrá que valorar en el propio proceso penal (regularidad de la operativa, cautelas observadas, falta de previsión, etc.).

Son, sin duda, aquellos casos en los que el profesional del mundo jurídico infringe de manera intencionada su posición de garante, permitiendo con su conducta la comisión del delito de blanqueo de capitales. Puede afirmarse que su actuación ha sido necesaria e imprescindible para la ejecución de todos o alguno de los actos que son constitutivos de blanqueo de capitales: adquisición, conversión, transmisión, ocultación o encubrimiento de bienes de origen ilícito, realización de cualesquiera actos con el fin de ocultar o encubrir ese ilícito origen o de ayudar al responsable a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (art. 301 del Código Penal).

Como contrapartida a todo lo dicho, el cumplimiento de las obligaciones de comunicación establecidas legal y reglamentariamente no genera ninguna clase de responsabilidad para los sujetos obligados, directivos o empleados. Con gran rotundidad, los arts. 4 de la ley y 15 del reglamento eximen de cualquier responsabilidad siempre que las comunicaciones se hayan producido de buena fe declarando expresamente que “no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria”.

III.2.b).iii) Concurso de procedimientos sancionadores

Al amparo del art. 6 de la ley y en aplicación del principio “non bis in idem” no cabe apreciar conjuntamente responsabilidad penal y administrativa cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Esta previsión es aplicable especialmente a los que ejerzan cargos de administración o dirección en la entidad obligada, cuando por su conducta dolosa o negligente se les impute alguna forma de participación en el delito de blanqueo de capitales, e incluso a la propia entidad obligada cuando en el procedimiento penal ostente la condición de tercero responsable y se soliciten para ella consecuencias accesorias conforme al art. 129 del Código Penal. No obstante, si el procedimiento penal se dirige exclusivamente contra un empleado, sin que la acción penal se dirija contra el sujeto obligado, sus directivos o administradores, la responsabilidad penal exigible a aquél y la responsabilidad administrativa exigible a éstos serán compatibles.

Cabe reseñar, por último, que la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de los hechos por si pudieran ser constitutivos de delito producirá la suspensión del expediente sancionador, y que los hechos declarados probados en el procedimiento penal deberán respetarse en el expediente administrativo.

III.3. Marco jurídico regulador de las obligaciones impuestas por la normativa de prevención de la financiación del terrorismo y de los efectos derivados de su incumplimiento

III.3.a). Obligaciones establecidas por la legislación de prevención de la financiación del terrorismo

Además de la sujeción al cumplimiento de los deberes que impone la ley 19/93, las personas y entidades obligadas incluidas en el apartado 1 del art. 4 de la ley 12/2003 están sometidas específicamente a los siguientes deberes:

- a) Impedir cualquier acto u operación que suponga disposición de saldos y posiciones de cualquier tipo, dinero, valores y demás instrumentos vinculados a movimientos de capitales u operaciones de pago o transferencia bloqueados, a excepción de aquéllos por los que afluyan nuevos fondos y recursos a cuentas bloqueadas.
- b) Comunicar a la Comisión de Vigilancia cualquier tipo de ingreso que se pueda realizar a la cuenta bloqueada, sin perjuicio de realizar la operación.
- c) Examinar con especial atención cualquier operación que, por su cuantía o por su naturaleza, pueda estar particularmente relacionada con la financiación de actividades terroristas.
- d) Comunicar a la Comisión de Vigilancia, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto del que existan indicios racionales de que está relacionado con la financiación de actividades terroristas, así como cualquier solicitud o petición que reciban en la que el ordenante, emisor, titular, beneficiario o destinatario sea una persona o entidad vinculada a organizaciones terroristas o exista algún indicio racional de que esté relacionado con ellas, o respecto a las que la Comisión de Vigilancia haya adoptado alguna medida.
- e) Facilitar a la citada comisión la información que ésta requiera para el ejercicio de sus competencias.
- f) Abstenerse de ejecutar cualquier operación de las señaladas en el párrafo d) de este apartado sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en aquel.
- g) No revelar ni al cliente ni a terceros que se ha transmitido información a la Comisión de Vigilancia con arreglo a lo dispuesto en los párrafos b), d) y e) anteriores, o que se está examinando alguna operación en los términos del párrafo c).

- h) Establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación, a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con personas y entidades vinculadas a organizaciones terroristas.

III.3.b). Responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo

Respecto a los órganos que intervienen en el procedimiento sancionador, las competencias que en la legislación general de prevención del blanqueo se atribuyen a la Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo pasan a asignarse a la propia Comisión de Vigilancia, mientras que el órgano competente para imponer las sanciones, sean cuales sean, es el Ministro del Interior.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en la ley 12/2003 será considerado siempre como infracción muy grave, con remisión en cuanto a las sanciones a imponer a lo dispuesto en el capítulo II de la ley 19/93.

Debe reseñarse, por último, que la sustanciación de un procedimiento penal con identidad de personas, hechos y fundamento respecto de las actuaciones administrativas desarrolladas al amparo de la ley 12/2003 obliga a remitir tales actuaciones al órgano jurisdiccional penal en cuestión, que será el competente para resolver sobre la continuidad del bloqueo de saldos, cuentas, posiciones, efectivo, valores y demás instrumentos.

IV. Valoración de la normativa administrativa española a la luz de los compromisos internacionales

La política criminal contra el blanqueo de dinero, en tanto que actividad delictiva que contribuye decisivamente al crecimiento y consolidación de la moderna delincuencia organizada, arranca a mediados de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de un abundante número de textos jurídicos de carácter supranacional, unos de alcance universal, otros limitados al ámbito regional europeo, en los cuales se definen las líneas maestras de actuación que deben inspirar el proceso de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de homogeneizar la respuesta frente a esta criminalidad en aspectos tan importantes como la estrategia preventiva y represiva contra el blanqueo, el comiso o confiscación de los productos ilícitos o la cooperación internacional en esta materia.

Este cuerpo legislativo supranacional está integrado fundamentalmente por una serie de instrumentos normativos que, en algunos casos, han sido objeto de importantes modificaciones en los últimos años: la Declaración de Principios

del Comité de Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de Diciembre de 1988 (más conocida como Declaración de Basilea); la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena el 20-12-88; el Convenio del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90 relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito; la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 91/308/CEE de 10-6-91 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (complementada por la más reciente Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001); el informe del Grupo de Acción Financiera Internacional aprobado en 1990 con 40 Recomendaciones sobre esta materia (recomendaciones que, además de haber sido objeto de revisión en los últimos años -1996 y 2003-, se han visto implementadas con las 8 Recomendaciones aprobadas en Octubre de 2001 con el fin de prevenir la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales relacionado con esta actividad criminal); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada finalmente en Palermo el 13-12-2000⁶, y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida (México) el 9-12-2003.

La necesidad de cumplir los compromisos internacionales contraídos y de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los textos supranacionales, nos ha situado en un permanente proceso de adaptación del derecho interno a través de continuas reformas legales -penales, procesales y administrativas-, todo ello con el objetivo de homogeneizar y uniformizar la prevención y la represión de tan graves manifestaciones criminales: Ley Orgánica 1/88 de 24 de Marzo de reforma del Código Penal; Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales; el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 925/95 de 9 de Junio; el Código Penal aprobado por

6. Todas estas normas coinciden en destacar (y así se dice expresamente en el Preámbulo de la 1ª Directiva Comunitaria) que la lucha contra el blanqueo se fundamenta en los siguientes principios:

1. El blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales, sin olvidar que en esta estrategia el sistema financiero puede desempeñar una función sumamente eficaz.
2. La utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente el peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.
3. El blanqueo de capitales se efectúa, en general, en un contexto internacional que permite encubrir más fácilmente el origen delictivo de los fondos por lo que las medidas adoptadas exclusivamente a escala nacional, sin tener en cuenta la coordinación y cooperación internacionales, producirían efectos muy limitados.

Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre; la Ley 36/95 de 11 de Diciembre sobre creación de un fondo de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados; la Ley Orgánica 12/95 de 12 de Diciembre sobre represión del contrabando; la Ley Orgánica 5/99 de 13 de Enero sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves; la Ley 12/03 de 21 de Mayo sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo; la Ley 17/03 de 29 de Mayo reguladora del Fondo de Bienes Decomisados (que deroga la anterior ley 36/95); la ley orgánica 15/03 de reforma del Código Penal; la Ley 19/03 de 4 de Julio que modifica la ley 19/93 para adaptar las normas de prevención del blanqueo a las previsiones establecidas por la Directiva 97/CE/2001 de 4 de Diciembre sobre la incorporación como sujetos obligados de los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados, procuradores y otros profesionales independientes del derecho; y el Real Decreto 54/2005 de 21 de Enero que modifica el Reglamento de la ley de prevención del blanqueo de capitales son buena muestra de ello.

A día de hoy se puede afirmar que la legislación nacional responde plenamente a las exigencias de las normas internacionales tanto en el plano represivo como en el preventivo.

A. En el ámbito punitivo merecen ser destacadas las siguientes novedades:

- Ampliación del tipo penal de blanqueo mediante la inclusión de cualquier delito como actividad criminal antecedente generadora de los bienes.
- Asunción de la figura culposa o imprudente.
- Mejora y perfeccionamiento del decomiso de bienes para posibilitar una mayor eficacia en la incautación de los bienes y ganancias con origen criminal.
- Incorporación de técnicas especiales de investigación como la entrega vigilada y los agentes encubiertos.

B. En el ámbito preventivo también se han producido importantes innovaciones:

- Ampliación de los sujetos obligados, con inclusión de profesionales independientes del mundo económico y jurídico (notarios, abogados, procuradores, asesores fiscales, auditores, contables externos).
- Aplicación de las normas de prevención a todas las actividades de blanqueo de capitales procedentes de infracciones delictivas graves y a la financiación del terrorismo.

Si a ello añadimos la existencia de órganos judiciales, policiales y administrativos altamente especializados (Fiscalía Especial Antidroga, órganos judiciales de la

Audiencia Nacional, Unidades Centrales de Policía, Guardia Civil y Aduanas, Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo), con experiencias investigadoras que se remontan ya a los inicios de la década de los años 90 y que han ido incrementándose progresivamente, hasta alcanzar en el momento actual una cifra próxima al medio millar de investigaciones, habremos de convenir que la lucha contra el blanqueo presenta unos resultados aceptables.

V. EL Blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas. Marco normativo nacional e internacional

Es de sobra conocido que uno de los pilares fundamentales de la política criminal contra el blanqueo descansa en los mecanismos de prevención, que se desarrollan esencialmente en sede administrativa, y que persiguen evitar el uso del sistema financiero para fines ilícitos y preservar su estabilidad. En esta vertiente han venido desempeñando un papel extraordinariamente importante las propias instituciones bancarias y financieras, los primeros sujetos obligados por la normativa de prevención, mediante la asunción de unos códigos éticos de conducta destinados a garantizar la estabilidad del sistema y la cooperación para la erradicación de este criminal negocio.

Esta labor es responsabilidad de todos y no solo de los organismos e instituciones encargadas de la persecución de estos delitos, cuya función será ejercida con mayor o menor eficacia según cuales sean el grado de colaboración y los mecanismos de prevención que adopten las entidades financieras.

A este espíritu responden los principios establecidos por los tres principales instrumentos normativos que tuvieron la virtualidad de poner en marcha la respuesta preventiva contra el blanqueo en el plano internacional: el Código de Conducta de Basilea aprobado en Diciembre de 1988, el Informe del Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales (G.A.F.I.) aprobado en 1990 con 40 recomendaciones sobre la materia, y la primera Directiva Comunitaria de 10-6-91.

La Recomendación nº 9 del GAFI ya sugería la posibilidad de aplicar sus recomendaciones al ejercicio de actividades financieras por empresas o profesiones que no son instituciones financieras. La razón de ser de esta previsión era evidente. Una gran parte de las actividades u operaciones que se mencionan en el Anexo a la Recomendación nº 9 del GAFI habitualmente son ejecutadas y documentadas por profesionales independientes del derecho, en especial abogados y notarios. No es extraño, en consecuencia, que en desarrollo de esta Recomendación, en el ámbito comunitario europeo se haya avanzado considerablemente en la implantación a determinadas profesiones jurídicas de las obligaciones que actualmente se exigen a las instituciones financieras.

En este sentido, cabe recordar que el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Amsterdam los días 16 y 17 de Junio de 1997 destaca como orientación política nº 13 la importancia de fortalecer la transparencia de la Administración pública y de las empresas, y de evitar el uso de prácticas corruptas por parte de la delincuencia organizada, impidiendo la participación de estas organizaciones delictivas en procedimientos de contratación pública, recepción de subsidios o licencias gubernamentales. En este contexto se proponen una serie de medidas que las instituciones europeas deberían adoptar, entre las que cabe mencionar la necesidad de desarrollar normas destinadas a impedir que las profesiones liberales y otras profesiones particularmente expuestas a la influencia de la delincuencia organizada se vean envueltas en dichos delitos o sean explotadas por los delincuentes, siendo imprescindible para ello la colaboración activa de las organizaciones profesionales.

En particular, la recomendación nº 12 del citado Plan proclama que deberían formularse medidas para proteger a determinadas profesiones vulnerables de la influencia de la delincuencia organizada mediante LA ADOPCIÓN DE CODIGOS DE CONDUCTA, y entre ellas medidas legislativas que impidan que notarios, abogados, contables y auditores sean explotados o se vean implicados en la delincuencia organizada y aseguren que sus organismos profesionales están comprometidos en la creación y el fortalecimiento de dichos códigos de conducta a nivel europeo.

La revisión de las 40 Recomendaciones culminada el año 2003 ha permitido ya una ampliación de los sujetos obligados en la dirección emprendida por la normativa europea, al haberse incorporado nuevas categorías de actividades o profesiones no financieras a las que deben extenderse las medidas de prevención del lavado de activos: casinos; agentes de bienes inmuebles; proveedores de servicios de trust (fideicomisos) y sociedades; abogados, notarios, contadores y otros profesionales jurídicos independientes; y comerciantes de metales y piedras preciosas.

Las operaciones policiales contra el blanqueo, desarrolladas en los últimos años, jalonadas con la detención de algunos Notarios y Letrados pertenecientes a conocidos despachos de Abogados (Ballena Blanca, Malaya, etc.) a los que se les ha imputado judicialmente la ejecución de actividades delictivas de blanqueo de capitales de origen criminal (narcotráfico y crímenes económicos relacionados con la corrupción), ha situado en el primer plano de la actualidad un problema de extraordinario interés jurídico y de indudable relevancia penal, cual es la frecuente utilización de los servicios de estos profesionales en acciones criminales de naturaleza socioeconómica, muy en particular en operaciones constitutivas de blanqueo de capitales, y la necesaria, y a la vez discutida, sujeción de determinadas profesiones del mundo del derecho a la normativa de prevención del blanqueo de dinero.

Para una mejor comprensión de las claves de esta cuestión, examinaremos a continuación el marco jurídico regulador europeo y nacional, y algunos casos judiciales

en los que se ha apreciado la existencia de responsabilidad penal ante determinadas actuaciones de asistencia o asesoramiento.

1. Marco jurídico europeo

Está constituido por la 3ª Directiva de 2005/60/CE de 26-10-2005 sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que ha sustituido a la 1ª Directiva 91/308/CEE de 10-6-91 y a la 2ª Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001. Si la primera Directiva sobre prevención del blanqueo en el sistema financiero limitó su aplicación a los delitos de narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada (ámbito objetivo), y a las entidades financieras (ámbito subjetivo), la segunda Directiva ha introducido dos importantísimas novedades en el contexto jurídico-preventivo del blanqueo de capitales: por una parte, ha ampliado definitivamente el concepto de delito antecedente y, por otra parte, ha extendido el ámbito de los sujetos obligados. Mientras que la tercera Directiva ha profundizado en dos direcciones: por una parte, extendiendo la aplicación de las normas preventivas a los fines de evitar la financiación del terrorismo, y por otra parte, reforzando las medidas de diligencia debida en relación a clientes no presentes físicamente en la identificación, a las relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza con entidades clientes de terceros países, y a transacciones o relaciones de negocios con personas del medio político que residen en otro Estado miembro o en un tercer país.

Así, el art. 3 de la 3ª Directiva define como "actividad delictiva" cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, considerando delitos graves, como mínimo, los siguientes:

- Actos definidos en los arts. 1 a 4 de la Decisión Marco de 13-6-2002 de lucha contra el terrorismo.
- Cualquiera de los delitos contemplados en el art. 3.1.a) de la Convención de Viena (delitos de tráfico ilegal de drogas).
- Las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI⁷.
- El fraude según se define en los arts. 1.1 y 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves.

7. El art. 1 de la Acción Común de 21-12-98 define la organización delictiva como la asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada, con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aun más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

- La corrupción.
- Los delitos que sean sancionables con pena de prisión de duración máxima superior a 1 año o mínima superior a 6 meses.

El art. 2 incluye también como sujetos obligados, además de entidades de crédito y entidades financieras, a auditores, contables externos, asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria, comerciantes de bienes siempre que el pago se realice en efectivo y su cuantía sea igual o superior a 15.000 euros, proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos, casinos, y notarios y otros profesionales independientes del derecho cuando participen:

A. Ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a:

- i) La compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales.
- ii) La gestión de fondos, valores o activos pertenecientes al cliente.
- iii) La apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores.
- iv) La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas.
- v) La creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas.

B. Ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

La ampliación del campo de los sujetos obligados ha resultado especialmente difícil y discutida en el caso de los profesiones jurídicas, en particular los despachos de abogados, por la existencia de una obligación legal de reserva o secreto profesional en las relaciones con los clientes, secreto profesional protegido constitucionalmente y legalmente en todos los ordenamientos jurídicos⁸.

Quizás por ello tanto la 2ª Directiva 2001/97/CE como la 3ª actualmente vigente inciden en la necesidad de deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en pleitos de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial como la intermediación financiera, para concluir que en este último caso deberían aplicarse plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo.

8. A título de ejemplo, cabe señalar que en la legislación española la protección del secreto profesional del abogado, reconocido constitucionalmente por el art. 24 de la Carta Magna, en la relación con su cliente en el marco de un proceso penal es tan absoluta que únicamente puede ser objeto de restricciones con autorización judicial y respecto a internos en centros penitenciarios por delitos de terrorismo.

El art. 6 de la 2ª Directiva, que es el eje central de la reforma en lo que atañe a las profesiones jurídicas, establece los siguientes principios:

1. Los Estados miembros impondrán la obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales, y de facilitarles la información necesaria con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación aplicable.
2. Los Estados miembros no estarán obligados a imponer tales obligaciones a los profesionales del ámbito jurídico (notarios, profesionales independientes del derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales) con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar al mismo en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.
3. Los Estados miembros podrán autorizar, en el caso de los notarios y otros profesionales independientes del derecho, que la transmisión de información se realice a través del organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate, estableciéndose en tal caso las formas apropiadas de cooperación entre dicho organismo y las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.
4. La revelación de buena fe de las informaciones no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la persona, entidad o institución, sus directivos o empleados (art. 9).

2. Marco jurídico nacional

Es obvio reconocer que algún sector profesional, en particular los colegios de abogados, no han aceptado de buen grado su inclusión como sujetos obligados en el campo de aplicación de la nueva Directiva, pues consideran que toda actividad de identificación de un cliente para proporcionar información a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo es contraria a los principios esenciales del ejercicio libre de la abogacía, e incompatible con la reserva que debe imperar en su relación con los clientes.

La resistencia a esta modificación es particularmente perceptible en los algunos despachos de abogados, con un peso específico indudable en los colegios profesionales, que desarrollan una intensa y lucrativa actividad profesional en el campo del asesoramiento e intermediación financiera, incluso mediante la inmediata

disponibilidad de sociedades instrumentales o de estantería generalmente domiciliadas en jurisdicciones escasamente cooperantes o paraísos fiscales.

Creo, pues, en síntesis que desde el colectivo de abogados se está invocando, con la finalidad de evitar su incorporación como sujetos obligados y la consecuente aplicación de las medidas de prevención del lavado de activos, una concepción del secreto profesional fuera de contexto e incompatible con su propio contenido legal⁹.

Por el contrario, la situación de Notarios y Registradores es desde hace unos años radicalmente distinta, seguramente por la condición de funcionarios públicos que ostentan en algunas legislaciones, entre ellas la nuestra. En el derecho español la Instrucción de 10-12-99 del Ministerio de Justicia sobre obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales contiene una relación exhaustiva y detallada de actos y contratos que se consideran susceptibles de estar particularmente vinculados con el blanqueo de capitales de los que deben informar obligatoriamente al SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales), estableciendo para la correcta apreciación de estas operaciones dos criterios básicos:

- El conocimiento del cliente (con especial atención a clientes no habituales o desconocidos) y
- La importancia económica de la operación: 5.000.000 pts. (30.050 euros) como regla general, o 50.000.000 pts. (300.500 euros) en algunos casos.

Esa normativa se ha visto completada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30-Noviembre-2004, dictada para recordar a los Notarios y Registradores la necesidad de hacer constar en las comunicaciones de operaciones sospechosas todas "las circunstancias de toda índole de las que infiera el indicio de su vinculación al blanqueo de capitales"; y por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2963/2005 de 20 de Septiembre que crea la OCP (Organismo Centralizado de Prevención del Notariado), como órgano interlocutor entre los notarios y las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.

En cumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2001/97/CE, la ley 19/2003 de 4 de Julio ha modificado la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales para incluir como sujetos obligados, en el art. 2.2 de la ley 19/93 de prevención del blanqueo, con las

9. En el ordenamiento jurídico español, el secreto profesional del Abogado, que está expresamente reconocido por el art. 24 de la Constitución está integrado ni más ni menos que por la dispensa o exención de denunciar y de declarar sobre hechos que les confíen sus clientes como defensores (arts. 263 y 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respectivamente).

especialidades que puedan establecerse reglamentariamente las siguientes actividades profesionales o empresariales:

- a) Los casinos de juego.
- b) Las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles.
- c) Las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales.
- d) Los notarios, abogados y procuradores quedarán igualmente sujetos cuando:
 - 1º Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorro o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento y la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (trust), sociedades o estructuras análogas, o
 - 2º Actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.
- e) Las demás que, atendiendo a la utilización habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, al emplazamiento de los establecimientos o a otras circunstancias relevantes, se determinen reglamentariamente.

Todos estos colectivos profesionales están sujetos, a partir de la entrada en vigor de la ley, a las medidas de prevención establecidas para las entidades financieras de conformidad con lo establecido en los arts. 2.2 y 16 del Reglamento modificados por Real Decreto 54/2005 de 22 de Enero, y en particular a las siguientes:

1. Identificación de los clientes en los siguientes términos previstos por los arts. 3.1 de la ley y 16.1.a) del Reglamento, que reseñaremos en el apartado siguiente.
2. Examinar cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar vinculada al blanqueo de capitales, con especial atención a toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente, reseñando por escrito los resultados del examen (art. 3.2 de la ley y 16.1.b) del Reglamento).
3. Colaborar con el Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales facilitándole la información que éste requiera, y comunicándole por iniciativa propia cualquier operación en la que existan indicios o

certeza de estar relacionada con el blanqueo de capitales, incluyendo las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes siempre que no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la ejecución de tales operaciones, así como aquellas que reglamentariamente se determinen (art. 3.4 de la ley y 16.1.b) del Reglamento).

No obstante, esta obligación de colaboración (en su doble vertiente de comunicación e información en los términos expuestos) tiene dos importantes limitaciones contempladas en los arts. 3.4 de la ley y 16.2 del Reglamento:

- El deber de secreto profesional que están obligados a guardar los abogados y procuradores.
 - Los notarios, abogados, procuradores, auditores, contables externos y asesores fiscales no están sujetos a tal obligación con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar al mismo en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.
4. Abstenerse de ejecutar, salvo casos excepcionales, las operaciones consideradas sospechosas (art. 3.5 de la ley y 16.1.b) del Reglamento).
 5. Conservar los documentos acreditativos de las operaciones y las copias de los documentos identificativos de las personas durante un período mínimo de 6 años (arts. 3.3 de la ley y 16.1.c) del Reglamento).

En cuanto a la obligación de “reporting sistemático” de determinadas operaciones (art. 3.4.a) pfo. 2º de la ley), la ausencia de desarrollo reglamentario de la misma impide, dados los términos empleados por el art. 16.1.b) pfo. 4º del Reglamento, su aplicación a los profesionales jurídicos y demás categorías de sujetos obligados incluidos en el art. 2.2 del Reglamento.

Finalmente la nueva legislación no diseña ningún organismo autorregulador con competencias para la transmisión y comunicación de las informaciones procedentes de las profesiones jurídicas. Los colegios profesionales en el caso de los abogados y procuradores no han aceptado desempeñar esa misión, hasta el punto de que el art. 16.1.b) del Reglamento prescribe expresamente que los abogados y procuradores comunicarán directamente (sin órganos

intermediarios) al Servicio Ejecutivo cualquier hecho u operación relacionado con el blanqueo de capitales.

En todo caso, no es ocioso recordar de nuevo que todos estos profesionales del mundo jurídico cuando desempeñan funciones de asesoramiento económico o financiero en los términos señalados por los arts. 2 bis de la 2ª Directiva y 2 de la 3ª Directiva, o por el art. 2.2.d) de la ley 19/93 (según redacción dada por ley 19/2003), únicamente están exentos de la obligación de colaborar con la Unidad de Información Financiera respecto a las obligaciones establecidas en el art. 3.4 de la ley (en su doble vertiente de comunicación de operaciones y de facilitación de información que se les requiera) cuando la relación con el cliente se desarrolle en el marco de un procedimiento o con miras al mismo para defenderle o determinar su posición jurídica.

El resto de las obligaciones no contemplan excepciones en cuanto a su cumplimiento, y en consecuencia, aun tratándose de actuaciones profesionales que posteriormente le permitan invocar el secreto profesional o que se realicen para determinar la posición jurídica o defender al cliente en un procedimiento, deberán cumplir inexcusablemente las restantes obligaciones contenidas en la legislación de prevención del blanqueo (identificación del cliente, conservación de documentos, examen especial de operaciones sospechosas, etc.).

El abogado ante el blanqueo de capitales

D. Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes

Abogado. Cuatrecasas. Gonçalves Pereira.

I. Agradecimientos e introducción

Felicito a la Universidad Rey Juan Carlos —a través de la Cátedra de Investigación financiera y forense— y a KPMG la organización de este Curso, que considero de enorme importancia, no sólo por la actualidad de la materia *blanqueo de capitales*, cuando el mundo globalizado trata de aunar fuerzas —normativas, policiales y judiciales— con el fin de hacer frente a esta “nueva” criminalidad o, mejor dicho, nueva tipificación de lo que anteriormente entraba en el ámbito de los comisos, las receptaciones o el agotamiento del delito, sino porque ante un tema tan confuso, como lo es el del blanqueo de capitales, es de suma importancia aportar ideas o críticas constructivas que hagan más eficaz y más justa la regulación de la materia y la represión de las conductas que merezcan serlo por estar realmente involucradas en esta criminal actividad. Críticas que hago como jurista que ejerzo la profesión de Abogado.

Cuanto se dice a continuación gira en torno a la posición del Abogado en su doble función: como defensor de los intereses y derechos de los ciudadanos que a él acuden y, por tanto, observador privilegiado de los puntos flacos del sistema; y como sujeto obligado de la norma prevencionista del blanqueo de capitales. Espero y confío que este curso contribuya a tratar diversas cuestiones que exigen mayor conocimiento, mayor claridad y, también, mayor involucración de quienes ejercemos la noble profesión de asesorar en Derecho y defender los intereses legítimos de los ciudadanos que a nosotros acuden en demanda de Justicia.

No se olvide que la Justicia y el Derecho son elementos esenciales para la concordia de los miembros de la sociedad. Pero esta creencia —y realidad— no puede cegarnos e impedir que expresemos —siempre dentro del respeto a las instituciones y en un leal servicio a la Justicia— las críticas a un sistema en el que unas verdades “oficiales” se tienen poco menos que sacralizadas. Vaya de antemano, pues, mi advertencia de ser esta exposición una aportación crítica al sistema represivo penal que en esta materia venimos padeciendo. Muchos aciertos no justifican seguir una mecánica que, también muchas veces, yerra (lo que se acepta desoyendo los postulados del Derecho y la Justicia material).

II. La confusa regulación del delito de blanqueo de capitales

Resulta que el delito de blanqueo —que no se define en el Código Penal (y tampoco en la normativa de prevención)— se construye con la integración del adverbio —elemento subjetivo del injusto— “a sabiendas”, lo que denota que se trata de un tipo esencialmente doloso. Pero al mismo tiempo, el mismo artículo 301 del Código Penal —no otro distinto como ocurre en los demás supuestos que recoge el Código Penal, al admitir modalidades imprudentes— prevé la comisión imprudente, y ello a pesar de que la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por España en Instrumento de 9 de junio de 2006 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006), tras un examen pormenorizado de la materia y de las prácticas a tener en cuenta, obliga a los Estados parte a adoptar “de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometen intencionadamente...[las conductas que se indican]”.

La Ley preventiva del blanqueo de capitales (LPBC), pese a su reforma de 2003, data de 1993¹ y su reglamento de desarrollo es de 1995, reformado en 2005². Ambos textos, en una materia en constante ebullición y actualidad, son, lamentablemente, engorrosos y de difícil interpretación, así como obsoletos³. La ley y el reglamento están escritos y sistematizados de forma que se compagina mal, muy mal, con la seguridad jurídica, resultando de difícil entendimiento muchos de sus preceptos⁴. La Tercera Directiva, de 2005⁵, sobre la materia, que toma en cuenta las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales (GAFI) —que serviría para clarificar y actualizar nuestra normativa preventiva— todavía no se ha transpuesto⁶.

Ante la falta de definición legal de lo que es el blanqueo de capitales es

-
1. Ley 19/1993, de 28 de diciembre, modificada por Ley 19/2003, de 4 de julio.
 2. Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, reformado por RD 54/2005, de 21 de enero.
 3. La LPBC sigue recogiendo todavía la peseta como moneda con la que cuantificar el importe de las multas.
 4. El cuadro normativo español en esta materia se completa con la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de financiación del terrorismo y el RD 1080/1991 sobre Paraísos Fiscales completada por Orden ECO 2652/2002.
 5. Directiva 2005/60 CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
 6. Dicha Directiva debió ser transpuesta al ordenamiento interno español antes del 16 de diciembre de 2007.

preciso, a la luz de todo el conjunto de normas preventivas y represivas, junto a las resoluciones administrativas que tratan el tema, exponer de manera comprensible qué hemos de entender por tal: el mecanismo o actividad usados por los delincuentes para disimular el origen ilícito de su patrimonio e ingresos, colocándolos en el circuito legal del dinero. Es decir, para entendernos, con el blanqueo se intenta dar apariencia legal a unos fondos *obtenidos* ilícitamente. El blanqueo de capitales es, en sí misma, una conducta criminal, tipificada en el artículo 301 del Código Penal que prevé penas privativas de libertad y de multa no sólo para el blanqueador sino también para toda persona que colabore, coadyuve o encubra la ocultación o transformación “en legal” del dinero o producto criminal.

El delito se comete tanto por acción como por omisión (art. 11 del Código Penal). En este último supuesto hemos de tener en cuenta, en el caso del profesional independiente del Derecho, qué obligaciones legales o contractuales tenemos que cumplir y cuyo incumplimiento haya coadyuvado al blanqueo de capitales. Nuevamente, la normativa de prevención del blanqueo de capitales puede ayudar a conocer el régimen jurídico que en esta materia rige para los Abogados. No es clara, sobre todo cuando colisiona con el cometido propio del asesoramiento en Derecho —que no hay que confundir con la asistencia jurídica para blanquear— y con el deber de guardar sigilo profesional. Pero aún en los supuestos en que tales deberes normativos aparecen claros, surgen muchas dudas respecto a lo que ha de entenderse como “bien procedente del delito”.

Así, no se sabe bien cómo podría cometerse el delito de “dar apariencia de legalidad” al dinero o los productos que no proceden de la comisión de un delito precedente, cuando se trata de dinero generado lícitamente (no delictivo), aunque esté al margen del control de la Hacienda Pública. Cuestiones como éstas obligan y exigen ser extremadamente cautos, para no errar, ni en el golpe ni en la norma, so pena de quebrar principios esenciales del Estado democrático de Derecho.

Aquí surge la primera dificultad: ¿Qué ha de entenderse por dinero proveniente de una actividad delictiva? La ley y el reglamento no la definen de ninguna manera (aunque, todavía anacrónicamente, a los solos efectos de las obligaciones preventivas se haga depender la actividad delictiva con aquélla que tenga señalada en el Código Penal una pena superior a 3 años de prisión). Pero al regularse en el artículo 301.1 del Código Penal el blanqueo de capitales se hace descansar este tipo delictivo en los “bienes o productos de origen delictivo”. Esto nos da una aproximación al entendimiento de “bienes de origen ilícito”: los de origen “no legal” cuando tal ilegalidad esté tipificada en el Código Penal como delito o falta. Ahora bien, a efectos preventivos —que no represivos— la LPBC y su reglamento de desarrollo acotan, como se acaba de decir, sobre manera el concepto de tal ilicitud y, por tanto, el del blanqueo de capitales (ya que el delito precedente ha de estar castigado con pena superior a 3 años de privación de libertad).

De acuerdo con lo manifestado parece claro que sólo existirá blanqueo de capitales si el origen del dinero o producto a blanquear es delictivo, cualidad sobre el origen que no siempre es predicable, desde luego, de todo el dinero negro, es decir el que permanece oculto a la Hacienda pública. Así las cosas, pese a que todos los que han estudiado el tema no son unánimes al respecto, mi opinión es que si el dinero negro no procede del tráfico de drogas, de estafas, cohechos, etc. sino del trabajo legal y legítimo o de una herencia o donación de origen lícito, etc. y que por razones fiscales se ha mantenido oculto al Fisco —constituyendo un delito fiscal, si se dan los elementos del tipo—, la simple tenencia de dinero negro (no declarado) no debería integrar el elemento nuclear del blanqueo de capitales, ya que su origen no es ilícito. Si algo es ilícito es su opacidad; pero no su origen. Entender lo contrario va contra toda lógica y colocaría tanto a la normativa preventiva como a la penal en contradicción con lo previsto en el artículo 305.4 del Código Penal, que prevé la regularización espontánea —es decir, el afloramiento a la legalidad (en suma, el blanqueo)— sin ninguna consecuencia penológica por parte del sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria. Se lava el dinero “sucio”, no el negro.

III. EL Abogado: colaborador de la administración de justicia y sujeto obligado de la norma prevencionista

Los Abogados, como recuerda la Ley Orgánica del Poder Judicial, somos colaboradores con la Administración de Justicia, pero no estamos, en principio, para hacer justicia, sino para defender los intereses de los clientes, poniendo a su disposición nuestros conocimientos jurídicos. Como tales colaboradores con la Administración de Justicia, no somos enemigos de nadie, y menos del Juez o del Fiscal, algo que, lamentablemente, perdura en mentes estrechas de quienes ejercen tan dignas profesiones. No es lícito ni justo, tampoco, transferir al abogado —algo demasiado habitual— la conducta “reprochable” de su cliente. Y mucho menos cuando todavía no ha sido juzgado y su juicio versa sobre una materia tan escurridiza y novedosa como la del blanqueo de capitales.

Desde el punto de vista prevencionista, el abogado tiene impuestas unas obligaciones que ha de cumplir. Pero la normativa antiblanqueo, a diferencia de lo que ocurre con otros sujetos obligados, establece que el Abogado *sólo* es sujeto obligado en determinados supuestos que cita (que no sólo no abarcan la totalidad de sus actividades o cometidos sino que se refieren a actividades que nada tienen que ver, propiamente dicho, con la profesión de Abogado). Dice el artículo 2.2 d) LPBC y de su Reglamento, en relación a los Notarios, Abogados y Procuradores, que sólo tienen la condición de sujeto obligado cuando participen en la “concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta del cliente relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, cuentas bancarias, cuentas de ahorro o cuentas de valores,

la organización de aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o gestión de empresas fiduciarias (“trust”), sociedades o estructuras análogas o actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria”. Estas actuaciones o cometidos, como ya se ha adelantado, no son propios de la profesión de Abogado; también podrían venir referidas a otras profesiones (jurídicas o no). La Tercera Directiva, con más acierto, se refiere a “*Notarios y otros profesionales independientes del Derecho...*”.

Es verdad que pueden haber algunos abogados –y esto también ocurre en otras profesiones— que realizan algunas de las actividades descritas en el artículo 2.2 d) transcrito y que, en estos casos, ha de serles exigida una especial función de vigilancia –ser *gatekeepers* en terminología anglosajona— sobre las personas físicas o jurídicas para las que presta sus servicios, sean o no jurídicos, que lleva anudada una serie de obligaciones de carácter “especial”. Pero la generalización es altamente perniciosa pues corre el riesgo de demonizar la profesión o criminalizar su actividad, al menos al nivel de ponerla en injusta e innecesaria sospechosa duda.

De la lectura del artículo 2 LPBL –“quedarán también sujetos a las obligaciones establecidas en esta ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas... que ejerzan actividades profesionales... como la de asesores fiscales [y] los abogados”— parece claro que a éstos *sólo* les serán de aplicación algunas de las obligaciones contenidas en la ley (no todas) con los matices y peculiaridades que se establezcan reglamentariamente. Así se desprende, igualmente, de la redacción del artículo 16 del Reglamento, que se refiere a las obligaciones exigibles a las personas que realizan las actividades mencionadas en el artículo 2.2 (que, igualmente, reenvía al artículo 16 para determinar las obligaciones –las únicas— exigibles a los sujetos obligados que realizan las actividades comerciales y profesionales que menciona). De esta forma se podría decir que el Abogado es un *sujeto obligado especial*, tanto por su régimen obligacional especial (el del artículo 16 del Reglamento) como porque sólo es sujeto obligado en los casos en que su actividad se ciñe a los supuestos del artículo 2.2 d) de la Ley y el Reglamento, a diferencia de los sujetos obligados “generales” (p.e. las entidades financieras, sociedades gestoras de cartera, etc.) en las que no se discrimina el tipo de actividad comercial desarrollada.

La norma preventiva, al introducir los nuevos sujetos obligados, hace en su artículo 2 una distinción, de escaso rigor jurídico, entre una actividad, que carece de regulación –la de asesor fiscal (fiscalistas)— y una profesión: la de Abogado. La primera es una actividad no titulada, que cualquiera bajo su responsabilidad puede realizar. La segunda es una profesión regulada hasta el detalle, que sólo pueden ejercer los licenciados en Derecho, una de cuyas funciones es, precisamente, la de asesorar en Derecho, también en Derecho Fiscal (algo que se estudia en las Facultades de Derecho). A diferencia de la profesión titulada de Abogado –hoy específicamente regulada en la

Ley 34/2006, de 30 de octubre, de Acceso a las profesiones de Abogado y Procurador— ninguna norma define qué es un asesor fiscal ni cómo se llega a tener esta condición. Podemos imaginarlo. Pero esto no es suficiente y, desde luego, se cohonesto mal con la seguridad jurídica. El Reglamento General de la Inspección de los tributos menciona al asesor fiscal, pero sólo en relación a las obligaciones del sujeto pasivo inspeccionado. Podríamos entender que el asesor fiscal a que se refiere la ley es la persona que no siendo Abogado asesora a otra sobre la procedencia de realizar determinadas operaciones mercantiles o societarias valorando la repercusión fiscal de las mismas o que le informa sobre el impacto fiscal de dichas operaciones. No se incluiría dentro del concepto al “asesor financiero”, pese a su posible relación con otros destinatarios de la norma preventiva y con el espíritu y finalidad de ésta, cuya principal función profesional es la intermediación en el mundo del crédito y la inversión.

IV. Las obligaciones preventivas aplicables a los abogados

Las obligaciones vienen recogidas en general –sin distinguir el tipo de sujeto obligado— en el artículo 3 LPBC. Por eso, para mayor determinación, es necesario acudir al Reglamento, que dedica la Sección Segunda de su Capítulo II a regular el “régimen especial” aplicable a los sujetos obligados mencionados en su artículo 2.2 (personas físicas o jurídicas que ejercen las actividades profesionales o empresariales que ahí se reseñan).

Por lo que respecta al artículo 3 LPBC, las obligaciones son:

- Identificar a los clientes y obtener información de la naturaleza de su actividad profesional o empresarial. Para el Abogado la identificación del cliente es una obligación sin excepciones según el monto de las operaciones; y habrá de hacerse de la forma indicada en el artículo 3 del Reglamento.
- Examinar con especial atención cualquier “operación sospechosa” de estar vinculada al blanqueo de capitales (operaciones complejas, inusuales o que no tengan un propósito económico o lícito aparente), reseñando por escrito los resultados del examen.
- Conservar durante un período de seis años⁷ la documentación que acredite la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos que las hubieran realizado.

7. El artículo 3.3 LPBC se refiere a “conservar durante un período mínimo de cinco años...”. La referencia a los seis es del Reglamento.

- Colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), comunicando los hechos u operaciones respecto a las que exista indicio o certeza de que están relacionadas con el blanqueo de capitales y facilitando la información que dicho organismo requiera al sujeto obligado (si bien, matiza la ley en su artículo 3.4 *in fine*, esto no es exigible cuando el Abogado tiene la información de su cliente al que asiste “determinando su posición jurídica, como defensor o su representante”).
- Abstenerse de ejecutar operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales.
- No revelar ni al cliente ni a terceros que se ha transmitido la información al SEPBLAC.
- Establecer procedimientos y órganos de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir operaciones sospechosas; y, en particular, establecer una política expresa de admisión de clientes.
- Adoptar las medidas oportunas para que los empleados de la entidad tengan conocimiento de las exigencias derivadas de la LPBC.
- Declarar el origen, destino y tenencia de los fondos que se indican (relativos a movimientos de moneda, cheques o medios de pago).

El Reglamento de desarrollo de la LPBC recoge en la Sección Segunda del Capítulo II —artículo 16 un régimen especial de obligaciones aplicable sólo a las actividades empresariales y profesionales indicadas en el mencionado artículo (es decir a las referidas en su artículo 2.2: entre otros, los abogados *cuando* realicen las operaciones que se describen en el texto). Estas matizaciones son las siguientes:

1. El especial examen de operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales (que no viene tratado en el régimen especial con remisión al artículo 5) lo será siguiendo el procedimiento interno que se establezca (en los supuestos en que esto sea obligatorio). La detección y examen de estas operaciones, según recoge el art. 16 b) *in fine*, se comunicará periódicamente al SEPBLAC si así lo acordare una Orden Ministerial —todavía inexistente— que, en su caso, podría referirse a los abogados.
2. La conservación de documentos acreditativos de las operaciones sospechosas así como las de los documentos identificativos de los clientes (o sus representantes) durante seis años -art. 16 c) del Reglamento (que amplía un año más el mínimo recogido en el art. 3.3 de la Ley)- lo es con independencia del importe económico de la operación o asunto. Respecto al cómputo de los seis años, dice la norma que éste se iniciará “a partir

de la ejecución de la operación correspondiente” (lo que evidencia que no está pensado en los abogados, respecto de los que mejor sería referirse a “la finalización de las relaciones profesionales encomendadas”). Nada empece a que su archivo y custodia se realicen en soporte papel o informático, tanto en archivos internos como externos del despacho.

3. El resto de obligaciones (abstención de ejecución de operaciones, deber de confidencialidad, establecimiento de política expresa de admisión de clientes, establecimiento de procedimiento y órgano de control interno, nombramiento de un representante del despacho ante el SEPBLAC, en caso de ejercicio colectivo, y formación del personal al servicio del profesional o del despacho) no tiene ningún matiz para los sujetos obligados al régimen especial, insistiendo otra vez la norma en que la colaboración con el SEPBLAC no abarca la información que se reciba u obtenga de los clientes “al determinar su posición jurídica, defenderle o representarle” y en que “los Abogados y Procuradores guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.”

V. El deber del secreto profesional del abogado

El artículo 24.2 de la Constitución recoge y regula el derecho fundamental a la defensa; en particular a la defensa letrada. Y hace expresa mención al secreto profesional, necesario para que el derecho a la defensa no quede en papel mojado y sí sea un derecho reconocido, ejecutable y eficaz, remitiendo a su regulación legal el desarrollo de esta obligación. La principal norma que lo regula y desarrolla es la Ley Orgánica del Poder Judicial. El secreto profesional, que no es un derecho del abogado, sino un derecho fundamental del justiciable, obliga, en suma, a no revelar lo que el inculpado tiene derecho a callar; y ello siempre que el Abogado actúe en su condición de tal (no, por ejemplo, cuando, como otros profesionales, actuara como intermediario financiero).

Según recoge la LOPJ, el Abogado es el profesional que actúa en la dirección y defensa de su cliente en toda clase de procesos o en el asesoramiento o consejo jurídico. Su labor no se ciñe sólo —como parece intuirse de la LPBC— exclusivamente a una parte de su actividad (la defensa o representación en procedimientos administrativos o judiciales). También forma parte fundamental de su labor el asesoramiento jurídico, como así recuerda el artículo 542.1 LOPJ al recoger que “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.” El deber de secreto se extiende, por tanto, a las tres modalidades de su actividad. Así lo recuerda el artículo 542.3 LOPJ: “los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades

de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

Por otra parte, también el Estatuto General de la Abogacía Española y el Código Deontológico de la Abogacía Española se refieren al secreto profesional extensible a todos los profesionales y demás colaboradores que presten sus servicios en un despacho de abogados, aunque hubiera cesado su relación profesional o laboral con el mismo, respecto de todos los hechos, documentos o circunstancias aportados o conocidos en las relaciones con quien acude a solicitar los servicios jurídicos del despacho (no cuando “se presten” otro tipo de servicios, ajenos a la profesión de Abogado). Por último, este deber de sigilo es aplicable también respecto a los profesionales no abogados integrados en un despacho multiprofesional, a que se refiere el artículo 29 del Estatuto General de la Abogacía Española, dado que su actuación no es independiente de la organización, que ampara el RD 658/2001.

Lo acabado de exponer viene recogido, tenuemente, en el propio artículo 3 LPBC, al desarrollar la obligación de “colaborar con el SEPBLAC... comunicando operaciones sospechosas... y facilitando la información requerida...”; en el que, además de referirlo a operaciones sospechosas con el blanqueo de capitales (no al conocimiento del origen delictivo de los bienes), exime de la misma a “los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de todos los procedimientos”.

Pero el texto transcrito, pese a que puede parecer lo contrario, no es muy claro. El problema surge en el entendimiento del concepto “determinación de la posición jurídica” en el llamado *asesoramiento jurídico preventivo*, pues no resulta sencillo concluir si el derecho a la defensa del cliente, si la protección jurídica por él demandada con amparo constitucional, va más allá de la asistencia letrada en procedimientos judiciales o administrativos, respecto de los que, por imperativo legal, también ha de guardar sigilo. Cosa distinta, por supuesto, es el asesoramiento *para* blanquear.

Atendiendo a la redacción del citado artículo, parece indubitado que en todo lo que se refiere al derecho de defensa, la confidencialidad del Abogado, el secreto profesional, es invulnerable pues la defensa del cliente quedaría desdibujada si su Abogado, al mismo tiempo, “colaborara” con la Administración (denunciado ante el SEPBLAC sus “sospechas”).

VI. La responsabilidad del abogado por las infracciones administrativas y penales

Desde el punto de vista administrativo, en principio, responsable del cumplimiento de la norma preventiva lo es el sujeto obligado (persona física o persona jurídica). En el caso de personas jurídicas (por ejemplo, un despacho colectivo de Abogados) la responsabilidad sancionatoria por el incumplimiento de la norma preventiva se extiende, en régimen de compatibilidad, a cuantos ejerzan cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, cuando las infracciones “sean imputables a su conducta dolosa o negligente” (art. 7 LPBC). Esta extensión –y duplicidad sancionatoria– no supone una quiebra al principio *ne bis in idem*, dado que se tratan de sujetos responsables distintos (por lo que no se da la triple identidad: sujeto, objeto y fundamento).

Es decir, junto a la responsabilidad corporativa, se recoge la de los administradores y directivos, compatible con la primera, siempre que su intervención en el incumplimiento sea debido, cuando menos, a su culpa.

En virtud del principio de legalidad en materia sancionadora, derivado del artículo 25 CE, la tipificación de las infracciones y sanciones se regulan en la LPBC. Las infracciones pueden ser graves o muy graves según el incumplimiento del mandato legal a que se refiera. El artículo 5 LPBC, pese a haber sido modificado en 2003, contiene aún reminiscencias anacrónicas (como lo es la cita a un precepto del Código Penal de 1973 que ya llevaba más de ocho años derogado) y es el que recoge los diversos tipos infractores.

Por lo que se refiere a las sanciones, el cuadro sancionador establecido en los artículos 8 y 9 LPBC está inspirado en el de la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito y en el caso de la sanción pecuniaria las multas pueden alcanzar la cuantía de la mayor de entre las siguientes cifras: del 5% de los recursos propios de la entidad el duplo del contenido económico de la operación de 250 millones de pesetas (sic), es decir su equivalente en euros. Las sanciones, conforme a lo recogido en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) se han de graduar en base a criterios de culpabilidad y gravedad. Estos criterios se establecen en el artículo 10 LPBC y son aplicables tanto para la imposición sancionatoria corporativa como, en su caso, la de sus directivos. Son los siguientes:

- Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.
- La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

- Las sanciones firmes por infracciones muy graves de las previstas en esta Ley impuestas al sujeto obligado en los últimos cinco años.
- El grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos que concurra en el interesado.
- La conducta anterior del interesado, en la entidad inculpada o en otra, en relación con las exigencias previstas en esta Ley.
- El carácter de la representación que el interesado ostente.
- La capacidad económica del interesado, cuando la sanción sea multa.

El artículo 12 LPBC, desarrollado por el Capítulo III del Reglamento (art. 17), regula el procedimiento sancionador con remisión al regulado para los bancos en el RD 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros. Nuevamente, en el mismo saco de las instituciones financieras se mete a los abogados (y otros profesionales y actividades).

Las fases procedimentales y los derechos del expedientado (“presunto responsable”) se regulan tanto en el Título IX de la LRJPAC como en el RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, común para todas las Administraciones públicas. La instrucción de los expedientes sancionadores compete a la Secretaría de la Comisión de prevención de blanqueo de capitales e infracciones monetarias y la resolución al Presidente del Comité Permanente de la Comisión de prevención de blanqueo de capitales e infracciones monetarias correspondiendo la competencia para imponer las sanciones tanto al Ministro de Economía para infracciones graves, como al Consejo de Ministros (a propuesta del Ministro de Economía) en el caso de infracciones muy graves. La resolución de éste pone fin a la vía administrativa, dejando, por tanto, expedita la vía contencioso-administrativa. Pero si de la instrucción del expediente sancionador se detectara que los hechos pudieran ser constitutivos de delito, el expediente se suspende, remitiéndose el “tanto de culpa” correspondiente al Ministerio Fiscal a fin de que por éste se denuncien, en su caso, los hechos ante el Juzgado.

VII. La investigación del delito de blanqueo de capitales y el derecho de defensa

Las leyes procesales marcan el camino que ha de seguir el Juez de Instrucción o quien lleve la investigación de hechos delictivos, so pena de dejar en papel mojado las proclamas pro derechos fundamentales recogidas en la Constitución.

La experiencia está demostrando que la actuación policial –de la que se sirve el Fiscal y el Juez de Instrucción—, salvo honrosas excepciones, dista mucho de lo que debe ser en un Estado de Derecho (en el que se respeten los derechos a la presunción de inocencia, a la defensa, a la intimidad y al honor) una actuación que sepa conciliar la eficacia con la seguridad jurídica y los derechos fundamentales. Actuar y moverse por estereotipos, si bien han valido para detener y enjuiciar a algunos delincuentes, resolviendo ciertos casos concretos, suponen en muchas ocasiones un retroceso de siglos en el reconocimiento de tales derechos fundamentales.

Quien suscribe está verdadera y lealmente comprometido en la lucha contra el blanqueo de capitales, empezando por la reprensión administrativa de los llamados “sujetos obligados” de la norma prevencionista cuando incumplen aquellas obligaciones que claramente les vienen impuestas y que no estén en colisión con otros mandatos de rango superior. Por su parte, admiro –y como ciudadano, agradezco— la ingente labor que realizan las fuerzas y cuerpos de seguridad y demás colaboradores o integrantes de la Administración de Justicia, a la que he pertenecido en activo durante varios años. Pero sería deshonesto –y como jurista, indigno de merecer tal título— si no denunciara el grave daño que se produce a la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales con cierto tipo de actuaciones (más de las que nos podemos imaginar) cuando son llevadas a cabo de cara a la galería, sin criterio profesional, pero con toda la fuerza y poder que el Estado confiere a quienes ejercen potestades públicas (y más si se amparan en la lucha contra el “crimen organizado”).

Hay demasiados “palos de ciego” (autos de sobreseimiento o sentencias absolutorias), sencillamente porque no se sabe qué es lo que hay que atacar, cuál es el enemigo. La norma no es nada clara. Los textos normativos son obsoletos y están en contradicción entre sí. Por eso se tira “de oído”. Se sabe –eso creen— que si se dan ciertas circunstancias, sobre todo tener signos exteriores de riqueza, es que “algo hay de raro”; y si es ruso o tiene residencia en un Paraíso Fiscal. ¿Qué más hay que esperar?: ya se tienen todos los ingredientes para montar la historia – que al buen ciudadano le repulsa— de que el dinero incautado procede del delito y “allá te las apañes, búscate un buen abogado (con riesgo para éste si se involucra demasiado en la defensa, traspasando unos límites no regulados) y a demostrar que tu patrimonio no procede del delito”. Todo el que se acerque al blanqueador –una especie de peste del siglo XXI— se contagia y contamina; da igual que sea su médico, su abogado o su amante.

Quienes nos movemos “en tribunales” los oímos, incluso de las propias oficinas públicas. Y no digo que alguna vez estos ingredientes formaran parte del guión llevado luego como punto primero del escrito de acusación y que el Juzgador lo tomara como hecho probado de su sentencia condenatoria; pero que esto fuera así no significa que siempre lo sea y que por tanto implique, contra los derechos

fundamentales –y el dinero de todo los españoles, que se usa para montar estos tinglados de miles y miles de folios (que todos se pierden)— que el sospechoso de blanqueo tenga que demostrar desde la cárcel (donde la preventiva dura alrededor del año) su inocencia contando con la caridad de sus amigos y familiares, porque su estancia en la sombra va acompañada de la intervención de todas sus propiedades y de sus empresas, el blanqueo de sus cuentas corrientes, etc., no importando no sólo el drama del criminal blanqueador –nada de presunto— sino tampoco el de los trabajadores y sus familias, que de él dependen.

Es penoso –y lo digo con enorme tristeza— saber que el Juez de Instrucción, en esta parafernalia, ni ve ni observa la realidad que ha de juzgar, sino que se mueve a través de los folios y expedientes que de forma interesada se han ido tejiendo siempre a espaldas de una de las partes, con declaraciones de secreto de las actuaciones que se prolongan meses y meses, a veces hasta años, con el fácil argumento –que se reproduce en forma de auto cada mes- de que, pese a que la investigación pudiera llevar en manos de la policía varios años antes, también a espaldas de los investigados, “interesa a la instrucción de la causa acceder a lo solicitado por el Fiscal... porque así se lo pide la Policía” (lo que, una vez más, agudiza la indefensión de quien no puede probar la licitud de su patrimonio, al desconocer no sólo lo que se toma como base de la imputación sino, las medidas intervencionistas llevadas a cabo, de las que no se le han dado traslado, y que no puede impugnar, sencillamente “porque son secretas”). Y esta ignorancia institucional provoca, aun sin quererlo el Juez, un retraso en la tramitación, a expensas del ritmo que le marque la policía. Y los Jueces caen en la trampa. No tienen más remedio. No disponen de medios, y están sometidos a la presión mediática y del tiempo; muchas veces importa más “sacar papeles”, que ya se defenderá en el plenario, que hacer justicia durante la instrucción judicial de las causas.

Afortunadamente, la gran mayoría de los policías, y de los Jueces y Fiscales, faltaría más, no responden a este modo de actuar que en este materia, por las deficiencias organizativas y normativas denunciadas, se impone a marchas forzadas, muchas veces porque, mirando para otro lado, se sigue el fácil camino de aceptar lo que hay, aunque sea a regañadientes, sin buscar la solución a una praxis en la investigación e instrucción de las causas por delito de blanqueo de capitales que lleva camino de derruir el Pórtico de la Constitución, y con ello el deseo de nuestra Nación, al establecimiento de la justicia, la libertad y la seguridad.

Espero con esta exposición permitir a que el debate que a continuación tendrá lugar esté rico en opiniones y aportaciones que contribuyan a ser más eficaces y justos en la lucha contra el blanqueo de capitales.

