

CRIMINALIDAD ECONÓMICA

Manuel Jaén Vallejo

Profesor Titular de Derecho Penal.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CRIMINALIDAD INFORMÁTICA
 - 2.1 Espionaje
 - 2.2 Sabotaje informático
 - 2.3 Manipulación informática
 - 2.4 Hurto de tiempo
 - 2.5 Consideraciones finales
- III. EL *CORPUS JURIS* EUROPEO
 - 3.1 La protección de los intereses financieros de la Unión Europea
 - 3.2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas
 - 3.3 El derecho penal en el *Corpus Juris* Europeo
 - 3.4 El principio de culpabilidad
 - 3.5 Autoría y participación
 - 3.6 Concurso de delitos

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal económico constituye hoy en día un ámbito de extraordinaria importancia en la dogmática penal, sin duda por la preocupación cada vez mayor de los legisladores por la criminalidad vinculada al sistema económico, en la que la empresa y el empresario, como agentes económicos, tienen un papel protagónico especial, porque en torno a ellos y a la actividad empresarial tiene lugar, básicamente, la delincuencia económica. En Europa, además, ha influido mucho en este fenómeno la propia configuración de un mercado regido por las normas del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Por ello, no es de extrañar que sea en esta materia donde se estén produciendo más conexiones con el Derecho europeo, y, por tanto, donde se pueda lograr una armonización, no sólo del derecho penal sino también del derecho procesal penal.

Pero: ¿Qué es el derecho penal económico? ¿Qué es un delito económico? Tradicionalmente, la clasificación de los delitos se ha hecho sobre la base de un sistema clasificatorio de los bienes jurídicos protegidos, distinguiéndose entre delitos contra bienes jurídicos del individuo y delitos contra bienes jurídicos de la comunidad. Pero lo cierto es que este criterio no siempre resulta útil. Es lo que ocurre precisamente en los delitos económicos, en donde se protegen bienes difusos y no pocas veces a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto. Categoría esta última que cada vez es más importante. En palabras de Jakobs, la evolución hacia los delitos de peligro abstracto es irreversible¹. En estos delitos el único interés que se lesiona es el interés en que no se vulneren las normas y este es el verdadero interés

¹ Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 43 y 44.

que se protege en las normas penales². En concreto, en los llamados delitos contra el orden económico y social, que rubrica el título XIII del Código penal español (arts. 234 y ss.) ninguno de tales delitos vulnera, en realidad, ni siquiera ponen en peligro, el sistema económico y social, aunque sí vulneran las normas que integran dicho orden económico y social, en particular las que rigen en una sociedad de economía de mercado, según el modelo constitucional y comunitario europeo. Entre esas normas, cuya vulneración podría realizar alguno de los mencionados delitos, se encuentran las que regulan el juego económico, exigiendo el pago de los preceptivos tributos (arts. 305 y ss. del Código penal), prohibiendo, por ejemplo, todas aquellas acciones dirigidas a impedir, restringir o falsear la competencia, esto es, las prácticas restrictivas de la competencia³, y, evidentemente, prohibiendo los monopolios, así como el sobreendeudamiento, con sanción de las distintas hipótesis de insolvencia: alzamiento de bienes, quiebra, concurso y suspensión de pagos (arts. 257 y ss. del Código penal). Pero también hay comportamientos, que podríamos agrupar bajo el título de "corrupción económica", que tienen mucho que ver con la empresa, como es el caso de las entregas de dinero en forma de ayuda a partidos políticos, a veces vinculadas a determinadas actuaciones sobre las que no deberían influir aquéllas y el blanqueo de dinero (arts. 298 y ss. del Código penal). Y también se han sumado últimamente a esta categoría del derecho penal económico los delitos especialmente relevantes en el ámbito de la empresa, como es el caso de los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 y ss.) y la administración desleal de patrimonios ajenos (arts. 252 y 290 y ss. del Código penal). En ocasiones, incluso, la criminalidad empresarial puede vulnerar la salud de las personas; es lo que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 y ss.), en los delitos en relación a productos alimenticios (arts. 363 y ss.) y en los delitos contra la seguridad en el trabajo (art. 316). Y en otras ocasiones puede vulnerar el ejercicio de la función pública, conforme al sistema de valores instaurado en la Constitución⁴: delitos de cohecho y tráfico de influencias (arts. 419 y ss.), delito de malversación (arts. 432 y ss.) y delito de prevaricación (arts. 404 y ss.).

II. CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

En la criminalidad económica hay un aspecto, el de la delincuencia económica, que cada vez tiene mayor importancia, en especial en el ámbito de la empresa. En

2 Cfr. Jakobs, op. cit., pp. 25 y ss.; Bacigalupo, *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 20, añadiendo que "los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), así como los llamados fundamentos del orden político y la paz social y los derechos fundamentales de ellos derivados, marcan los límites del legislador para la creación de normas penales (arts. 1, 10, 14 y ss. y 53 CE).

3 El art. 38 CE reconoce el principio de libre competencia en los siguientes términos: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Por su parte, el Código penal prevé los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262) y los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 284).

4 Según el art. 103.1 CE, "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

la dogmática penal actual hay un nuevo paradigma: el de la “sociedad de riesgos”⁵. Se dice que la sociedad actual es una sociedad de riesgos, en la que se admiten, evidentemente dentro de ciertos límites, los riesgos que derivan del tráfico rodado, ferroviario y aéreo, de la utilización de gases, de la existencia de centrales nucleares, necesarias para facilitar energía eléctrica, pero que amenazan parte de la civilización, la producción y comercialización de productos de carácter alimenticio en grandes cantidades, con grave riesgo para los consumidores, la manipulación genética, con peligro de selección de razas, a través de la creación de seres humanos por clonación, etc. Esta innegable realidad exige la comprensión de la sociedad. Son riesgos exigidos por la modernización e industrialización de la sociedad, que sin duda plantean y seguirán planteando nuevas necesidades al Derecho penal a lo largo de los próximos años⁶.

Pues bien, como un claro fenómeno asociado a estos “nuevos riesgos” de la sociedad, se encuentra la informática⁷. No cabe duda que la informática proporciona muchos beneficios, pero, al mismo tiempo, origina no pocos riesgos, porque al generar una abundante información, en poco tiempo y en un espacio muy reducido, puede afectar a la esfera privada del individuo⁸. En este sentido, la existencia de bancos de datos personales y su posible manipulación puede afectar a la intimidad de las personas. En España, afortunadamente, la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 29 de octubre 1992, proporciona la protección administrativa de esta información, cuidando por el uso de dichos datos personales.

Cada vez es más frecuente el pirateo y sabotaje de programas, especialmente en Internet, quizás porque a través del ordenador es mucho menor la conciencia del riesgo de la acción y de la crítica social que en otros supuestos tradicionales. En Estados Unidos hace ya tiempo, y más recientemente en Europa, constituyen una verdadera preocupación los *hackers*, cuya habilidad en el pirateo informático puede llegar a poner en verdadero apuro a los expertos en seguridad. Es famosa la leyenda de Kevin Mitnick, un *hacker* que en Estados Unidos robó información valorada en muchos millones de dólares, procedente de los sistemas informáticos del Gobierno de aquel país⁹. También es muy frecuente el uso de copias pirateadas de programas,

5 Cfr. Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986; Pérez del Valle, C., "Sociedad de riesgos y reforma penal", *Poder Judicial*, núms. 43-44 (1996), pp. 61 y ss.; López Barja de Quiroga, J., "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos", *Poder Judicial*, núm. 48 (1997), pp. 289 y ss.

6 Cfr. Hilgendorf, "Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft?", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 10 y ss.

7 Un estudio particular sobre las principales cuestiones que plantea la informática en el derecho penal puede encontrarse, entre otras obras, en: Mir Puig (ed.), *Delincuencia informática*, Barcelona, 1992; Sieber, *Computer und Recht*, 1995; González Rus, "Protección penal de sistemas. Elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos", *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, Madrid, 1997, pp. 517 y ss.

8 Cfr. Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, en especial pp. 325 y ss.

9 V. Takedown, ed. Alfaguara.

que evidentemente afectan a la propiedad intelectual de sus titulares. Según unos recientes estudios estadísticos, menos de la mitad de los programas son legales (!). Y es que, en verdad, no es fácil prevenir este tipo de prácticas, al menos mientras que los fabricantes de programas (*Microsoft*, por ej.) les pongan precios tan elevados y difícilmente asequibles a gran parte de los usuarios; mientras que un programa original cueste 100.000 ptas. y una copia 5.000 ptas., o un CD-Rom 50.000 y una copia 1.000, será difícil resolver este problema.

La clasificación que sigue mayoritariamente la doctrina moderna en este ámbito de la llamada criminalidad informática, distingue cuatro grandes grupos¹⁰: espionaje informático, sabotaje informático, manipulación informática y "hurto de tiempo". Veamos, brevemente, la respuesta que el Código penal español de 1995 da a cada uno de estos fenómenos.

2.1 Espionaje informático

El espionaje informático se refiere a aquellas invasiones no autorizadas en instalaciones (y programas) ajenos e investigaciones de datos ajenos. Pues bien, el nuevo Código penal, dentro de los "Delitos contra la intimidad" y, concretamente, entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, contempla algunas hipótesis, como las siguientes:

- Ante todo, al asimilar el correo electrónico al correo postal, el Código está protegiendo igual uno y otro correo, otorgando al correo electrónico el carácter de inviolable; el art. 197 castiga la lectura de mensajes privados de usuarios sin consentimiento de éstos¹¹.
- El mismo artículo castiga la utilización y revelación de datos reservados que se hayan registrado en ficheros y soportes informáticos, electrónicos o telemáticos.
- Si se produce un apoderamiento de soportes informáticos para descubrir el secreto de empresas entra en consideración el art. 278¹².

Recientemente, en una *Sentencia de 18 de febrero de 1999*, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha resuelto un caso favorablemente a los intereses protegidos en

10 Cfr. Hilgendorf, "Grundfälle zum Computerstrafrecht", *Juristische Schulung* (JuS), 1996, 509 y ss.

11 El art. 197.1 del Código penal sanciona con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, al que "para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación"; luego el apoderamiento del mensaje, su simple lectura, del correo electrónico, siempre que afecte a la privacidad, puede ser constitutivo de delito.

12 "1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del art. 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses".

el art. 197, en el que un periodista había obtenido un archivo informatizado con los datos de enfermos afectados por el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida internos en una Prisión y otro en el que figuraban los internos destinados en la cocina, y al comprobar que había dos nombres incluidos en una y otra lista, publicó un artículo denunciando el hecho y mencionando con sus nombres y apellidos y otros datos personales a dichos enfermos de sida. El Tribunal Supremo, en contra de lo sostenido por el órgano *a quo* (Audiencia Provincial de Las Palmas), considera que la expresión “en perjuicio de” que contiene el precepto (art. 197.2 del Código penal) no implica ningún ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero; el tipo penal simplemente exige, como todos los tipos penales, el necesario elemento subjetivo: el dolo. También rechaza el Tribunal Supremo la eximente del derecho a comunicar información veraz (art. 20.7 del Código penal, en relación con el art. 20.1.d) de la Constitución), por entender que la publicación de los datos personales de los dos enfermos de sida no era necesaria para informar a la opinión pública de la noticia; “lo noticiable - dice la Sentencia del Tribunal Supremo - era la mera presencia de enfermos de sida en la cocina de la prisión, no la identidad de los mismos”. En consecuencia, la Sentencia del Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia de la Audiencia y dicta una segunda Sentencia condenatoria.

De todos modos, el art. 197 está limitado a los “datos reservados de carácter personal o familiar”, es decir, datos inherentes a la intimidad, que no se desea, por lo general, que trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar. Otros secretos quedarían fuera del ámbito de protección penal.

Veamos un ejemplo: B escribe una carta personal en su ordenador y la archiva; en su ausencia y contra su voluntad, A incorpora la carta a un archivo de trabajo y la lee en la pantalla¹³. En España, la aplicación del art. 197 del Código penal exigiría que dicha carta contuviera datos personales de carácter reservado, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en los que para el espionaje de datos es indiferente que los datos sean secretos¹⁴, aunque la revelación de secretos es un comportamiento castigado aparte (§ 203 StGB). Además, la aplicación del art. 197 estaría limitada a las medidas de protección; si A resulta que estaba autorizado para manejar los archivos en los que se encontraba la carta (por ej., si A y B trabajan en una red y toman datos de archivos comunes en los que se encuentra la carta), y B, sobre la base de que estos archivos era accesibles a otras personas, no dispuso medidas de seguridad de los datos, no puede considerarse que el caso sea siempre punible¹⁵.

Los “datos no reservados”, aunque estén especialmente protegidos por el titular, no pueden subsumirse en el art. 197, a pesar de que, por ejemplo, otra persona, un

13 Hilgendorf, JuS, 1996, cit., p. 511.

14 Así, por ejemplo, el § 202 a StGB alemán, contiene una previsión genérica, al sancionar a “quien sin autorización se procure a sí mismo o a otro datos especialmente asegurados contra ilícitas intromisiones”.

15 Pérez del Valle, en esta hipótesis aprecia el consentimiento presunto del titular, como causa de justificación, luego, a su juicio, “sólo sería posible acceder a la información cuando se actúe en interés del titular y siempre que no sea posible obtener su consentimiento en forma expresa”, op. cit., p. 81.

hacker, a través de un insistente empleo del teclado haya logrado encontrar el *Password* para acceder al programa y procurarse el dato. Esta situación pone de manifiesto la insuficiencia de la regulación penal actual. La única posibilidad de protección de esos datos no secretos (en el sentido del art. 197) es a través de la protección de la propiedad intelectual, concurriendo los requisitos de las exigencias registrales de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁶. El art. 270 del Código penal regula la protección de cualquier obra de propiedad intelectual en cualquier formato, incluso las depositadas en Internet¹⁷.

En resumen, el llamado “hurto de datos” referido a programas o datos no secretos, que no estén incluidos en la protección de la propiedad intelectual (art. 270), bien porque no sean obras literarias o artísticas, bien porque no estén inscritos, no es punible, aun cuando estén especialmente asegurados con medidas establecidas por su titular (!), salvo lo que se dirá más adelante a propósito del “hurto de tiempo”.

2.2 Sabotaje informático

El llamado sabotaje informático se refiere a supuestos de deterioro o destrucción de datos, verdaderos ataques a los sistemas informáticos, sancionados en el art. 264.2 con pena de hasta tres años de prisión. En particular se sancionan las siguientes conductas: destrucción, alteración, inutilización (a través de virus, por ejemplo), de datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos¹⁸.

También es interesante la previsión contenida en el art. 270, relativo a tipos penales de protección de la propiedad intelectual, cuyo párrafo 3º sanciona “la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de un ordenador”; luego la simple tenencia de un programa virus en el ordenador puede ser causa de sanción penal.

En el ámbito de la regulación del delito de daños del art. 264.2 se ponen de manifiesto algunas disfunciones e incoherencias de la legislación penal española aplicable a esta materia. Así, resulta que mientras que la sustracción (sin violencia ni intimidación) de un disquete, por ejemplo, que contiene datos no reservados (luego no se podría aplicar el art. 197) y no registrados como propiedad literaria, artística o cien-

16 En la actualidad está vigente el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996.

17 Art. 270. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios (...).

18 El art. 264.2 del Código penal sanciona “al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos”.

tífica (luego no se podría aplicar el art. 270), sólo podría dar lugar a una falta de hurto (art. 623.1 del Código penal), su destrucción, sin embargo, podría realizar el delito sancionado en el art. 264.2. En realidad, falta una visión de conjunto de la criminalidad informática, como se pone también de relieve en la llamada estafa de computación, a la que me voy a referir a continuación.

2.3 Manipulación informática

Los delitos más frecuentes en el ámbito de la delincuencia informática tienen que ver con la criminalidad económica, a través de la alteración de datos con el objetivo de influir en el resultado de su procesamiento (manipulación informática). En Alemania (Hamburgo) ocurrió hace años un caso curioso de estafa de computación. El empleado de un Banco, experto en ordenadores, había modificado un programa de tal modo que los centavos de las cantidades transferidas a las distintas cuentas de los clientes ingresaban automáticamente en una misma cuenta, que, naturalmente, se encontraba a nombre de aquel empleado. Esta irregularidad se llegó a conocer porque cada uno de aquellos ingresos - aunque por sí solo era insignificante - daba lugar a un comunicado escrito, de manera que la cantidad de papel acumulado en el Banco - en donde al parecer se había domiciliado el correo - levantó sospechas, y, finalmente, se averiguó la identidad del estafador¹⁹. Pues bien, esta "estafa" mediante ordenador, en la que el "engaño" consiste en modificar la programación de un ordenador y obtener así unos determinados beneficios, plantea el problema, a la hora de poder sancionar por un delito de estafa (art. 248 del Código penal español), de que sólo se puede engañar a una persona (!); ¡los ordenadores no se equivocan!, luego en tales casos, en principio, difícilmente se podría afirmar el engaño y el error, elementos esenciales de la estafa. Precisamente, como consecuencia de esta dificultad, se introdujo en Alemania y en Suiza, la llamada *estafa de computación* (*Computerbetrug*)²⁰. También nuestro Código penal de 1995 ha introducido esta figura, al castigar en el art. 248.2 "a los que valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero".

La anterior previsión legal es consecuencia de la demanda hecha por la doctrina para resolver los casos vinculados a la utilización no autorizada de tarjetas de cajero automático²¹. Sin embargo, la regulación legal de la estafa de computación no satisface todas las expectativas que generaba su necesidad, pues el tipo penal exige una transferencia no consentida de activos patrimoniales como resultado, que debe imputarse a acciones de "manipulación informática o cualquier artificio semejante".

19 V. Tiedemann, K., *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pp. 121 y ss.

20 El § 263 a) StGB sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años al que "con intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial, dañe el patrimonio de otro influyendo sobre el resultado de un procesamiento de datos por medio de una incorrecta configuración del programa, o de la utilización de datos incorrectos o incompletos o por medio de cualquier otra intervención no autorizada en el procesamiento".

21 Cfr., Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, ed. Akal, Madrid, 1991, pp. 197 y ss.

Pero, ¿qué ocurre en los casos en los que el sujeto se apropia de una tarjeta y luego la utiliza para extraer dinero de un cajero automático, es decir, sin manipulación alguna? En la regulación alemana no habría ningún problema para comprender este supuesto, pues el parágrafo 263 a) StGB no requiere necesariamente una manipulación. Parece claro, pues, que en los casos de ausencia de este elemento, exigido en el art. 248.2 del Código penal español, difícilmente se podrá aplicar el tipo penal de estafa en España. En la teoría, e incluso los propios tribunales, han intentado cubrir esta laguna aplicando el tipo penal de robo con fuerza en las cosas del art. 238. Sin embargo, no es claro que en el caso con el que se está ejemplificando concorra un elemento esencial de los tipos penales de robo y hurto como es el elemento “sin la voluntad de su dueño”, pues el Banco tiene instalado un programa en los cajeros automáticos, según el cual el dinero debe entregarse a todo aquel que introduzca la tarjeta pulsando la correspondiente clave; y en el caso planteado es esto precisamente lo que ocurre, luego el Banco, que es el dueño del dinero, consiente en entregar el dinero. Se ha dicho que el Banco no quiere que el dinero se entregue a otras personas que no estén autorizadas; pero la realidad es la que está plasmada en el programa.

De todos modos, podría interpretarse la “manipulación” en la actividad informática de manera que pudiera tomarse en cuenta el elemento de actuación frente al consentimiento de la víctima, comprendiendo tanto las manipulaciones del *Input* (manipulaciones del programa), entre las que habría que incluir tanto la introducción de datos y programas incorrectos como la utilización no autorizada de datos (la clave para extraer dinero del cajero, por ej.), como las manipulaciones de desarrollo, referidas a la intervención incorrecta en el procesamiento y tratamiento de datos²². En cuanto a las manipulaciones del *Output* (maquinaciones para la emisión de datos falsos o incorrectos), las soluciones pueden ser diferentes: si se trata de soportes informáticos con eficacia de documento, podrían entrar en consideración los tipos de falsedades (art. 26 y arts. 390 y ss.), así como los tipos previstos exclusivamente para la alteración de datos, como el del art. 197.2 (2º inc.), si se trata de datos personales o familiares reservados, y si se producen daños, el tipo penal del art. 264.2.

2.4 Hurto de tiempo

Ya vimos que el “hurto de datos” sólo puede reconducirse, bien al art. 270 (propiedad intelectual), bien al art. 197 (si se trata de datos secretos). Ahora bien, ¿qué ocurre con el intruso informático (el *hacker*), que accede a un sistema informático sin estar autorizado, fuera de los supuestos anteriores? La única respuesta penal que se podría dar a esta hipótesis es la prevista en el art. 256, que sanciona “al que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 50.000 ptas.”²³, aunque hay que tener presente que es una figura ubicada entre los delitos contra el patrimonio y contra el

22 Cfr., en este sentido, Pérez del Valle, op. cit., p. 79, con cita de Dreher/Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 263 a-3a.

23 V. también el art. 623.4 del Código penal.

orden socioeconómico, que exige la producción de un perjuicio y que, además, al hablar del uso del equipo terminal parece abarcar tanto el *software* como el *hardware*, luego no parece que el legislador estuviera pensando precisamente en el *hacker*. El art. 256, pues, podría aplicarse en los supuestos del llamado “hurto de tiempo” de un ordenador; por ej., el empleado de una empresa utiliza un ordenador para hacer trabajos personales (¡incluso dentro del horario de trabajo!).

2.5. Consideraciones finales

Nadie duda que es absolutamente necesaria la confianza de la sociedad en la seguridad de los sistemas informáticos. Hemos visto que la informática presenta distintos aspectos, casi siempre relacionados con la empresa y su patrimonio, que deben contar con la adecuada respuesta penal. Sin embargo, en la regulación actual se observa demasiada dispersión en esta materia y muchas de las figuras examinadas no captan plenamente la problemática que se quiere resolver. La utilización del ciberespacio y la criminalidad informática cada día plantea nuevos problemas que habrá que ir resolviendo. Por ejemplo, los mensajes encriptados en el correo electrónico a través de determinados programas hacen difícil conocer si lo que se transmite en Internet es nocivo, ante el desconocimiento de las claves de encriptación. También dificulta la persecución el hecho muy generalizado de la utilización de ordenadores de otras personas, instituciones u organismos públicos, como los de la Universidad, pues al ser utilizados por muchas personas, el autor puede perfectamente mantenerse oculto.

III. El *Corpus Juris Europeo*

3.1. Necesidad de protección de los intereses financieros de la Unión Europea

Hoy nadie duda que la política fiscal es un instrumento esencial dentro de la política económica del Estado, y que, por consiguiente, el llamado derecho penal fiscal puede y debe estudiarse dentro del derecho penal económico. Por supuesto, el fraude de subvenciones está sustancialmente relacionado con esta materia, sólo que mientras que el fraude fiscal afecta a las entradas de dinero que deberían producirse en el Tesoro, el fraude de subvenciones afecta a las salidas de dinero. Y así como la importancia de la subvención en un Estado social y democrático es innegable, pues es uno de los instrumentos de los que dispone el Estado para alcanzar el “orden económico y social justo”, al que se refiere la Constitución española en su preámbulo, también en el ámbito de la Unión Europea tiene una extraordinaria importancia porque la subvención constituye uno de los instrumentos principales de la Unión Europea para conseguir sus fines.

Los avances y logros de la Unión Europea son seguidos muy de cerca en Iberoamérica, en donde los países del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; y como asociados Chile y Bolivia) están estrechando sus relaciones para el logro de una convergencia de sus políticas económicas, tomando como referencia la experiencia europea.

Hace ya tiempo que un destacado autor alemán, Tiedemann, en un importante estudio sobre la defraudación de las subvenciones públicas²⁴, advirtió que la posibilidad de obtener una prestación sin contrapartida y con un control muchas veces insuficiente, convierte a la subvención en un factor criminógeno por sí mismo²⁵. Y es que las dificultades en el control de las subvenciones y ayudas públicas no es fácil, pues hay numerosas entidades y personas beneficiarias, tanto en el ámbito industrial como en agrario, donde las ayudas de algunos de los Fondos comunitarios, pueden llegar al millón de agricultores. Hay un caso que tuvo en su momento un gran importancia en la Comunidad, el "caso del maíz griego". En 1986 se exportaron desde Grecia a Bélgica 20.000 toneladas de maíz, declarando los responsables que se trataba de maíz de origen griego, cuando, en realidad, se trataba de maíz procedente de Yugoslavia, por lo que la exportación no quedó sujeta al correspondiente arancel aduanero. A pesar de los apremios realizados desde la Comisión al Gobierno de Grecia para que se iniciaran los correspondientes procedimientos sancionadores ante este caso claro de fraude al arancel agrícola comunitario, éstos no se produjeron, por lo que finalmente la Comisión acudió al Tribunal de Justicia de la Comunidad, que en su Sentencia de 21 de septiembre de 1989, ante la inactividad del Gobierno de Grecia, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea, relativo a la asimilación de la protección de los intereses de la Comunidad a la que corresponde a los intereses nacionales, afirmó que la protección de esos intereses comunitarios debía ser disuasiva, proporcionada y eficaz²⁶. Y poco después, con ocasión de la aprobación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, se introdujo en el Tratado de la Comunidad Europea el artículo 209 A, en el que se declara lo siguiente:

"Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones"²⁷.

24 *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*, 1974.

25 Op. cit., p. 27.

26 Cfr., ampliamente sobre esta materia, Bacigalupo, "La protección de los intereses financieros de la C.E.E. en el Derecho penal español", en *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, editorial Akal, Madrid, 1994, pp. 203 y ss.; Grasso, *Comunidades Europeas y Derecho penal*, traducción de García Rivas, editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1993; Nieto Martín, *Fraudes Comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo*, Praxis, 1996; y Gómez Rivero, *El fraude de subvenciones*, tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 47 y ss. Recientemente, *Curso de Derecho Penal Económico*, Enrique Bacigalupo (director), editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, con amplias referencias al Derecho penal económico europeo y al proceso de unificación en esta materia, incluyendo el Corpus Juris.

27 Ahora, a partir del Tratado de Amsterdam, esta respuesta penal para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea se ha comunitarizado; v., supra, nota 4.

Los casos de fraude comunitario se siguieron produciendo, sobre todo en relación a la agricultura, que es donde tienen lugar la mayor parte de las subvenciones, unas veces con la finalidad de garantizar a los agricultores un sistema rentable y estable de precios, y otras con la finalidad de transformación de determinados cultivos. Tales subvenciones son concedidas por el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (Feoga), destacando las que se refieren a las llamadas restituciones a la exportación. En efecto, la Comunidad Europea, ante los numerosos excedentes agrícolas, y en el marco de una política común en el ámbito de la agricultura, paga a los exportadores de determinados productos para facilitar su salida a terceros países a un precio competitivo; si no fuera por esas ayudas, aquellos productos difícilmente se podrían exportar porque su precio en el mercado extracomunitario sería muy superior al de la competencia.

Ante la necesidad de protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, muchas veces por la ineficacia de la legislación interna de los Estados miembros, se ha ido elaborando en el seno de la Comunidad Europea una normativa sancionadora, en especial en el ámbito de la agricultura y de la pesca. En España, a partir del Código penal de 1995, se tipifican, como se dijo, varios comportamientos fraudulentos constitutivos de delito. Ahora, ante la necesidad de una respuesta uniforme en el seno de la Unión Europea a los casos de fraude comunitario, se propone una unificación del Derecho penal y procesal penal en materia de protección de sus intereses financieros, a través del *Corpus Juris*, elaborado, por encargo del Parlamento, por un grupo de expertos de los distintos países de la Comunidad, que representa, sin duda, un primer paso hacia la consecución de la armonización del Derecho de la Unión Europea en aquella materia, sobre la base de un espacio judicial común²⁸.

3.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

En la parte general del Derecho penal, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido una de las más debatidas en el espacio común europeo. La razón está también en los mismos intereses financieros a que antes me refería y la necesidad de su protección, aparte la dificultad que muchas veces existe para poder identificar las personas físicas responsables de una infracción, dada la estructura cada día más compleja de las empresas. Esta necesaria protección quedaría muy limitada si no se aceptara dicha responsabilidad, pues gran parte de los operadores económicos, cuyos comportamientos pueden incurrir en aquellos fraudes, son precisamente personas jurídicas. Ya en *una Recomendación de 20 de octubre de 1988*, el Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa propuso "la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa, la consecuencia para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan". De todos modos, el gran problema que presenta la posibilidad de responsabilizar

28 Cfr., Bacigalupo, en "Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la Comunidad: progresos y lagunas", *Curso de Derecho Penal Económico*, cit., p. 438.

penalmente a las empresas en numerosos Estados Europeos, a pesar de que últimamente hay ya un elevando consenso a favor, está en la tradición del viejo principio *societas delinquere non potest*.

En el *X Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Budapest, 1978), que trató monográficamente este tema, se puso de manifiesto un clima favorable, desde un punto de vista político-criminal, dada la cada vez mayor proliferación de sociedades relacionadas con la delincuencia económica, a la derogación de aquel viejo principio²⁹, aunque, desde un punto de vista dogmático, se objetaba que tal derogación no era posible por los conceptos dogmáticos de acción, culpabilidad y pena³⁰. Sin embargo, un sector importante de la doctrina se mostró partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque para ello fuera necesario reformular aquellos conceptos³¹.

En el Derecho penal europeo se ha ido receptando poco a poco la tesis favorable a la fórmula *societas delinquere potest*, esencialmente por razones de necesidad práctica, en especial en el ámbito del Derecho penal económico. En algunas legislaciones, como en Bélgica e Italia, aún en forma muy tímida, pues admiten únicamente la responsabilidad penal indirecta de la persona jurídica, permitiendo que la multa y la indemnización a los perjudicados pueda recaer en la persona jurídica en cuyo nombre e interés se haya actuado. Pero la mayoría de los países, como Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Noruega, admiten ya la responsabilidad penal directa de la persona jurídica³², a través de un sistema que permite, en los casos expresamente previstos y bajo determinadas condiciones, sancionar a las personas jurídicas, con independencia de la eventual responsabilidad de la persona física por un delito de comisión o de omisión. Concretamente, el nuevo Código penal francés de 1994 establece con carácter general en el artículo 121 que "las personas morales, con la exclusión del Estado, son responsables penalmente, en los casos previstos por la ley, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes. Los colectivos territoriales y sus agrupaciones no son responsables penalmente más que de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismo

29 Cfr., en este sentido, Zugaldía Espinar, J.M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 11/1980, pp. 70 y ss.

30 Cfr., en este sentido, Bajo Fernández, M., "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 371 y ss.

31 Cfr. Bacigalupo, E., "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo", *Revista del Foro Canario*, núm. 89/1994, pp. 209 y ss.; Righi, E., "Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio *societas delinquere non potest*", *Revista del Derecho Industrial*, núm. 15/1985 (enero-abril), eds. Depalma, Buenos Aires, pp. 35 y ss.; Tiedemann, K., en Jescheck-FS, 1985, pp. 1411 y ss. y, más recientemente, en "La responsabilità penale delle persone giuridiche nel Diritto Comparato", *Rivista Italiana de Diritto e procedure Penale*, 1995, pp. 615 y ss.

32 Admitida ya ampliamente desde hace tiempo en los sistemas jurídicos que tienen su origen en el common law, como EE.UU, Inglaterra, Canadá y Australia.

hechos". Por su parte, el artículo 131 de dicho Código prevé las penas aplicables a esas personas, pudiendo ser criminales, correccionales y contravencionales³³. El artículo 51 del Código penal holandés permite la sanción de las personas jurídicas, considerando imputable a ésta la infracción cuando la persona física haya actuado en la esfera de la persona jurídica, siendo necesario que el hecho cometido aparezca como una acción de la persona jurídica³⁴. En Noruega, según la reforma efectuada en 1991, se prevé en la parte general del Código penal la responsabilidad penal de las empresas, entendiendo por empresa no sólo las sociedades mercantiles y fundaciones, sino también las entidades públicas; según el artículo 48 a), "cuando un precepto penal es vulnerado por una persona que actúa en nombre de una empresa, ésta puede estar sujeta a una pena". En Portugal, el Decreto-ley núm. 433/82 establece en el ámbito administrativo sancionador que "las multas administrativas son aplicables tanto a las personas físicas como a las personas colectivas, así como a las asociaciones sin personalidad jurídica".

En el espacio judicial común europeo se prevé también la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, en relación a determinadas infracciones (artículos 1 a 8), sin perjuicio de la que corresponda a las personas físicas autoras o partícipes en los mismos hechos. Así, el *Corpus Juris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, establece, en su artículo 14, lo siguiente:

"Responsabilidad penal de entidades colectivas. 1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho. 2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas jurídicas, autores, inductores o cómplices de los mismo hechos".

Este sistema de exigencia de responsabilidad penal directa a la persona jurídica es preferible desde el punto de vista político-criminal, pues claro que la prevención del delito resulta más eficaz si la acción penal se puede dirigir tanto contra la persona física como contra la persona jurídica, evitando el inconveniente de condicionar la imposición de la pena a la persona jurídica a la previa averiguación y sanción de la persona física autora del delito, lo que resulta muchas veces difícil por la compleji-

33 V. Jean Pradel, "La responsabilidad penal de la persona moral" (trad. del francés de Aldo Figueroa y José Hurtado Pozo), Anuario Derecho Penal 96, Perú, 1997, pp. 75 y ss.

34 Cfr. H. de Doelder, "La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda", trad. de Blanca Mendoza Buergo, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann, B.O.E., Madrid, 1995, pp. 497 y ss.

dad de la distribución de funciones y competencias en el seno de las sociedades. El artículo 9 del *Corpus Juris* establece un catálogo de penas, entre las que se encuentran las aplicables a las personas jurídicas:

“*Penas.* 1. Son penas principales, comunes a todas las infracciones definidas en los artículos 1 a 8: a) Para las personas físicas: la pena privativa de libertad con una duración máxima de cinco años y/o multa de hasta un millón de euros, siendo posible fijarla en una cantidad que alcance hasta el quíntuplo del montante de la infracción. b) Para las personas jurídicas: la intervención judicial por un plazo máximo de cinco años y/o la multa de hasta un millón de euros, siendo posible fijarla en una cantidad que alcance hasta el quíntuplo del montante de la infracción. c) El comiso de los instrumentos y los productos con los que se haya ejecutado el hecho, así como de las ganancias provenientes de la infracción. d) La publicación de la sentencia condenatoria. 2. Son penas accesorias para las mismas infracciones: a) Para el delito previsto en el artículo 1, la inhabilitación para obtener subvenciones futuras hasta cinco años. b) Para el delito previsto en el artículo 2, la prohibición de participar en mercados futuros hasta cinco años. c) Para los delitos previstos en los artículos 3 a 6, la inhabilitación especial para cargo público comunitaria y nacional hasta cinco años”.

En España se receptó la fórmula *societas delinquere potest* en el ámbito administrativo sancionador, concretamente, con carácter general, en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁵ y, en particular, en los distintos ámbitos, como en el artículo 77.3 de la Ley General Tributaria, en el artículo 93 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, artículo 118 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, etc.

El Código penal español de 1995 no ha quedado al margen de esta nueva corriente, introduciendo, a través de su artículo 129, la posibilidad de que los Jueces y Tribunales puedan imponer a empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones, una serie de medidas, que aunque las denomina “consecuencias accesorias”, son verdaderas penas³⁶. Las penas previstas en dicho artículo son las siguientes: clausu-

35 Cuyo número 1 establece que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

36 Esta cuestión, de todos modos, no es pacífica, en absoluto, en la doctrina española; cfr., a favor de este punto de vista, Rodríguez Ramos, L., “*¡Societas delinquere potest!*. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, *La Ley*, núm. 4136, 3-10-1996, y en *Anuario Derecho Penal 96*, dedicado monográficamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (director José Hurtado Pozo), Perú, 1997, pp. 127 y ss., Zugaldía Espinar, J.M., “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 46/1997, pp. 327 y ss., y Bacigalupo, Silvina, en “Las consecuencias accesorias aplica-

ra temporal o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades por un plazo no superior a cinco años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; e intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores hasta un máximo de cinco años.

Hay que reconocer de todos modos que el legislador español ha olvidado sanciones características en la lucha contra la delincuencia económica y acordes con la naturaleza de las personas jurídicas, tales como la propia multa, la pérdida de beneficios fiscales, aplicación de beneficios económicos a fines sociales, publicación de la sentencia, prohibición de contratar con empresas públicas, etc. En verdad, el establecimiento de este catálogo de sanciones hubiera enriquecido el artículo 129 y facilitado los fines de prevención especial que con el mismo se pretenden³⁷.

Más allá de las palabras utilizadas por el legislador ("consecuencias accesorias"), y de la falta de un reconocimiento expreso en tal sentido, se puede afirmar en mi opinión que en España también se ha derogado el principio *societas delinquere non potest*, consagrándose el contrario, esto es, el principio *societas delinquere potest*, con las siguientes características:

- a) Que se trata de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, que no tiene por qué estar condicionada a la paralela persecución y sanción de una persona física. Dice al respecto Zugaldía, en su propuesta a la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, que "cometido presuntamente un delito de los que admite responsabilidad criminal de las personas jurídicas, la denuncia o la querrela podrá dirigirse indistintamente contra una persona física, contra una persona jurídica o contra ambas y las actuaciones judiciales acordadas durante la tramitación de la causa (artículo 129.2) podrán recaer sólo sobre la persona jurídica (...) aunque todavía no existan indicios racionales de criminalidad respecto de una persona física concreta. Del mismo modo, no podrá acordarse el sobreseimiento provisional de la causa por falta de autor (persona física) conocido si existe una persona jurídica a la que pueda imputarse el delito. Paralelamente, la absolución del imputado (persona física)

bles a las personas jurídicas en el Código penal de 1995", *Curso de Derecho Penal Económico* (varios autores; obra dirigida por Enrique Bacigalupo), Marcial Pons, Madrid, 1997, p 73; a favor de entender que son consecuencias "accesorias" de la pena, G. Guinarte Cabada, en *Comentarios al Código Penal de 1995* (direc. Vives Antón), tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 665 y ss., Gracia Martín, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en *Actualidad Penal*, núm. 39 (octubre 1993); por su parte, Cerezo Mir, J., en su *Curso de Derecho Penal Español*, PG, II, 5ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 69 y ss., considera que se trata de consecuencias accesorias de carácter administrativo.

³⁷ Según el número 3 del artículo 129: "Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".

no impedirá, en su caso, la condena de la persona jurídica (v. gr.: es posible imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica si el órgano actuante actúa de forma ilícita, pero no culpable, en caso de que la persona jurídica sí haya actuado de forma culpable; es decir, las consecuencias accesorias son accesorias en el sentido de la participación criminal)”³⁸.

- b) El artículo 129 establece que las consecuencias que enumera son de aplicación “en los supuestos previstos en este Código”. Se establece así un sistema basado en el *numerus clausus*. Tales supuestos son los siguientes: delitos de exhibicionismo, pornografía y prostitución (artículo 194); venta de niños (artículo 221); delitos contra la propiedad intelectual (artículo 271); delitos contra la propiedad industrial (artículo 276); delitos relativos al mercado y a los consumidores (artículo 288); delito de resistencia a inspección (artículo 294); delito de receptación (artículos 298 y 299); delito de lavado de dinero (artículo 302); delitos contra el medio ambiente (artículo 327); delitos de fraudes alimentarios (artículo 366); delito de tráfico de drogas (artículos 370 y 371); delito de tráfico de influencias (artículo 430); y delito de asociación ilícita (artículo 520).
- c) Evidentemente, la aplicación del artículo 129 debe estar rodeada de las necesarias garantías. Con relación a esta importante cuestión Zugaldía, con ocasión de su propuesta a la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, ha señalado que la aplicación de dicho precepto exige la previa audiencia de los representantes legales de la persona jurídica y que ésta haya sido parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado; además, las consecuencias accesorias están sometidas al principio acusatorio, esto es, la acusación particular o el Ministerio Fiscal deben haber solicitado la imposición de algunas de las consecuencias del artículo 129 y éstas deben imponerse en el fallo condenatorio de la sentencia, no en ejecución de sentencia³⁹. De otro lado, añade Zugaldía, la aplicación de dichas consecuencias a las personas jurídicas requiere, como “criterios objetivos de imputación”, que la persona física haya actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario y que la acción de la persona física haya actuado en nombre e interés de la persona jurídica; además, continúa Zugaldía, “si la persona física que comete el delito actúa con dolo y la persona jurídica interviene en el mismo a título de imprudencia, la imposición de la consecuencia accesoria a la persona jurídica sólo será punible si el delito en cuestión es punible en su modalidad imprudente”, no pudiéndose imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica, por exigencias del principio de culpabilidad, “si la persona jurídica no ha omitido la adopción de ninguna de las medidas de precaución

38 Memoria de los Encuentros de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, publicación del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, número monográfico 1 (1999) de la *Revista Canaria de Ciencias Penales*.

39 Op. cit.

previstas para garantizar el desarrollo legal de la actividad de la empresa; si el órgano actuante no ha sido elegido por la persona jurídica sino impuesto por un tercero (v. gr. en el curso de una intervención judicial); y si en la realización del hecho no ha habido dolo ni culpa por parte de la persona jurídica”⁴⁰.

La evolución dogmática en esta materia, ya plasmada, como se ha visto, en el Derecho positivo, ha sido posible gracias a la elaboración en la doctrina de una teoría del delito propia de la persona jurídica y la superación de la vieja idea de Savigny, según la cual la norma es una orden dirigida a una persona física, siendo una ficción la infracción por parte de una persona jurídica. Con razón ha dicho Bacigalupo que los dogmas de la dogmática no son sino decisiones y elecciones primeras de cadenas argumentales, no susceptibles de una fundamentación última⁴¹, luego que no es posible entender que existe un único concepto válido de acción, como comportamiento humano, y un único concepto válido de culpabilidad; por ello, siguiendo a Zugaldía, “no es metodológicamente correcto preguntarse por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad exclusivamente válido para las personas físicas; lo que procede es preguntarse si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”⁴².

Pues bien, un primer punto de vista, en el marco del funcionalismo jurídico es el defendido por Jakobs, quien defiende un mismo concepto de acción y de culpabilidad válido tanto para las personas físicas como para las jurídicas. Según este autor, que ha llevado a cabo un análisis sistémico del delito y de la pena, llegando a una fundamentación preventivo-general positiva del Derecho penal, mediante la traslación a este ámbito de la teoría sociológica de los sistemas de Luhmann, no es sujeto el que pueda producir o impedir un hecho, sino el que pueda ser competente para ello; del mismo modo, los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se vuelven conceptos para niveles de competencia. Luego, desde este punto de vista, es claro que sujeto de responsabilidad puede serlo tanto la persona física como la jurídica⁴³, imputándosele a ésta todo acto realizado por la persona física dentro del marco estatutario y contexto social de la persona jurídica, actuando en nombre o interés de la misma (interés para la organización)⁴⁴. En cambio, no se podrían imputar a la persona jurídica aquellos actos realizados por un órgano de la misma fuera del marco estatutario, ni tampoco aquellos otros realizados por un órgano no elegido por la persona jurídica, sino que le ha sido impuesto, como, por ejemplo, en el curso de una intervención judicial.

40 Op. cit.

41 Cfr. Bacigalupo, en *Delito y punibilidad*, editorial Civitas, Madrid, 1983, pp. 30 y ss.

42 Op. cit.; cfr. también Hurtado Pozo J., “Personas jurídicas y responsabilidad penal”, *Anuario de Derecho Penal* 96, Lima (Perú), 1997, pp. 141 y ss. Recientemente, Silvina Bacigalupo acaba de publicar su brillante trabajo de tesis doctoral sobre esta materia: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

43 Cfr. Jakobs, *Strafrecht*, pp. 4 y ss. (prólogo, pp. V y VI).

44 Cfr. Jakobs, op. cit., núms. 44 y 45.

Otro punto de vista, quizás dominante⁴⁵ se inclina más bien por respetar la dogmática de la persona física y elaborar nuevos conceptos de acción y culpabilidad sólo válidos para las personas jurídicas, en algunos casos similares a las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata que rigen para las personas físicas. Las personas jurídicas también pueden realizar acciones, como contratos, acuerdos, que se realizan a través de sus órganos y representantes, pero que son también acciones de la persona jurídica. En cuanto a la capacidad de culpabilidad se aplican las reglas generales de los delitos impropios de omisión y de la *actio libera in causa*, con fundamento en una *culpabilidad de organización*⁴⁶. Si una persona física, en el marco de esa organización, realiza un hecho previsto como delito (o, en su caso, como infracción administrativa), con consecuencias positivas para la persona jurídica (*interés para la organización*), cuyas reglas o medidas de precaución y control que le son exigibles para garantizar un adecuado desarrollo, no delictivo, de la actividad de la empresa, en ningún modo lo evitan (*defecto de organización*), dicha persona jurídica será culpable y podrá ser sancionada penalmente (o, en su caso, administrativamente), independientemente de la eventual responsabilidad de la persona física concreta que haya realizado la acción.

La Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su III Encuentro (Panamá, 1998), acordó incorporar a dicho Código Tipo un artículo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuyo texto es el siguiente:

“1. Las personas jurídicas son penalmente responsables en los casos previstos por la ley. Los entes públicos no son responsables más que de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades susceptibles de ser desarrolladas también por los particulares. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o partícipes de los mismos hechos. 3. Los Jueces y Tribunales podrán imponer a las personas jurídicas las siguientes penas: a) Disolución. b) Clausura por tiempo no superior a cinco años. c) Suspensión total o parcial de actividades por tiempo no superior a cinco años. d) La intervención judicial para no perjudicar los intereses de los trabajadores. Dicha intervención no podrá ser superior a cinco años. e) Multa hasta el décuplo del beneficio obtenido por la actividad delictiva.

45 Cfr., Hirsch, Hans Joachim "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 1099 y ss.; Otto, Harro, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, 1993, pp. 31 y ss.; Schünemann, Bernd, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en Homenaje del Profesor Klaus Tiedemann*, B.O.E., Madrid, 1995, pp. 565 y ss.; Stratenwerth, Günther, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, Tübingen, pp. 295 y ss.; Tiedemann, Klaus, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Anuario Derecho Penal 96*, Lima, Perú, 1997, pp. 97 y ss.

46 Cfr. Bacigalupo, "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo", *Revista del Foro Canario*, 1994, pp. 229; Schünemann, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., pp. 565 y ss.; Tiedemann, en *Jescheck-FS*, pp. 1411 y ss.

f) Caución de conducta. g) El comiso de los instrumentos y los productos con los que se haya ejecutado el hecho, así como de los beneficios obtenidos con la infracción. h) Pérdida de beneficios fiscales o de Seguridad Social. i) Amonestación. j) Publicación de la Sentencia”.

Se reconoce, pues, la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, con un amplio catálogo de penas, de aplicación a los delitos que expresamente se mencionen, de acuerdo con un sistema de *numerus clausus*, quedando pendiente de discusión los criterios de imputación.

3.3 El Derecho penal en el *Corpus Juris* Europeo

En verdad, la unificación del Derecho penal europeo manifestada en el *Corpus Juris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, preparado por una Comisión integrada por un grupo de expertos⁴⁷, constituye un hito importantísimo en el espacio judicial europeo, aunque su adopción por los distintos legisladores nacionales aún constituye un enigma, dependiendo en buena medida de su compatibilidad con los principios y normas de los Estados Miembros, o, en su caso, de la adecuación de éstas al *Corpus Juris*. Además, el *Corpus Juris* no sólo contiene propuestas de unificación de disposiciones sustantivas de Derecho penal, tanto de parte general como de parte especial (artículos 1 a 17), sino también propuestas de unificación de disposiciones de Derecho procesal penal (artículos 18 a 35).

El *Corpus Juris* contiene ocho delitos, todos ellos dirigidos a la protección del presupuesto comunitario y los intereses financieros de la Unión Europea: fraude al presupuesto comunitario (artículo 1); fraude en concursos y subastas públicas (artículo 2); corrupción (artículo 3); ejercicio abusivo del cargo (artículo 4); malversación (artículo 5); revelación de secretos oficiales (artículo 6); blanqueo y receptación (artículo 7) y asociación ilícita (artículo 8). Con acierto, muchas de estas figuras delictivas se estructuran como delitos de peligro, adelantándose, en consecuencia, la intervención del Derecho penal, para una mejor garantía y efectiva protección de aquellos intereses financieros, que si se hiciera depender de la acreditación de un perjuicio real difícilmente se lograría. Así, el delito de fraude al presupuesto comunitario, que abre el *Corpus Juris*, queda desconectado de la producción del perjuicio patrimonial y de los otros elementos que la aplicación de un tipo penal de estafa requeriría, bastando para su punición que el sujeto presente a la autoridad competente declaraciones incompletas, inexactas o basadas en documentos falsos que se refieran a hechos relevantes para la concesión de una ayuda o subvención o para la liquidación de una deuda fiscal, que puedan perjudicar al presupuesto comunitario, u omite informar a las autoridades competentes sobre esos mismos hechos. Con buen criterio, el *Corpus Juris* contempla también la punición de los comportamientos imprudentes graves.

47 Bacigalupo, Grasso, Tiedemann, Jreborg, Spinellis, Wyngaert, Delmas-Marty y Spencer.

La utilización de la técnica de los tipos penales de peligro, cada vez más frecuente en los Códigos Europeos, consecuencia en buena medida del carácter "social" del Estado, ha sido criticada en algún sector de la doctrina desde la perspectiva del principio de legalidad y del principio de culpabilidad. A mi juicio, dicha técnica legislativa es perfectamente compatible tanto con uno como con otro principio. En verdad, el primero no se ve de ninguna manera afectado por el hecho de no hacerse referencia a resultado alguno, sino sólo a una acción que se considera peligrosa para los intereses que se intenta proteger, y en cuanto al segundo, el principio de culpabilidad, creo que lo importante es cumplir con el principio de proporcionalidad de la pena, y que no ocurra, como sucede en algunos supuestos del Código penal español, que un tipo de peligro resulte más castigado que otro de lesión, del mismo bien jurídico. Hay una regla aceptada por la generalidad de la doctrina, que se debe cumplir: los delitos de peligro abstracto deben ser sancionados con pena inferior a la prevista para los de peligro concreto, y éstos, a su vez, deben ser sancionados con menos pena que los delitos de lesión.

La regulación de los mencionados delitos en el *Corpus Juris* (delitos comunitarios)⁴⁸, ya contenidos en el Código penal español, salvo algunas modalidades de fraude en concursos y subastas públicas, es perfectamente compatible con el Derecho penal español, como también lo es el sistema de sanciones previsto en el artículo 9, antes transcrito.

3.4 Principio de culpabilidad

No se olvida el *Corpus Juris* Europeo del principio de culpabilidad, al menos en sus manifestaciones esenciales, tanto en lo que se refiere a sus principales manifestaciones en el ámbito de los presupuestos de la pena, como en relación a la individualización de la pena. En cuanto a lo primero, el artículo 10⁴⁹ exige la concurrencia de dolo en relación a todas las infracciones tipificadas, salvo el supuesto de fraude comunitario que prevé también el castigo del comportamiento imprudente grave. Dicho artículo no contiene una definición del dolo (tampoco de imprudencia), ni tiene por qué contenerla. En este sentido, el *Corpus Juris* sigue la tendencia de las legislaciones de los Estados Miembros, como, por ejemplo, Alemania, España y Francia. De todos modos, la definición del dolo puede extraerse perfectamente de una interpretación a *contrario sensu* del artículo 11, referido al error⁵⁰. Es decir, como

48 V. Bacigalupo, E., "La parte especial del *Corpus Juris*", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, núm. 3/1999, pp. 151 y ss.

49 "Todas las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) requieren dolo, con excepción del fraude comunitario (art. 1) para el que será suficiente la imprudencia o negligencia grave". Como se ve, este artículo es equivalente al artículo 5 del Código penal español: "No hay pena sin dolo o imprudencia".

50 "1. El error sobre los elementos esenciales de la infracción excluirá el dolo; sin embargo, el fraude comunitario puede ser sancionado también en casos de negligencia grave (*supra*, art. 1). 2. El error sobre la prohibición o sobre la interpretación de la ley excluirá la responsabilidad, si el error fue inevitable para un hombre prudente y razonable. Si el error fuera evitable, la sanción se verá disminuida excluyendo, en todo caso, la posibilidad de imponer el máximo de la pena prevista (*supra*, art. 9)". En el Código penal español, v. artículo 14.

según este último artículo “el error sobre los elementos esenciales de la infracción excluirá el dolo”, es claro que el dolo debe caracterizarse por el conocimiento de dichos elementos, que no son otros sino los del tipo objetivo, es decir, los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido⁵¹. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace. Este punto de vista tiene antecedentes en el mismo concepto de dolo que propuso en su día (¡1929!) Jiménez de Asúa, aunque en otro contexto teórico, quien decía que la producción de un resultado típicamente antijurídico era dolosa cuando se realizaba con conocimiento de las circunstancias del hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior. Jiménez de Asúa, en su concepción (teoría del dolo), agregaba el conocimiento de la antijuricidad, excluido actualmente del concepto de dolo en el Código penal español (artículo 14.3). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, al menos desde su Sentencia de 23 de abril de 1992 (“caso del aceite de colza”), se sigue un concepto de dolo que exige un conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sin que pueda excluirse por la simple esperanza o deseo que haya podido tener el autor en que no se produjera el resultado; así, en su Sentencia de 10 de febrero de 1998 ha afirmado el Tribunal Supremo que obrará con dolo “el que haya tenido conocimiento (del) peligro concreto y desaprobado jurídicamente”⁵².

El artículo 11 del *Corpus Juris* reconoce, como se dijo, la relevancia del error, que es otra de las consecuencias mínimas del principio de culpabilidad, distinguiendo entre el “error sobre los elementos esenciales de la infracción” y el “error sobre la prohibición o sobre la interpretación de la ley”. Este último inciso pone de manifiesto que el origen del error de prohibición es irrelevante, luego que puede provenir, incluso, de una equivocada interpretación de la ley. El legislador español, primero en la importante reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 y después con ocasión del nuevo Código penal de 1995, entre las dos concepciones básicas propuestas en la doctrina (teoría del dolo y teoría de la culpabilidad) optó por la teoría de la culpabilidad⁵³. La razón es clara: el error de prohibición, cuando es evitable, no da lugar a la pena del delito imprudente, como ocurre con el error de tipo, sino a la pena correspondiente al delito doloso, aunque atenuada, luego el dolo no comprende la conciencia de la antijuricidad, o, dicho en otros términos, el conocimiento o no de la antijuricidad no afecta al dolo, sino a la culpabilidad, en la que el conocimiento no es ya actual sino potencial; en la culpabilidad no se trata de saber si el autor supo, como en el dolo, sino si pudo saber, y éste habrá podido saber si tuvo razones para pensar en la antijuricidad y la posibilidad de obtener

51 Cfr. Bacigalupo, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, I, dirección Conde-Pumpido Ferreiro, editorial Trivium, Madrid, 1997, pp. 480 y ss.

52 V. resumen de esta Sentencia y otras SSTs, de alto interés, en la Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dirigida por Emilio Moreno y Bravo, de la *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2/1998 (Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo).

53 También el legislador alemán, v. parágrafo 17 StGB.

una correcta información sobre la situación jurídica, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. El *Corpus Juris*, como el Código español, prevé, para la hipótesis de error de prohibición evitable, la aplicación de la pena del delito doloso, aunque atenuada, luego la regulación es también muy similar en este aspecto.

El *Corpus Juris* dice que “el error sobre la prohibición ... excluirá la responsabilidad, si el error fuera inevitable para un hombre prudente y razonable”. Evidentemente, con este último inciso no se resuelve el problema de la evitabilidad del error, porque: ¿cuándo habrá tenido razones el autor - hombre prudente y razonable - para pensar en la antijuricidad?. A esta pregunta se ha respondido desde distintos puntos de vista, cuyo estudio rebasa ampliamente el objeto de esta exposición.

En cuanto a la medición de la pena, el *Corpus Juris* le dedica el artículo 15⁵⁴ y puede afirmarse que en él se contiene, aunque no se enuncie en forma expresa, el principio de la culpabilidad por el hecho como base de la individualización de la pena, pues en dicha disposición se señala que “las penas previstas para las infracciones definidas con anterioridad ... se aplicarán en función de la *gravedad del hecho*, de la culpabilidad del autor y del grado de su participación en la infracción”. De todos modos, entre los criterios de individualización de la pena el *Corpus Juris* hace referencia a elementos extraños a la culpabilidad por el hecho, como es la “personalidad” (sería mejor que dijera “circunstancias personales”) y la “reincidencia”, que evidentemente no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho, sino más bien por la personalidad del autor, propia de un Derecho penal de autor, rechazado hoy en día en la doctrina penal dominante. Con buen criterio, el Código penal español de 1995 reemplazó, en el artículo relativo a la determinación de la pena (artículo 66, regla 1^a) la “personalidad del delincuente” por “circunstancias personales del delincuente”, más coherente con el principio de culpabilidad”, pues las “circunstancias personales” tienen un carácter accidental, que es precisamente lo contrario de la personalidad, aspecto más bien permanente del individuo, que hace pensar en una culpabilidad de carácter. A través de la consideración de dichas circunstancias personales se pueden tomar en cuenta todas aquellas circunstancias determinantes de la situación de la persona que pueden incidir en una mayor o menor gravedad de su culpabilidad, circunstancias que podríamos denominar innominadas, a diferencia de las nominadas, que serían las previstas en los artículos 21 y 22 del Código penal. A mi juicio, pues, el artículo 15 del *Corpus Juris* debió referirse, no a la “personalidad” del autor, sino a las “circunstancias personales” en las que la personalidad se encontraba en el momento de realizar la acción. Además, aquel precepto no proporciona ningún concepto de reincidencia, que evidentemente es

54 "Graduación de la pena. Las penas previstas para las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) se aplicarán en función de la gravedad del hecho, de la culpabilidad del autor y del grado de su participación en la infracción. Fundamentalmente, se tomarán en consideración la vida anterior del acusado, su eventual reincidencia, su personalidad, sus móviles, su situación económica y social y, en particular, sus esfuerzos para reparar el daño causado".

necesario. A mayor abundancia, al mencionar otros criterios de individualización, el precepto se refiere a “la vida anterior del acusado”, que, en realidad, ya permite tomar en consideración aquella circunstancia. Los otros criterios de individualización mencionados en dicho precepto son los móviles, situación económica y social y los esfuerzos para reparar el daño causado⁵⁵.

Con ocasión de su III Encuentro, celebrado en Panamá en octubre de 1998, la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano aprobó la incorporación al Código Penal Tipo de un artículo que reconoce como principio básico del Derecho penal el de culpabilidad, en los siguientes términos: “*Principio de culpabilidad*. No hay pena sin culpabilidad”. También se acordó prescindir del catálogo de circunstancias agravantes, y elaborar en la parte especial tanto los tipos básicos como los agravados, en su caso, en relación a cada delito. Igualmente se acordó prescindir del catálogo de circunstancias atenuantes, y en su lugar incluir una cláusula general de individualización, que contiene los principales elementos de individualización: “*Principios orientadores de la individualización*. En la individualización de la pena se tendrá en cuenta: la gravedad de la ilicitud cometida; la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma y del deber; el mayor o menor disvalor de la acción realizada por el autor; la conducta posterior al hecho, en especial los esfuerzos para reparar el daño; la pena natural, sufrida por el autor en la realización del hecho. No se tomarán en consideración aquellas circunstancias tenidas ya en cuenta en la descripción del tipo penal e inherentes al mismo”. Finalmente, la Comisión, considerando que la circunstancia agravante de reincidencia no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho, sino más bien por la tendencia del autor al delito, decidió no contemplar en el Código Penal Tipo Iberoamericano dicha circunstancia agravante.

3.5 Autoría y participación

El Código penal español, en la línea de otros Códigos europeos, por ejemplo en los parágrafos 25 a 27 del StGB alemán, basa la responsabilidad penal individual en un sistema de diferenciación de los diversos roles de los partícipes en un delito. Concretamente, el artículo 28 del Código penal español se refiere al que realiza el hecho por sí (autoría inmediata o directa), a los que lo realizan conjuntamente (coautoría) y al que lo realiza por medio de otro (autoría mediata), y en cuanto a los partícipes, no autores, el Código penal español distingue los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices (artículo 28, párrafo 2º y artículo 29). La necesidad de la distinción entre autores y partícipes sólo se ha rechazado en el marco del llamado concepto unitario de autor, basado en la vieja teoría de la equivalencia de con-

55 Por su parte, el artículo 16 del *Corpus Juris* prevé las siguientes circunstancias agravantes: "a) La realización del resultado fraudulento que se persigue; b) Que la cantidad del fraude o de la ganancia sea superior a 200.000 euros; c) La realización de la infracción en el marco de una asociación ilícita. 2. Si concurriera alguna circunstancia agravante, la pena privativa de libertad (o, en su caso, la puesta bajo vigilancia judicial) se aplicará obligatoriamente y el máximo de la duración de la pena amenazada se elevará a siete años".

diciones⁵⁶; según este punto de vista, todo el que haya cooperado en forma causal a la realización del tipo es autor, es decir, lo decisivo para este concepto unitario es la causalidad. Como puede comprenderse, este concepto corrió la misma suerte que la teoría de la equivalencia de condiciones en el ámbito de la causalidad y hoy está prácticamente abandonado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, salvo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador español en el que aún rige ese concepto unitario de autor⁵⁷.

Pues bien, el *Corpus Juris* diferencia también, con acierto, los distintos partícipes⁵⁸, aunque proporciona unas definiciones innecesarias, que, además, no ayudan mucho a precisar el significado de cada una de las figuras. Por ejemplo, define al autor como "el que comete los hechos incriminados"; pero es claro que la aplicación de esta fórmula requerirá establecer en qué consiste "cometer" los hechos incriminados, cuestión respecto a la cual existen diversas respuestas en la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales de los Estados Miembros. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha ido evolucionando en esta materia desde la vieja teoría subjetiva, que hacía depender la autoría o la participación de un supuesto *animus auctoris* o *animus socii*, respectivamente, y, en particular, la coautoría de un simple acuerdo de voluntades (*pactum scaeleris*)⁵⁹, y que aún sigue influyendo en algunos Tribunales, como el alemán (*Bundesgerichtshof* -BGH-), teoría incompatible con el nuevo texto del artículo 28 del Código penal español, inciso primero, a una teoría material-objetiva, o del dominio del hecho⁶⁰. Según esta teoría autor es quien tiene el dominio del hecho, lo que significa, básicamente, haber podido decidir sobre el si y el cómo de la realización del tipo penal, mientras que los que toman parte, sin dominar el hecho, son partícipes. Evidentemente, el dominio del hecho se puede presentar de diferentes maneras: como dominio de la propia típica, como dominio de la voluntad de otro o como dominio funcional del hecho. Ahora bien, el concepto de dominio del hecho no es un concepto fijo, integrado por un número definido y limitado de elementos, en el que se pueda practicar con relativa facilidad la nece-

56 Cfr. v. Liszt, en su *Tratado de Derecho Penal*, t. II, traducción de la 20ª edición alemana por L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1917; en p. 17, dice: "Resulta del concepto de la causa (...) que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado, y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal".

57 V. artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

58 El artículo 12 del *Corpus Juris Europeo* dice lo siguiente: "*Responsabilidad penal individual*. 1. Todo individuo podrá ser declarado responsable de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) en concepto de autor, inductor o cómplice: a) Será autor de la infracción el que comete los hechos incriminados o el que participe, como coautor, en la comisión de la infracción; b) Será inductor de la infracción el que, por dádiva, promesa, amenaza, orden, abuso de autoridad o de poder hubiera cometido la infracción o dado instrucciones para cometerla; c) Será cómplice de la infracción el que a sabiendas, por ayuda o cooperación, haya facilitado la preparación o la consumación"

59 Cfr. SSTs de 26-5-1947, 11-3-1964, 22-4-1967, 4-2-1971, 17-3-1972, 2-4-1976, 2-5-1977, 3-4-1978, 20-6-1979, 5-2-1980, 21-9-1981, 24-11-1982, 1-3-1994, etc.

60 Cfr., entre otras, SSTs de 1-7-1963, 21-3-1973, 21-2-1981, 10-1-1987, 11-5-1987, 25-4-1988 y 10-4-1994.

saría subsunción del hecho, sino un concepto *abierto*, en el que se contiene una descripción y un principio regulativo que habrá de orientar la decisión judicial. El juzgador, conforme a todas las circunstancias concurrentes en el caso en particular, deberá averiguar si el sujeto, cuyo comportamiento entre en consideración, tuvo una estrecha relación frente a la realización del tipo y, por ello, el manejo y dominio del hecho, con independencia de si tuvo “voluntad de autor” y quiso el hecho “como propio” (como se exige en la teoría subjetiva) o de si su comportamiento tuvo exteriormente la forma de la acción típica o, al menos, de una parte de la misma (como se exige en la teoría formal-objetiva). Estos aspectos no son en absoluto decisivos para el concepto material del dominio del hecho. Por esta razón, el Tribunal Supremo español, en una interesante Sentencia, de 21 de febrero de 1989, en la que se enjuiciaba un caso en el que el recurrente, de común acuerdo con otros sujetos, había permanecido al volante de un vehículo para vigilar mientras aquéllos cometían un robo en una joyería, calificó de coautoría el comportamiento del recurrente (acto de vigilancia), a pesar de no haber realizado aquél ningún acto de apoderamiento, ni de violencia o intimidación, elementos del tipo penal de robo. Según la Sentencia del Tribunal Supremo, “tomar parte directa en la ejecución del hecho” (art. 14.1 del Código de 1973 entonces vigente) no significa sólo realizar la acción típica o una parte de la misma, sino también “llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el contexto de la comisión del delito”. En este sentido, es claro que al haber permanecido el recurrente en el coche, vigilando y dispuesto para alejar del lugar a los otros sujetos que realizaron el atraco, según la tarea que le correspondió en el plan delictivo común, tuvo una función esencial para la consumación del delito y, por consiguiente, codominó funcionalmente el hecho⁶¹. *Por consiguiente, interpretada la norma del artículo 12 del Corpus Juris desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, ningún problema hay en considerar incluido en el apartado a) del núm. 1 las tres hipótesis posibles de autoría.*

En cuanto a la cooperación, el *Corpus Juris* ha optado por no distinguir entre la cooperación necesaria y la simple complicidad, como se hace en el Código alemán (parágrafo 27), a diferencia de lo que ocurre en el Código español, que sí distingue uno y otro grado de participación (artículos 28 b) y 29, respectivamente). En cualquier caso, el cooperador debe haber “facilitado la preparación o la consumación”, luego su aporte debe haber posibilitado la realización del hecho por el autor principal (cocausalidad), no bastando con el simple favorecimiento.

Nada dice el *Corpus Juris* sobre cómo deben operar las circunstancias agravantes y atenuantes que puedan concurrir, es decir, sobre su carácter accesorio o no. En el Código penal español esta importante cuestión se encuentra regulada en el artículo 65, prácticamente idéntico al artículo 60 del Código penal anterior, y que, en realidad, debería encontrarse en el título II relativo a la regulación de la autoría y participación (artículos 27 a 31). Según este artículo sólo “las que consistieren en la ejecu-

⁶¹ Sobre esta Sentencia, v. artículos doctrinales en los núms. 27 (pp. 189 y ss.) y 31 (pp. 31 y ss.) de la Revista del Poder Judicial.

ción material del hecho o en los medios empleados para realizarla” (por ejemplo, la alevosía o el abuso de superioridad) tienen carácter accesorio, dependiendo su aplicación a los autores y su extensión a los partícipes, como es claro, del conocimiento por parte de los mismos de su concurrencia en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (párrafo 2º). Por el contrario, las consistentes en alguna causa personal (como, por ejemplo, la circunstancia de precio, o la mixta de parentesco) no tienen carácter accesorio y, por consiguiente, sólo se aplicarán a aquellos autores y partícipes en quienes concurren (párrafo 1º). Esto último está establecido también en el parágrafo 28 StGB alemán (*Besondere persönliche Merkmale*), en el que igualmente se señala que se atenuará la pena “en el caso de que faltaren en los partícipes (inductores o cómplices) las características personales especiales que fundamentan la punibilidad”; previsión no prevista en el Código penal español. En cualquier caso, para ser autor de estos delitos especiales será preciso, además de tener el dominio del hecho, de aplicarse esta teoría, reunir la calificación requerida por el tipo penal (por ejemplo, ser funcionario, deudor, etc.) y, en su caso, tener el elemento subjetivo especial de autoría exigido por el tipo penal (por ejemplo, el ánimo de lucro).

3.6 Concurso de delitos

El artículo 17 del *Corpus Juris* adopta el sistema del concurso de delitos seguido en la mayor parte de los Estados Miembros, es decir, el consistente en la previsión de una pena única por todas las infracciones cometidas, con un máximo especial. Concretamente, el número 1 de este precepto dice así:

“En el caso en que una misma persona tuviera que responder por varias infracciones de las previstas anteriormente (arts. 1 a 8), se le impondrá una pena única, determinada tomando como base la sanción de la infracción más grave en la que hubiera incurrido aumentada hasta el triplo; la pena así determinada no podrá sobrepasar la suma de las sanciones que se hubieran impuesto para cada infracción en particular”.

El *Corpus Juris*, como puede verse, no distingue, como lo hace el Código español, entre los casos de pluralidad de acciones y de unidad de acción (artículos 73 y ss.). De todos modos, una y otra solución legislativa pueden considerarse satisfactorias, en tanto no afecten al principio *ne bis in idem*. Por ello es acertada la previsión contenida en el núm. 2 del mismo artículo, señalando que las sanciones previstas en el *Corpus Juris* no son acumulables a las del derecho nacional cuando el mismo hecho resulte punible en los dos órdenes normativos. Dice así:

“Cuando un mismo hecho fuera constitutivo al mismo tiempo de una infracción penal según la regulación comunitaria y según la regulación nacional, sólo se aplicará la primera”.

Se proscribe, pues, la posibilidad de doble sanción penal.

Especialmente interesante resulta la última disposición contenida en el artículo 17:

“En cualquier otro caso de concurso, la Autoridad deberá tener en cuenta, a la hora de determinar la sanción, las sanciones que se hubieran impuesto por el mismo hecho”.

Según el Tribunal Constitucional español⁶², el principio *ne bis in idem* no resulta vulnerado en los casos en los que se acumulan sanciones penales y administrativas, si éstas han sido impuestas por autoridades de órdenes diversos, concretamente judicial y administrativo. Pues bien, la presente disposición del *Corpus Juris* permite también la doble sanción del mismo hecho, esto es, por un lado una sanción nacional administrativa y por otro una sanción penal comunitaria, siempre que la Autoridad competente tenga en cuenta las sanciones que ya se hubieren impuesto. En definitiva, caben dos posibilidades: que la autoridad que aplique la sanción del *Corpus Juris* deba tener en cuenta una previa sanción nacional, no penal, o bien que sea otra autoridad nacional la que tenga que tener en cuenta la sanción ya impuesta con arreglo al *Corpus Juris*.

62 Cfr., entre otras, SSTC 2/1981, 159/1985 y 107/1989.