



ANEXO DE CASOS

CURSO: DELITO PENAL ECONOMICO

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. "El Caso de la Central de Cercs", por De La Mata Barranco, Norberto. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011. P. 319- 334.

CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN DERECHO PENAL

Coordinador:

**PABLO
SÁNCHEZ-OSTIZ
GUTIÉRREZ**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

CASO DE LA CENTRAL DE CERCS (*)

DE LA MATA BARRANCO, Norberto
Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

SUMARIO:

- I. POSICIÓN DEL TRIBUNAL
- II. OTROS CASOS RELACIONADOS
- III. RELEVANCIA DOCTRINAL DEL CASO
- IV. POSICIÓN PERSONAL Y OTRAS SOLUCIONES

La central térmica de Cercs, propiedad de FECSA, entró en funcionamiento en el mes de noviembre de 1971. Dicha central se halla ubicada en la comarca del Alt Berguedà, cuenca del río Llobregat, y utiliza como combustible carbón tipo lignito de las cuencas mineras, que contiene un elevado porcentaje de azufre. La Central es dirigida desde octubre de 1980 por Ernesto D.I., ingeniero industrial, máximo y único responsable del funcionamiento de la central. En el proceso de combustión, dadas las características de los lignitos, se producen humos altamente cargados de dióxido de azufre, que, al contacto con la atmósfera, en ocasiones, se transforman en ácido sulfúrico, provo-

(*) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990, de cuyos hechos se han resumido los aquí incluidos (procedente del Sumario 12/85, del Juzgado de Instrucción de Berga, conocido por la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 3.ª, en su Sentencia de 20 de febrero de 1988).

cando la llamada lluvia ácida, o, más comúnmente, se diluyen directamente en la masa boscosa, lo que determina clorosis o necrosis de gran parte de ella, contribuyendo a su proceso destructor las partículas sólidas asimismo emitidas por la combustión del carbón rico en azufre. Se ha constatado que a partir de 1985, y hasta el mes de abril de 1986, dichas emisiones superaban ampliamente los 9.000 mg./Nm³ y asimismo que las partículas sólidas que se lanzaron a la atmósfera franqueaban holgadamente el nivel de concentración situado en 500 mg./Nm³, máximos permitidos por las disposiciones vigentes, alcanzando una media durante todo ese período de tiempo, en este último caso, de 2.000 mg./Nm³. Efecto directo de tales emisiones ha sido la grave contaminación de grandes masas boscosas situadas en las cercanías, y más altas cotas, de la Central, sin que el número de hectáreas afectadas haya podido ser fijado en la causa, pudiendo situarse en torno a las 30.000; y pudiendo constatarse que la incidencia conlleva un grave y potencial peligro para la vida vegetal de la zona. Por el contrario, no ha podido objetivarse un efecto lesivo sobre la salud de las personas de la zona, el ganado o el curso de las aguas. [No recogido finalmente en los Hechos Probados de la Sentencia del Tribunal Supremo, aunque no se cuestione este extremo: Durante este tiempo, tanto la Generalitat como el Ministerio de Industria autorizaron las emisiones por encima de los índices reglamentarios, por medio de dos resoluciones —de la Dirección General de Industria de 2 de agosto de 1985 y de 24 de julio de 1987, que elevan los límites de emisión de anhídrido sulfuroso o dióxido de azufre a 12.500 mg./Nm³—, puesto que FECSA se negaba a poner los filtros que evitaban las emisiones de sulfúrico, alegando que con ello la Central no era rentable y debía cerrar; la superación de los 500 mg./Nm³ no se consideró probada en Instancia].

I. POSICIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 30 de noviembre de 1990, revocando parcialmente la de la Audiencia Provincial de Barcelona, eleva las penas con las que se condenó al procesado, como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente (art. 347 bis del código penal de 1973 vigente en el momento de los hechos, publicado como Texto refundido procedente del código de 1944, al que se incorporó en 1983), tanto en la privación de libertad, que aumenta hasta los ocho meses de prisión, como en la multa, que fija en 1.400.000 pts., manteniendo como

probados todos los apartados de la redacción original de hechos de la instancia, excepto el referido a los límites de emisión alcanzados, que se consideran probados en los términos reflejados en el resumen anterior, mientras que la Audiencia Provincial, admitiendo se sobrepasaron los 9.000 mg./Nm³ referidos, no entendió probada la superación de los 500 mg./Nm³.

El Tribunal, además de considerar superados los máximos autorizados en el caso de las partículas sólidas, cuestiona, como la Audiencia Provincial, «la validez» de las Resoluciones referidas a los nuevos límites permitidos de dióxido de azufre, «razonando su carencia de jerarquía normativa y su nulidad plena» (FD 5.º), a pesar de admitir la existencia de «continuas comunicaciones de las Administraciones Central y Autónoma que son contestadas por la empresa titular de la Central Térmica y algunas de las cuales ponen de relieve el propósito de corregir las deficiencias» detectadas y la posible creencia por parte de sus responsables de que «la Administración autorizaba las emisiones excesivas», dada «la permisividad y excesiva tolerancia administrativa». Considera además que «se puede intuir una posible responsabilidad compartida de la Administración del Estado», que no puede materializarse porque, al no habersele tenido como parte en el proceso, se vulnerarían los principios acusatorio y de tutela judicial efectiva (FD 8.º).

La Sentencia señala también que «nos encontramos ante una modalidad delictiva que tiene una naturaleza equiparable a los delitos de omisión impropia», en la que «el actor, por medio de la repetición acumulativa de infracciones de las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente se erige en causa eficiente del resultado criminal». Y, en un aspecto relevante por cuanto aunque no se pudieron probar los niveles de emisión durante 1983 y 1984, sí se entendieron probados los de 1985 y 1986, añade que «Las características del hecho permiten (dice el Tribunal) encauzarlo dentro de los denominados delitos de estado en los que el efecto antijurídico —perjuicio a las condiciones de vida de los bosques— proviene de una sucesión de omisiones que perfeccionan el tipo en el momento en que se produce el resultado dañoso» y, añade, «la lesión del bien jurídico no se produce de manera instantánea por la mera emisión, en un solo día o semana, de humos con exceso de contaminantes, sino por la persistente y continuada decisión de quien, teniendo el deber de control de las fuentes del riesgo que estaban bajo su responsabilidad y dominio directo, se debió

situar en una situación de garante para que el peligro para las personas, animales o cosas no hubiera llegado a producirse». Entiende, en relación con ello, que la «modalidad comisiva no se agota, desde un punto de vista naturalístico, en el período de tiempo abarcado por la sentencia, sino que se continúa y perpetúa durante todo el tiempo en que se permanezca en esa situación», de modo tal que si «en ningún momento se pusieron en marcha los mecanismos necesarios para interrumpir la emisión contaminante o reducir su intensidad a módulos tolerados por el entorno afectado, instalando aparatos correctores», «el período de tiempo enjuiciado ha de abarcar desde la entrada en vigor» del precepto correspondiente (en el caso de la Sentencia, y del art. 347 bis hoy sustituido por el art. 325 del Código Penal de 1995, el 12 de agosto de 1983) —y, en su caso, de la normativa extrapenal aplicable, habría que añadir— «hasta la fecha de la calificación de las partes acusadoras» (FD 11.º).

En relación con la normativa extrapenal vulnerada, explica el Tribunal que «en ningún caso los instrumentos jurídicos que constituyen el polo de referencia sobre el que se construye la infracción penal pueden habilitar o justificar la existencia de normas de desarrollo de inferior rango que de manera individual, arbitraria e ilegítima autoricen, por su cuenta, índices de contaminación más altos que los marcados por las leyes y reglamentos por lo que la existencia de dos órdenes ministeriales que conceden esta autorización no sólo las invalida en cuanto a efectos legitimadores sino que constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras. Aun en el caso de que la Administración decidiese tramitar normas con rango de ley o adoptar disposiciones de carácter reglamentario en las que se autorizase inmisiones o vertidos en límites peligrosos e inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y de incuestionable rigor científico, estaría vulnerando el mandato del art. 45 de la Constitución por lo que la norma devendría inconstitucional» (FD 12.º).

Agrega la Sentencia que «La Resolución de la Dirección General de Energía de 2 de agosto —dictada a los pocos días de haberse pronunciado el primer procesamiento del Director de la Central—, no tiene el carácter ni el rango de una Orden Ministerial y carece de toda fundamentación o explicación de las razones por las que permite superar los límites del Anexo IV. Otro tanto sucede con la Resolución de 24 de julio de 1987 —acordada cuando ya se han realizado las calificaciones del Ministerio Fiscal y las par-

tes acusadoras—, en la que no se contiene ninguna alusión a motivaciones de interés social y local» para aumentar los niveles de emisión e inmisión fijados en el Reglamento de 1975 vigente en el momento de los hechos, que desarrollaba la Ley de protección del Medio Ambiente y era el que contenía los niveles referidos de 9.000 y 500 mg./Nm³. «La sumisión a la legalidad de la actuación administrativa (concluirá) no permite afirmar que las Resoluciones analizadas no sólo no cubren las exigencias de tipo penal en blanco que recaba normas con rango de ley o Decreto sino que tiene un límite insuperable en la exigencia constitucional de respetar el medio ambiente como obligación que compete a todos los poderes públicos tanto en el ámbito nacional como en el contexto de organismos supranacionales a los que España se ha integrado que imponen normativas mucho más rigurosas que las que establecen las disposiciones internas» (FD 14.º).

Son otros los aspectos que considera la Sentencia, en relación al bien jurídico protegido, la consideración del precepto como delito de peligro o de resultado, según sus modalidades típicas, su calificación como tipo de mera actividad, la autoría del hecho (vinculada a la capacidad decisoria del procesado), la explicación de lo que ha de entenderse por «riesgo catastrófico», el alcance que ha de darse a la idea de irreversibilidad del daño causado, la responsabilidad civil subsidiaria, etc., pero son los anteriormente considerados, vinculados de modo especial a la delimitación del denominado «elemento contravencional» de los delitos ambientales los que dotan de especial importancia al pronunciamiento del Tribunal Supremo.

II. OTROS CASOS RELACIONADOS

La Sentencia de 30 de noviembre de 1990 es la primera en la que el Tribunal Supremo tuvo la ocasión de analizar el delito contra el ambiente en España.

En su momento fue relevante, además de por el hecho en sí de que un delito ambiental llegara a este Tribunal y le obligara a pronunciarse en una cuestión político-criminal de especial trascendencia en una época en la que todavía se cuestionaba la necesidad de intervención penal en esta materia, por la opinión que ofrece en aspectos tan básicos como el de la delimitación del bien jurídico protegido, optando decididamente por una concepción de carácter ya «moderadamente antropocéntrico», superada no obstante, desde una perspectiva marcadamente ecocéntrica —en uno

de sus grandes aciertos— con el Código Penal de 1995, al señalar expresamente que «[...] su utilización (el aire) debe estar sujeta a unas normas que eviten el deterioro de su calidad por abuso o uso indebido del mismo, de tal modo que se preserve su pureza dentro de unos límites que no perturben el normal desarrollo de los seres vivos sobre la tierra, ni atenten contra el patrimonio natural y artístico de la Humanidad que esta generación tiene el deber de proteger para legar un mundo habitable a generaciones futuras» (FD 14.º), en postura seguida, entre otras, por las también importantes SSTs 538/1992, de 11 de marzo (ponente, Díaz Palos) y 1638/1994, de 26 de septiembre (ponente, Hernández Hernández).

Fue también importante por su análisis de lo que implica la concepción de la norma penal en blanco en esta materia y la constitucionalidad de ésta, a la que se referirían expresamente, precisamente en materia ambiental, las SSTs 127/1990, de 5 de julio (ponente, García-Mon y González Regueiral) y 62/1994, de 28 de febrero (ponente, Gabaldón López). Y, en relación ya con éstas, la STS 52/2003, de 24 de febrero (ponente, Granados Pérez), con otras muchas posteriormente.

Y, sin duda, sus consideraciones sobre lo que implican la accesoriidad administrativa y la actitud de permisividad o tolerancia de la Administración incidieron en un debate igualmente objeto de atención en numerosas resoluciones. Sobre ambas cuestiones hay que mencionar, en un primer momento, los casos conocidos, respectivamente, por las SSAP Barcelona de 26 de septiembre de 1994 y de 27 de abril de 1999, el ATSJ Catalunya de 30 de octubre de 2000, la SAP Albacete de 31 de octubre de 2001 o las SSTs 7/2002, de 19 de enero (ponente, Jiménez Villarejo) y de 4 de octubre de 2002, entre otras, y por la SAP Murcia de 27 de mayo de 1994, la SJP núm. 3 Valencia de 9 de mayo de 1991 y la STS 1705/2001, de 29 de septiembre (ponente, Jiménez Villarejo), también entre otras muchas.

III. RELEVANCIA DOCTRINAL DEL CASO

La Sentencia del Tribunal Supremo aborda, a raíz de los recursos que contra la de instancia se plantean, muchas de las cuestiones objeto de controversia en la interpretación de los delitos ambientales.

Entre los delitos de corte socioeconómico de los Títulos XIII, XIV e incluso XV y los delitos contra la seguridad colectiva del Título XVII se ubi-

can los preceptos del Título XVI, dedicados a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y la tutela del ambiente, sectores normativos hoy en día ya claramente autónomos, pero vinculados con el mundo empresarial y con el conjunto de delitos relacionados con la idea de riesgo para la sociedad.

Cuestiones generales nucleares a la hora de abordar su estudio son la todavía relativa novedad legal de estas infracciones, reflejada en la resolución de 1990, que conoce hechos ocurridos en parte antes de 1983 —hasta la entrada en vigor del nuevo Código de 1995, el Tribunal Supremo sólo se había pronunciado en cinco ocasiones—, la disputa dogmática sobre la conveniencia, posibilidad o incluso necesidad de tutelar intereses de corte colectivo —incuestionable en esta sede, como señala el Tribunal— y el debate sobre la admisión de un Derecho penal de doble velocidad, nuclear y accesorio, incluyendo en éste el Derecho ambiental, que creo se decanta acertadamente en contra, al que todavía, sin embargo, no hay referencias en la Sentencia.

Atendiendo las iniciativas que en materia penal se han adoptado en las denominadas sociedades de riesgo surgidas por el creciente proceso industrializador en la economía de los países más desarrollados, aceptando que junto a los clásicos intereses individuales, en estados sociales en los que éstos aparecen plenamente reconocidos legislativamente, debe darse cabida a otros «nuevos» intereses de carácter colectivo y reconociendo la incapacidad administrativa para garantizar una tutela plena, el art. 45 de nuestra Constitución impuso el mandato de tutelar penalmente el medio ambiente. Ello dio lugar al incorrectamente denominado delito ecológico, incorporado en el art. 347 bis al viejo Código Penal en 1983, entre los delitos contra la salud pública⁽¹⁾, lo que generó no poca polémica, puesta parcialmente de manifiesto en la Sentencia, que no logró probar daño alguno de carácter individual (ni, en consecuencia, afección a la salud pública).

(1) Véanse, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La reciente historia del delito ecológico: del art. 347 bis al Proyecto de Nuevo Código Penal de 1994», en *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, págs. 185 ss.; y PRATS CANUT, «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto del Código Penal de 1980», en *Estudios en Honor del Profesor Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983, págs. 743 ss.

El Código vigente, destacando la autonomía del interés a tutelar, ubica los ahora diferentes preceptos en que el mismo se ha diversificado, en un nuevo Título, ajeno a consideraciones vinculadas a la salud de las personas en el que el objeto protegido se identifica, desde una perspectiva a mi juicio bastante decididamente ecocéntrica —que atiende principalmente la interacción y equilibrio entre los elementos y/o recursos naturales, en cuanto condición esencial de un «espacio vital idóneo y natural» imprescindible para la existencia sobre el planeta y del propio planeta—, con el mantenimiento de las propiedades del suelo, aire y agua, así como de la fauna y flora y sus condiciones de desarrollo, de forma que el sistema ecológico con sus sistemas no sufra alteraciones perjudiciales⁽²⁾. Lo que no puede es desprenderse de la vinculación de esta materia al ámbito administrativo, objeto central de discusión en muchas resoluciones jurisprudenciales al conocer estos delitos, especialmente en la década de los noventa, como se refleja en la Sentencia del Caso Cercs.

El primer art. 325 del Capítulo III, heredero de lo que fue el art. 347 bis objeto de atención en 1990, recoge hoy lo que es propiamente el tipo de atentado genérico al medio ambiente, del que ahora ya sí existen importantes pronunciamientos jurisprudenciales⁽³⁾, con una regulación en la que hay que destacar, en primer lugar, esta vinculación entre tutela penal y tutela administrativa al exigir la plena realización del tipo una contravención de leyes u otras disposiciones generales protectoras del medio ambiente.

La conducta de provocar o realizar directa o indirectamente, emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc. —en profusa enumeración de lo

- (2) Sobre el bien a tutelar, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico del medio ambiente», *PyE* 1991, págs. 101 ss.; CORCOY BIDASOLO, «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente», *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 1992, págs. 613 ss.; DE LA MATA BARRANCO/DE LA MATA BARRANCO, «El ambiente como objeto específico de tutela penal», en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, págs. 331 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 del Código Penal», *LL* 1997-3, págs. 1714 ss.
- (3) Específicamente, PÉREZ DE GREGORIO, «Jurisprudencia medioambiental», *LL* 1995-4, págs. 965 ss. y *LL* 1996-2, págs. 1678 ss.; y «Jurisprudencia penal del medio ambiente», *LL* 1997-4, págs. 1203 ss.; PERIS RIERA, «La primera sentencia por delito ecológico ¿Una resolución histórica?», *PJ* 1988, 11, págs. 95 ss.; y VERCHER NOGUERA, «Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente», *AP* 1995, págs. 905 ss.

que se considera un acto de contaminación, comisivo u omisivo (ténganse en cuenta los Fundamentos que la Sentencia comentada dedica a esta cuestión, insistiendo en que aunque las emisiones son previas a la entrada en vigor del art. 347 bis, la omisión del deber de abortarlas es posterior), como primer resultado típico que exige ya una prueba de causalidad entre la acción de contaminar y el resultado de contaminación—⁽⁴⁾, que contravenga tales disposiciones, si además, en exigencia acumulativa, es idónea para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales —segundo resultado, este no ya de lesión, sino de peligro, o, mejor, cláusula de restricción de las conductas merecedoras de respuesta penal frente a meros ilícitos administrativos, que en la Sentencia no suscita mayor discusión— es la que integra la tipicidad descrita. Esto es, un comportamiento contaminante, ilegal y de especial peligrosidad para el ambiente⁽⁵⁾.

En relación con el peligro que se requiere, hipotético o potencial, al que también se refiere la Sentencia de 1990, téngase en cuenta que se trata únicamente de un criterio de delimitación de las conductas relevantes sin que ello obligue a aceptar estemos sólo ante un delito de riesgo, ya que el perjuicio ambiental se produce con el acto de contaminación. En todo caso, se exige una denominada segunda prueba causal, que es más un juicio hipotético de idoneidad de la conducta para generar el peligro descrito, que si se vincula a la salud de las personas, hoy obligará a la imposición de una pena agravada⁽⁶⁾.

(4) Sobre la complejidad probatoria en este punto, DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2.ª ed., Valencia, 1999, págs. 1 ss.

(5) Para un estudio completo de los tres elementos, BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997, págs. 1 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *AP* 1998-2, págs. 287 ss. y «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *RP* 4 (1999), págs. 30 ss.; GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, págs. 1 ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, págs. 1 ss.; PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984, págs. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 2000, págs. 1 ss.; y TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», *AP* 1996, págs. 289 ss.

(6) Véanse, con planteamientos diferentes, MORALES PRATS, «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, págs. 233 ss.; y PAREDES CASTAÑÓN, «Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente», *AP* 1997-1, págs. 217 ss.

En cuanto a la remisión que el precepto establece a la normativa administrativa, la accesoria o dependencia relativa que la misma implica, e incluso la actuación preferente del Derecho administrativo en esta materia, hace que en su interpretación se planteen los clásicos problemas sobre la legitimidad de las normas en blanco —resuelto claramente, precisamente en esta materia, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio— o la siempre compleja viabilidad de la doble sanción penal y administrativa y su compatibilidad con el respeto al principio *ne bis in idem* —abordado también en esta materia por la importante Sentencia 177/1999, de 11 octubre— así como necesarias discusiones sobre la naturaleza de las contravenciones normativas, la relevancia de las autorizaciones ilícitas⁽⁷⁾, el tratamiento del error sobre los elementos normativos, la cuestión de la tolerancia administrativa, la posible vinculación con la normativa comunitaria a partir del reconocimiento de la eficacia directa vertical en casos de no transposición o transposición incorrecta de las importantes Directivas o, ahora, Decisiones Marco en esta materia⁽⁸⁾, el tratamiento de la desigual protección autonómica que se traslada a sede penal o la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma de remisión⁽⁹⁾. Éste sigue siendo hoy en

- (7) Específicamente sobre las técnicas de tipificación a adoptar, por todos, GÓRRIZ ROYO, «La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio», *RCP* 1 (1998), págs. 73 ss.; y VERCHER NOGUERA, «La ley penal en el tiempo y los delitos contra la ordenación del territorio», *AJA* 1997, 321, págs. 1 ss.
- (8) Véase sobre esta cuestión, DE LA MATA BARRANCO, «El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria», en *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, 1998, págs. 239 ss.; y VERCHER NOGUERA, «La incidencia del derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente», *AP* 1994-1, págs. 225 ss.
- (9) Sobre algunas de las diferentes cuestiones planteadas, tal y como se debatían en la época de la Sentencia de 1990, BACIGALUPO ZAPATER, «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», *EPC* V (1982), págs. 191 ss.; CASABÓ RUIZ, «La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente», *EPC* V (1982), págs. 235 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoria administrativa*, Barcelona, 1996, págs. 1 ss.; *Id.*, «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997, págs. 569 ss.; GÓMEZ RIVERO, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia, 2000, págs. 1 ss.; GONZÁLEZ GUTIÁN, «Sobre la accesoria del Derecho Penal en la protección del ambiente», *EPC* XIV (1991), págs. 109 ss.; y MORALES PRATS, «La técnica de la ley penal en blanco y el papel de las Comunidades

día un punto nuclear en la interpretación de estos delitos, tal y como pioneramente apuntó la sentencia del Caso Cercs, que se refiere a varias de estas cuestiones. Y es, a mi juicio, quizás el único sobre el que sigue sin haber consenso doctrinal.

Problemas asimismo objeto de especial atención en la interpretación del precepto son los que hacen referencia a la distinción entre conductas dolosas o imprudentes, también tipificadas en el art. 331, la distinción entre la continuidad delictiva y la unicidad de delito, que obliga a delimitar claramente el objeto de acusación en los escritos de calificación, como refleja la sentencia comentada, o la concreción de la responsabilidad en el ámbito de las personas jurídicas⁽¹⁰⁾, que, frente a lo que se desprende de la sentencia, no obliga a acudir al art. 31 del Código —sucesor hoy del antiguo art. 15 bis— al no tratarse de un delito especial, sino a delimitar el dominio del hecho en base a la competencia específica que se tenga dentro de la empresa donde se produce la emisión ilícita.

Al tipo básico del art. 325, el art. 326 incorpora una serie de cualificaciones —a varias de ellas aluden los recursos presentados por defensa y acusaciones contra la Sentencia de la Audiencia de Barcelona— que dan lugar a los tipos cualificados de sus apartados a) a f), referidos a la clandestinidad de la actuación —inexistente en el caso de Autos, dado el conocimiento que de la actividad desarrollada tenía la Administración—, la desobediencia frente a órdenes de corrección de la actividad contaminante —también inexistente, porque aun cuando ciertamente no se cumplieron totalmente los requerimientos de aquélla se alegaron razones que incluso llevaron a elevar administrativamente los límites de emisión permitidos—, la falsedad de datos ofrecidos para poder llevar a cabo dicha actividad, la obstaculización de la función inspectora de la Administración —que nunca se produjo, como se acreditó en los hechos probados—, el riesgo de deterioro irreversible —que como bien explicó la sentencia, referente en esta cuestión desde entonces, se produce cuando en relación de causalidad con el comportamiento se alcance un

Autónomas en el delito ambiental», en *Estudios jurídicos en Memoria de Luis Mateos Rodríguez*, Santander, 1993, págs. 361 ss.

(10) Véase FEIJÓ SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Un medio eficaz para la protección del medio ambiente?», *RDPC* 7 (2000), págs. 235 ss.

riesgo real de menoscabo natural o espontáneamente irrecuperable o susceptible de originar estragos o daños, especialmente graves o extensos, en alguno de los elementos naturales objeto de la conducta definida por el art. 325— y la extracción de aguas en período de restricciones, que, al margen de cuestiones puntuales en su interpretación, van a plantear problemas de delimitación concursal con otros preceptos donde expresamente se contemplan las conductas que aquí significan únicamente una agravación respecto a la pena prevista por el art. 325.

En cuanto a las indebidamente criticadas previsiones del art. 329 —pues lo que procede es su correcta interpretación—, referidas a la denominada prevaricación ambiental, que, a diferencia de las de los dos Capítulos anteriores, se extiende también a la incriminación de conductas omisivas, de silencio de las infracciones detectadas, se sanciona, además, al funcionario que informe favorablemente, autorice, resuelva o vote a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes, conductas que se vinculan al art. 404 del Código, ampliando, no obstante, su ámbito de aplicación y agravando, además, la responsabilidad penal. Cuestiones necesitadas de explicación, si se acepta su necesidad para salvar posibles lagunas de penalidad e incrementar las penas que prevé la prevaricación general, son, entre otras, las que hacen referencia al tratamiento de actuaciones colegiadas, el momento de consumación del delito, la exigencia o no de lesividad derivada de la ejecución de la emisión, la propia exigencia de ésta o la relación con el art. 325 cuando la conducta del funcionario pueda ser subsumida en ambos preceptos⁽¹¹⁾. En todo caso, fueron supuestos como los de la Central de Cercs, con claros déficits de actuación funcionarial o incluso gubernativa —así se puso de relieve, acertadamente, en la propia sentencia—, los

(11) En este ámbito, entre otros, ALASTUEY BODÓN, «El ámbito de aplicación del art. 329 del Código Penal», *RDPC* 2001, págs. 11 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario público por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993, págs. 1 ss.; GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental», *LL* 1996-4, págs. 1239 ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos: análisis del tipo objetivo del art. 329 del Código Penal*, Barcelona, 2000, págs. 1 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Un ejemplo de norma jeroglífica, el art. 329 del Código Penal», *RDPP* 2000, págs. 13 ss.; y TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», *EPC* 20 (1997), págs. 311 ss.

que decididamente motivaron al legislador a prever de modo expreso la punición de conductas que, sin duda, coadyuvan a la lesión ambiental de modo especialmente importante.

IV. POSICIÓN PERSONAL Y OTRAS SOLUCIONES

Son muchos los aspectos tratados por la Sentencia de 1990. Muchos de ellos, no relevantes para la decisión que finalmente se toma, podrían ser discutidos, sobre todo en cuanto al pretendido carácter antropocéntrico del bien jurídico tutelado, a la calificación del precepto aplicado —sea el art. 347 bis, sea el nuevo art. 325— como tipo de omisión impropia o a la consideración del delito como de estado. No son cuestiones determinantes, en todo caso —y aun teniendo su importancia—, para la calificación del supuesto de hecho planteado.

Aceptando como probada la emisión y correspondiente inmisión en la atmósfera por la Central de Cercs de humos altamente cargados de dióxido de azufre, que, al contacto con ella se transforman en ácido sulfúrico y la grave contaminación que generan al diluirse en la masa boscosa situada en sus cercanías, con afección al menos de 30.000 hectáreas de bosque, y el consiguiente grave y potencial peligro para la vida vegetal de la zona y, con ello, la concurrencia de los denominados elementos contaminante y de peligro para los sistemas naturales del delito y la doble relación de causalidad que exige el precepto, el elemento que va a centrar la argumentación de la Sentencia que conduce a la condena del imputado va a ser el elemento contravencional.

No es necesario plantear la consideración del precepto como de comisión por omisión —o al menos no en los términos en que lo hace la sentencia—, porque lo único que pretende con ello el Tribunal es explicar que aunque cuando se inició la actividad contaminante por la central eléctrica no estaba vigente todavía el art. 347 bis, existía una obligación —de quien entiende la Sentencia estaba en posición de garante— de interrumpir la emisión contaminante, que no se llevó a término, ya vigente este precepto. Ésta es una cuestión que, este caso concreto, afecta más a la delimitación de la autoría que a la de la tipicidad. Ello, porque en 1985 y 1986 se siguió produciendo la emisión contaminante; no es que permanecieran los efectos de las primeras emisiones; es que se constataron nuevas emisiones con los efectos referidos. De ahí que no haya tampoco que entrar en la conside-

ración de si estamos o no ante un delito de estado (la mayoría de preceptos del Código lo son, en una caracterización apenas relevante en el ámbito práctico), porque la acusación abarca, y esto ya hoy no se cuestiona, hasta el momento de la calificación de los hechos por parte de la acusación, hechos que constatan la emisión ininterrumpida, sin paralización de la actividad contaminante de la Central, y no la mera omisión de la restauración de un equilibrio ecológico que pudiera ya haber sido dañado con las primeras emisiones.

La consideración de la existencia de un riesgo catastrófico o irreversible sí parece correctamente resuelta por la Sentencia, dada la magnitud del daño y la dificultad de reparación —aun cuando no imposibilidad— del espacio dañado. También la cuestión de la responsabilidad civil subsidiaria impuesta a los titulares de la Central.

En cuanto a la autoría del delito, atribuida en exclusiva al Director de la Central, la misma es correcta, aunque para explicarla se acuda indebidamente al art. 15 bis del Código Penal (antecesor del hoy art. 31). No estamos ante un delito especial, sino común, y, en consecuencia, no exige el mismo ninguna cualidad que haya que atribuir a quien se pretenda considerar autor del mismo. El delito ambiental lo puede cometer cualquiera. Simplemente que cuando el mismo se produce en el seno de una empresa, habrá que concretar quién dentro de ella tiene el dominio del hecho de lo acaecido. Si éste se demuestra que lo tiene el Director de la Central, único con competencias para decidir el sí y el cómo del funcionamiento de la misma, tomando decisiones sobre niveles de producción, decisiones de no paralización de la actividad contaminante y decisiones sobre las negativas a poner los filtros que pudieran evitar las emisiones de ácido sulfúrico, alegando que con ello la Central no era rentable, la decisión de la Sentencia es correcta. Pero no se trata, por otra parte, y a mi juicio, de una cuestión acerca de la omisión de un deber de garante de evitar un resultado, sino de una cuestión de toma de decisiones sobre la continuación de la actividad contaminante de la Central.

En todo caso, el aspecto realmente relevante de la Sentencia es el de la constatación del elemento contravencional, sin el que, desde la accesoriidad en esta materia del Derecho penal, no cabría afirmar tipicidad alguna. Varias cuestiones se plantean aquí.

En primer lugar, si se acepta que, a partir de 1985, y hasta el mes de abril de 1986, las partículas sólidas emitidas por la combustión del carbón rico en azufre que se lanzaron a la atmósfera franqueaban holgadamente el nivel de concentración situado en 500 mg./Nm³, máximo permitidos por las disposiciones vigentes, alcanzando una media durante todo ese período de tiempo de 2.000 mg./Nm³ —lo que no se acepta en la Instancia, pero sí en el Tribunal Supremo— y se admite que ello no sólo contribuyó al proceso destructor de los bosques, sino que fue determinante del mismo, el requisito típico habría que entenderse holgadamente cumplido.

Si se entiende en cambio que en sí ello no era suficiente y que el daño se causó por la emisión de anhídrido sulfuroso o dióxido de azufre, habría que centrarse en la vulneración que ésta suponía de la normativa contravencional. Y la cuestión probatoria aquí es clara. Se acepta en ambas instancias que la emisión superaba los 9.500 mg./Nm³, pero no los 12.500 mg./Nm³, lo que obliga al Tribunal a decidir si la nueva normativa que impone estos límites más permisivos es o no la aplicable.

El hecho de que el Tribunal tolere, consienta o permita tácitamente —como quiera que se exprese esta idea— las emisiones por encima de los 9.500 mg. referidos es indiferente en los términos en que se plantea en la Sentencia. No es determinante la actitud de la Administración, sino la vulneración o no de la normativa de remisión. No se opta en el Derecho penal ambiental español por una accesoriadad de acto, sino de derecho, y, en este sentido, actitudes coadyuvantes a la lesión ambiental podrán dar lugar en su caso a responsabilidades que habrá que sustanciar individualmente —lo que no se hizo entonces, pudiéndose hacer, no a través de un art. 329 todavía inexistente, pero sí a través de la consideración de una posible participación en el delito ambiental en caso de haber existido más imputaciones—, pero en modo alguno legitimar vulneraciones de la normativa administrativa de referencia, con independencia de posibles alegaciones de error, en este caso claramente inviables.

Lo importante es si realmente hay que atender los 12.500 mg./Nm³ de emisión de anhídrido sulfuroso o dióxido de azufre fijados como límite máximo permitido por la Dirección General de Industria en sus Resoluciones de 2 de agosto de 1985 y de 24 de julio de 1987 o los 9.500 mg./Nm³ fijados en el Anexo IV del Reglamento de 1975 vigente en el momento de los hechos, que desarrollaba la Ley de protección del Medio Ambiente.

Si los nuevos límites se entendieran válidos, sin duda los mismos beneficiarían, aplicándose retroactivamente, a las emisiones de la Central, por más que la tutela ambiental quedara menoscabada. En caso contrario —y es ésta una cuestión a decidir desde criterios administrativos, aun en sede penal—, los mismos —como así entendió el Tribunal—, al igual que la tolerancia de la Administración, no podrían evitar la condena de quien se sabe vulnerador de la normativa administrativa ambiental.

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

2. El caso de los billetes falsos

LOS BILLETES FALSOS

El día 29 de marzo de 2005, el Banco Buenavida reportó a la Superintendencia de Banca y Seguros que había tenido problemas con una remesa de dólares que recibió del extranjero, ya que al parecer había presencia de billetes falsos, y que probablemente el mismo problema podría estar presentándose en las demás instituciones financieras

Ante esta situación se inició una investigación administrativa preliminar, estableciéndose que los banco mas importantes del país, ya habían detectado la posible presencia de dólares falsos correspondientes a la denominación de 50 dólares de la serie B- 2001; y ante lo cual, con fecha 25 de marzo decidieron indistintamente, instruir a su personal de ventanillas que no recibieran ningún billete de tales características, pero no desabastecieron los cajeros automáticos que tenían tales billetes, razón por la que los usuarios y clientes de dichas entidades bancarias siguieron retirando los billetes en mención a través de banca electrónica, con los consiguientes problemas posteriores de no poder utilizar tales billetes, ya que la noticia de que posiblemente se hallaba circulando en el mercado local dólares falsos, se había extendido por todos los medios de comunicación. .

Estos hechos motivaron que la Superintendencia de Banca y Seguros iniciara un proceso sancionatorio tanto contra las entidades bancarias que habían incurrido en tales conductas, como contra los gerentes generales de las mismas, por supuesta infracción al mercado financiero y por comportamientos desleales con sus clientes.

Por su lado, INDECOPI, ante los recurrentes reclamos de los usuarios y clientes de las referidas entidades bancarias, también abren los correspondientes procesos contra las mismas empresas por actos contra los consumidores.

Finalmente el Ministerio Público abre investigación preliminar contra los gerentes generales de los bancos implicados por la supuesta comisión de delito monetario.

Analice el presente caso, desde la perspectiva del principio del ne bis in idem

UNIDAD II: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

- "Caso Enron" por Carreño Aguado, Julen A. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011. P. 969- 987

CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN DERECHO PENAL

Coordinador:

**PABLO
SÁNCHEZ-OSTIZ
GUTIÉRREZ**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

CASO ENRON^(*)

CARREÑO AGUADO, Julen A.

*Investigador de Derecho Penal, becario del Gobierno Vasco
Universidad de Navarra*

*Quien tiene un mínimo de principios tiene que pagar sus deudas. De una
manera o de otra. Es decir, con dinero o sin dinero*

BALZAC

Donde no hay dioses imperan los demonios

NOVALIS

SUMARIO:

- I. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES
- II. RELEVANCIA DOCTRINAL DEL CASO
 - II.1. Las causas de la caída
 - II.2. La respuesta gubernamental: la Sarbanes-Oxley Act, de 2002
 - II.3. La reacción de los agentes del mercado: el buen gobierno corporativo
 - II.4. Otros casos similares
- III. ¿CONCLUSIONES?

(*) Puede verse, por todas, la sentencia del caso *Skilling v. United States* (ref. 08-1394, de 24 de junio de 2010, con los votos particulares de los magistrados Scalia, Alito y Sotomayor).

Fundada en 1985 por la fusión de Houston Natural Gas e InterNorth, fusión dirigida por quien sería en adelante su presidente, Kenneth Lay, la compañía energética Enron Corporation creció en pocos años hasta llegar a convertirse en la séptima petrolífera de los Estados Unidos.

El crecimiento exponencial de la compañía fue impulsado por la liberalización del mercado energético y la consecuente adopción, por parte de los directivos, de políticas agresivas de asunción de riesgos y seguros. Tras el proceso de virtualización de Enron, liderado por Jeffrey Skilling, en 1999 la compañía se había convertido en un banco de energía, un intermediario energético⁽¹⁾. Entre 1993 y 1997 Enron registró, además, a través de la labor de ingeniería financiera realizada por Andrew Fastow, más de tres mil entidades afiliadas: las Entidades de Uso Específico o SPEs, las cuales revestían distintas formas sociales. La mayoría de estas entidades no debieron merecer la calificación de SPEs —ni llegaron a actuar como tales—, ya que no poseían el 3% de inversión externa inicial al que conmina la ley y su activo provenía íntegramente de otras SPEs y de un crédito bancario avalado por la propia Enron.

Tras ver cómo el valor de sus acciones descendía desde 90 dólares hasta 0,42 en menos de un año, Enron reconoció que había sobreestimado sus beneficios entre 1997 y 2001 en más de 600 millones de \$, y el 2 de diciembre de 2001 se acogió al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras, revelando una deuda total de hasta 30.000 millones de \$ y admitiendo que sus informaciones financieras habían sobreestimado sus ganancias debido a un fallo en el seguimiento de las reglas de cualificación de las SPEs y debido a relaciones comerciales fraudulentas con éstas⁽²⁾.

-
- (1) El 12 de febrero de 2001, el *Chief Executive Officer* de Enron, Jeffrey Skilling, era entrevistado en el programa *Business Week Online*, y explicaba que «la ventaja fundamental de un sistema empresarial virtual frente un sistema empresarial físico es que necesitas menos capital para proporcionar la misma confianza (...). Si, por ejemplo, estoy comenzando en el negocio del gas y me dedico a venderlo y transportarlo desde la central de Kansas hasta la ciudad de Kansas, si un gasoducto explota, estoy fuera del negocio».
- (2) Algunas de estas violaciones eran técnicas; entre ellas, por ejemplo, la infracción de la regla que conmina a reunir, al menos, un 3% de inversión externa en el capital, en el caso de las SPEs Chewco o Talon. Pero las más serias infracciones concernían al falso fundamento de las transacciones relacionadas con LJM.

I. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES

Omitiré referirme a las acciones *civiles* que la Comisión de Valores y Bolsa —en adelante, la SEC (*Securities and Exchange Comision*)— emprendiera contra varios de los altos mandatarios de Enron entre 2002 y 2005⁽³⁾, para centrarme en los procesos penales.

En 2002, al amparo de la Sarbanes-Oxley Act, comenzaron las primeras acusaciones contra altos cargos de las treinta y cinco mayores compañías estadounidenses con proyección internacional, que desembocaron en 2005 en responsabilidades penales por delitos de estafa, malversación, alzamiento de bienes, fraude y obstrucción a la justicia, entre otros. La consecuencia fue que varios altos ejecutivos de reconocido prestigio fueron juzgados, condenados y castigados con elevadas penas de prisión. En Enron, la mayoría de los cargos contra directivos y responsables financieros se resolvieron finalmente por la vía de la declaración de culpabilidad de los acusados, quienes todavía hoy realizan labores de colaboración con la justicia. Es el caso de Andrew Fastow o el propio Rick Causey.

Al margen de teorías y divagaciones acerca del grado de podredumbre de la «cesta», puede decirse que en Enron fueron principalmente dos directivos quienes cardaron la lana: Kenneth Lay y Jeffrey Skilling. El primero falleció repentinamente de un infarto cardiaco en su residencia de Aspen (Colorado), mientras esperaba la fecha en que debía dictarse sentencia en su contra; se enfrentaba a una posible pena de hasta 45 años de prisión. El segundo fue hallado culpable en mayo de 2006 de los cargos de conspiración, estafa, falsedad y tráfico de información privilegiada; en octubre el mismo año fue sentenciado a 24 años y 4 meses de prisión, así como a una multa de 45 millones de dólares⁽⁴⁾.

(3) Puede el lector acudir al texto íntegro de las acciones en cuestión, disponibles en la página web oficial de la SEC: <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/litrelarchive>. Concretamente, la dirigida contra Fastow (2 de octubre de 2002), contra Lay (7 de noviembre de 2003), y contra Causey, Skilling y Lay (8 de julio de 2004). Última visita: 28 de julio de 2010.

(4) Sobre los procesos penales y las imputaciones puede el lector informarse con detalle en los trabajos, altamente documentados, de BRICKEY, «Enron's Legacy», *BCLR* 8 (2004), págs. 263-275; «From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley», *WULQ* 81 (2003), págs. 370-375; y «In Enron's Wake: Corporate Executives on Trial», *JCLC* 96 (2006), págs. 397-434; aportando numerosas referencias a noticias en la

En marzo de 2002, la consultora y auditora de Enron, Arthur Andersen, fue acusada por un delito obstrucción a la justicia por su actividad de destrucción de documentos relacionados con las auditorías realizadas a su cliente Enron Corporation. En 2006 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó su acusación en un acto que supuso una victoria simbólica tardía para la difunta firma auditora⁽⁵⁾.

II. RELEVANCIA DOCTRINAL DEL CASO

No faltan conjuraciones en relación con el caso Enron. Son abundantes y complejas las tesis que abordan la problemática de Enron, diversificadas en un *amplio rango de resultados culpabilísticos complementarios*. El «Quién es Quién» del caso abarca, en última instancia, un enorme dominio que va desde los propios órganos rectores de la compañía hasta el Gobierno de los Estados Unidos de América⁽⁶⁾. De esta manera, la caída de la que llegó a ser la séptima compañía petrolífera de los Estados Unidos⁽⁷⁾, que se vio obligada a someterse el 2 de diciembre de 2001 al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras, ha dado lugar a una inabarcable literatura jurídica, económica y sociológica, que a su vez ha desembocado en una importante construcción

prensa, así como tablas relativas a los procesos judiciales abiertos contra distintas compañías estadounidenses.

- (5) Sobre el proceso penal de Andersen, BRICKEY, «Andersen's Fall from Grace», *WULQ* 81 (2003), págs. 917-960.
- (6) Así lo advierten, por todos, BOJE/ROSILE, «Enron whodunit?», *Ephemeria* 2 (2002), págs. 315-327. Los autores llegan a sugerir en su estudio una posible vinculación entre los atentados terroristas del 11-S y las actividades comerciales irregulares de Enron y otras firmas norteamericanas (ExxonMobil, Texaco, Unocal, o BP Amoco) en el gasoducto de CentGas de Afganistán.
- (7) Las conocidas como «Las Siete Hermanas del Petróleo» eran Exxon, Mobil, Shell, British Petroleum, Gulf, Texaco y Chevron. Más tarde, la fusión de Exxon y Mobil permite que se hable de Enron como la nueva séptima hermana, en una nueva versión de las «Siete Hermanas» de 1911, según apunta precisamente la séptima conjuración de BOJE/ROSILE en *Ephemeria* 2 (2002), pág. 320. De la misma manera que en los años 80 del s. XIX el petróleo era una nueva industria para John D. Rockefeller, en los años 80 del s. XX el gas natural fue la nueva industria para Kenneth Lay. En 1911 el Gobierno de los Estados Unidos desmembró la Standard Oil Company of New Jersey (conocida como «Jersey»). Ésta se había convertido en una fundación que comprendía una red de 322 compañías asociadas controladas por unos pocos ejecutivos. De esta manera, el estudio llevado a cabo por los profesores BOJE y ROSILE argumenta una analogía de los patrones de «Jersey» en el caso Enron, esta vez con una red de 3.500 compañías subsidiarias y asociadas.

retórica en torno a los diferentes indicadores financieros motivadores del desastre.

Enron, WorldCom, Tyco, Adelphia: ¿Qué fue lo que concentró los escándalos financieros de las grandes compañías entre 2001 y 2002? Algunos autores han apuntado a un canje desafortunado entre los principios de proximidad y objetividad por parte de los altos directivos de las compañías⁽⁸⁾; otros, más catastrofistas, sugieren un deterioro colectivo de la moralidad comercial, alimentado por una legislación excesivamente permisiva⁽⁹⁾. Por último, hay quien ha preferido cargar contra la mala fe de una minoría directiva no representativa del buen hacer común⁽¹⁰⁾. Con todo, para el profesor COFFEE, una de las máximas autoridades doctrinales en la materia, «[l]as deficiencias de cualquier Consejo directivo aislado no pueden explicar el repentino surgimiento de fracasos de gobierno generalizados»⁽¹¹⁾. Para él, «las puestas a punto provocadas por el reconocimiento anticipado de ingresos que tuvieron lugar entre 1997 y 2001 hicieron que los intereses de los directivos y de los inversores se desalinearan cada vez más, y los auditores quedaron atrapados en medio»⁽¹²⁾.

Para el autor, los principales agentes desestabilizadores del equilibrio fueron unos inversores institucionales altamente negligentes y el propio Congreso de los Estados Unidos. Los primeros, porque promovieron el uso indiscriminado de las *stock options*⁽¹³⁾ para compensar a directivos y gestores con el fin de aumentar la sensibilidad de estos hacia el mercado; y el

(8) Así; MACEY, en «Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron», *CorLR* 89 (2003-2004), págs. 394-422; confirmando esta línea, ELSON, en «Enron and the Necessity of the Objective Proximate Monitor», *CorLR* 89 (2003-2004), págs. 496-502.

(9) En este sentido, WIDEN, en «Enron at the Margin», *BLR* 58 (2003), págs. 961-963.

(10) En esta línea se pronunció en 2002 un subcomité del Senado de los Estados Unidos para atribuir el grueso de la responsabilidad en el caso Enron a su Junta directiva [vid., *Permanent Subcommittee On Investigations Of Comm. On Governmental Affairs, United States Senate, The Role Of The Board Of Directors In Enron's Collapse*, S. Rep. No. 107-170, 59 (2002)]. También, THORBURN, «Corporate Governance Practices in Europe: Antidote to "Enron"?, *Tuck School of Business* 2003, págs. 887-907.

(11) Vid. COFFEE, «What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s», *CorLR* 89 (2003-2004), págs. 269-309, 269.

(12) *Ibidem.*, pág. 285.

(13) Sobre esta forma de remuneración, a modo introductorio y por todos, puede verse el trabajo de FRIED, «Option Backdating and Its Implications», *WLLR* 65 (2008), págs. 853-886; o el de BERNILE/JARREL/MULCAHEY, «The Effect of the Options Backdating Scandal on

segundo porque, de alguna manera, aceleró dicho proceso mediante el establecimiento de un límite máximo legal en la compensación que los altos ejecutivos podían percibir⁽¹⁴⁾. Esta nueva tendencia a la participación en el capital social como sistema de compensación aunque tenía su origen en la década precedente como una consecuencia de los momentos adquisitivos se aceleró en los años noventa⁽¹⁵⁾.

II.1. Las causas de la caída

La apuesta comercial de Enron que, desde mi punto vista, puede ser considerada el germen —todavía legal— de la debacle posterior, tiene lugar cuando, con la entrada de Skilling en la compañía, en 1999, Enron asume el plan estratégico de diversificar su infraestructura con el fin de reducir el riesgo asistemático. En otras palabras, *ahorrar* en el coste de los eventuales riesgos a través de la integración vertical virtual de la cadena de producción; lo cual convertía a la entidad en un mero intermediario financiero, en un banco virtual de energía (EnronOnline)⁽¹⁶⁾.

the Stock-Price Performance of 110 Accused Companies», *Simon School Working Paper* FR 06-10 (2006), págs. 1-18.

- (14) En 1984 el Congreso de los Estados Unidos aprobó un impuesto sobre la remuneración en concepto de *stock option* (a la que se llamó «*parachute payment*»), con el fin de desincentivar las compensaciones que los altos directivos de las compañías venían percibiendo en conexión con el cambio en el control de las transacciones. Más tarde, en 1993, el Congreso promulgó un nuevo precepto —a saber, el § 162 (m)— del Código Interno de Impuestos sobre la Renta, que básicamente negaba una deducción en la contribución de las empresas públicas en concepto de compensación anual a pagar a sus directores ejecutivos, así como a cualquiera de los cuatro directivos mejor pagados de la compañía, cuando el montante percibido por cada uno de ellos excediera el millón de dólares. Sin embargo, el efecto de esta provisión no llegó a traducirse en la imposición de un verdadero límite, ya que algunas compañías aceptaron perder su derecho a las deducciones oportunas para continuar proporcionando una mayor compensación a sus ejecutivos (*vid.*, en este sentido, LUBUN, «Firms Forfeit Tax Break to Pay Top Brass \$1 Million-Plus», *Wall Street Journal*, 21 de abril de 1994. Asimismo, BEBCHUCK/FRIED, «Executive Compensation as Agency Problem», *JEP* 17 (2003), págs. 71-92).
- (15) *Vid.*, COFFEE, en «Understanding Enron: It's About the Gatekeepers, Stupid», *BLR* 57 (2002), 1-29, pág. 1426. También, del mismo autor, *Gatekeepers. The professions and Corporate Governance*, Oxford, 2006.
- (16) Más extensa y claramente al respecto, BRATTON, en «Enron and the Dark Side of Shareholder Value», *TLR* 76 (2002), págs. 1275-1360.

Son cuatro los momentos y/o acontecimientos concatenados que, a mi juicio, resultan determinantes de cara al diagnóstico de la debacle⁽¹⁷⁾, a saber:

(1) La liberalización del mercado energético en 1987, que facilitó la inmersión de Enron en mercados alternativos mediante el establecimiento de contratos de suministro de larga duración que permitían a la compañía especular con el precio futuro de la materia prima⁽¹⁸⁾.

(2) El diseño y la fundación de las Entidades de Uso Específico (*Special Purpose Entities*, SPEs, entre 1993 y 1999), que ayudaron a despejar la deuda relativa de los libros contables de Enron a través de la transacción encubierta de activos de la matriz a sus filiales, y cuyo resultado fue que el valor del capital accionario de Enron ascendía al tiempo que dicho capital salía de sus libros para capitalizar a las endeudadas SPEs⁽¹⁹⁾. En otras pala-

(17) Tres eran las causas que apuntaba COFFEE: (1) el uso descontrolado de la compensación con acciones, que llevó a los ejecutivos a manipular el mercado de cara a obtener resultados que aumentarían sus honorarios dependientes; (2) un sistema inadecuado de prevención frente a los auditores, a quienes compensaba consentir el fraude; y (3) un fenómeno de burbuja de mercado que implicó tanto a inversores como a auditores (*vid.* «What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s», *CorLR* 89 (2003-2004), pág. 295).

(18) Sobre esta cuestión puede verse, más extensamente, el trabajo de BOJE/GARDNER/SMITH, «(Mis)Using Numbers in the Enron Story», *Organizational Research Methods* 9 (2006), págs. 456-474, 457 ss.; y el de BRYCE, *Pipe Dreams: Greed, Ego, and the Death of Enron*, Nueva York, 2002. También BRATTON, *TLR* 76 (2002), págs. 1277 y 1278. Asimismo, sobre el proceso de liberalización en cuestión puede consultarse el artículo periodístico de WAYNE, «Enron, Preaching Deregulation, Worked the Statehouse Circuit», en *The New York Times*, 9 de febrero de 2002. Sobre el sistema empleado por Enron para la estimación de las probabilidades de pérdidas basado en el análisis estadístico de las tendencias en los precios (sistema VaR), KAMINSKI/MARTÍN, en «Transforming Enron Corporation: The value of active management», *JACF* 13 (2001), págs. 17-49. De gran interés, asimismo, KAHNEMAN/TVERSKY, en «On the Psychology of Prediction», *PR* 80 (1973), págs. 237-251, donde los autores se proponen demostrar que los individuos, con cierta generalidad, adoptan decisiones mediante el recurso a fórmulas heurísticas en lugar de hacerlo atendiendo al análisis de la información obtenible.

(19) El 2 de diciembre de 2001 Enron se acogió al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras y admitió que sus informaciones financieras habían sobreestimado sus ganancias debido a un fallo en el seguimiento de las reglas de cualificación de las SPEs y debido a incontestables, e incluso fraudulentas, relaciones comerciales con éstas. Como ya he apuntado al comienzo de este trabajo, algunas de estas violaciones eran técnicas —entre ellas, por ejemplo, la infracción de la regla que conmina a reunir, al menos, un 3% de inversión externa en el capital, en el caso de las SPEs Chewco o Talon. Pero las más serias infrac-

bras, Enron se estaba emitiendo a sí misma su propio capital para cubrir sus propias pérdidas.

(3) *La falta de independencia de los auditores.* Andersen no fue demandada por su actividad de auditoría y/o consultoría⁽²⁰⁾, sino por su actividad de destrucción de documentos de Enron⁽²¹⁾. Una vez al año entre 1998 y

ciones concernían al falso fundamento de las transacciones relacionadas con la SPE LJM. Enron registró más de tres mil entidades afiliadas de distinta naturaleza. Cuando una compañía posee la mayoría del capital de otra, las normas de contabilidad estadounidenses exigen que las declaraciones financieras de ambas se reflejen de forma unitaria. De esta manera, una hipotética relación comercial entre ambas compañías no generaría en ningún caso una declaración de ingresos en ninguna de ellas. El objetivo de Enron, en cambio, pasaba por minimizar el montante de la deuda que aparecía en sus balances oficiales, de forma que su crédito no se viera afectado. Para ello, cuando quería invertir, lo hacía por medio de alguna de sus filiales, que actuaba como entidad inversora, y Enron se aseguraba de no participar en dicha entidad en ningún caso en más de un 50%. Así, si Enron no poseía la mayoría del capital de la compañía inversora, los números de ésta y, por consiguiente, sus deudas, no figuraban en los balances de la matriz. Al respecto, y centrándose en las llamadas «Raptor SPEs» (Talon, Timberwolf, Porcupine y Bobcat), pueden verse los trabajos de CATANACH/RHOADES-CATANACH, «Enron: A Financial Reporting Failure?», *VLR* 48 (2003), págs. 1057-1076; y COFFEE, «Liquidity Versus Control: The Institutional Investor as a Corporate Monitor», *ColumbiaLR* 91 (1991), págs. 1277-1368.

(20) A pesar de todo autores como BRATTON han diagnosticado con gran acierto que «Enron fue un fallo de auditoría, y no un caso en el que normas incompletas, ineficaces o corruptas facilitaron el fraude» (en «Enron, Sarbanes-Oxley and Accounting: Rules Versus Principles Versus Rents», *VLR* 48 [2003], págs. 1023-1053, 1053). En la misma línea, ARONSON, al afirmar que «el auditor jefe de Arthur Andersen había advertido a la Junta de Directivos de Enron de que la compañía estaba envuelta en prácticas contables abusivas, aunque técnicamente acordes con los estándares de los principios contables generalmente aceptados (GAAP)» (en «Preventing Future Enrons: Implementing the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *SJLB&F* 8 [2002], págs. 127-154, 134). También BAZERMAN/LOEWENSTEIN/MOORE, en «Why Good Accountants Do Bad Audits», *Harvard Business Review* 80 (2002), págs. 96-104, 98-99, recogiendo el testimonio de Joseph Berardino en el que el auditor de Arthur Andersen declaraba, en relación con el caso Enron, que «muchos piensan que la contabilidad es una ciencia, donde un número, por ejemplo el valor por acción, es el número, y es un número tan preciso que no puede ser dos peniques más o menos. Yo vengo de una escuela en la que se predica que la contabilidad tiene más de arte (que de ciencia)».

(21) Si bien entre los años 2001 y 2002 la compañía había tenido problemas de sobreestimación de activos similares con otros clientes (estimada en total en más de dos billones \$), como Sunbeam, Waste Management, Peregrine Systems y WorldCom, por lo que se había visto obligada a pagar a la SEC importantes cantidades para evitar la vía penal (más extensamente al respecto, CHANEY/PHILIPICH, en «Shredded Reputation: The Costo of Audit Failure», *Journal of Accounting Research* 40 (2002), págs. 1221-1245, 1224-1226).

2001 la sexta planta de la oficina central del edificio de Enron Corporation en Houston se convertía en un escenario que representaba la realidad ficticia de una planta de operaciones comerciales. Allí, el 23 de octubre de 2001, Kenneth Lay transmitía en una teleconferencia a Duncan y su equipo de auditores una política de «conservación» de documentos según la cual los contables únicamente debían conservar los documentos que contuvieran el informe final de la auditoría de sus clientes, de suerte que el resto de notas, apuntes y borradores serían destruidos⁽²²⁾.

Algunos autores encuentran ilógico que una firma de primera línea como Andersen arriesgase su reputación sacrificando su juicio independiente para satisfacer a un único cliente, como Enron⁽²³⁾. Sin embargo, y como a menudo ocurre en otros órdenes, la lógica y la experiencia colisionan. A lo largo de los años noventa del pasado siglo la experiencia sugería que el

(22) *Vid.*, más extensamente, el artículo de CHASE, «To shred or not to shred: Document retention policies and federal obstruction of justice statutes», *FJCF* 8 (2003), págs. 721-763. También, en medios de prensa, WITT/BEHR, «Losses, conflicts threaten survival: CFO Fastow ousted in probe of profits», en *The Washington Post*, 31 de Julio de 2002. Ese mismo día, el equipo de auditores de Steve Duncan llenó más de dieciocho contenedores y otras treinta cajas de documentos. Como la trituradora de Andersen resultaba insuficiente, tuvieron que contratar a una empresa trituradora llamada «Shred-it» para que destruyera dichos documentos. El lema de «Shred-it» rezaba: *Tus secretos están a salvo con nosotros*. Pero el meta-teatro de Enron era una red de escenarios, y ese mismo día Lay se desplazó a otra reunión, en esta ocasión en el salón de baile de un Hyatt, donde le esperaban varios miles de empleados como oyentes. Lay comenzó su discurso diciendo: «De la misma manera que América está siendo atacada por el terrorismo, creo que también nosotros estamos siendo atacados. Muchos de vosotros, más ricos hace seis o nueve meses, estáis ahora preocupados por la educación de vuestros hijos, la hipoteca de vuestra casa o vuestra jubilación, y estoy increíblemente triste por ello. Pero vamos a recuperarnos».

(23) Durante los años noventa, muchos tribunales suscribieron esta lógica. Un sonado ejemplo fue el del caso *DiLeo v. Ernst & Young*, en el que el magistrado Easterbrook esbozó la siguiente teoría: «La acusación no prueba que el demandado tuviera algún beneficio que obtener al consentir el fraude de su cliente. El máximo activo de un contable es su reputación de honestidad (...). Los honorarios correspondientes a dos años de auditorías no podrían acercarse a las pérdidas que [el auditor] sufriría en caso de encubrir el fraude de un cliente (...) Los auditores no compartían las ganancias de dichos fraudes y estaban expuestos a importantes pérdidas. Habría sido irracional por su parte el haber participado en la causa de sus clientes» [la referencia estadounidense de la sentencia es 901 F.2d 624 (7th Cir. 1990)].

auditor era un profesional relativamente flexible ante el fraude directivo en relación con la veracidad o exactitud de las cuentas⁽²⁴⁾.

Además, aunque un frío acercamiento a la problemática podría llevarnos a pensar que dicho comportamiento desfavorecía materialmente los intereses del auditor, por cuanto suponía el sacrificio de la confianza del resto de sus clientes a favor de la relativa compensación del fraudulento, las cosas cambian cuando el cliente beneficiario es de la talla de Enron.

Por otro lado, es oportuno advertir en este punto que ya a finales de los años noventa las firmas auditoras adivinaron un mayor provecho en las actividades de consultoría que en las de auditoría y comenzaron a competir entre sí empleando una estrategia de guerra de precios según la cual ofrecían servicios de auditoría a precios que rondaban el coste marginal⁽²⁵⁾. La razón de esta actuación es que los servicios de auditoría que ofrecían las firmas auditoras eran sólo un «gancho» con el cual dichas firmas podrían después lograr servicios más lucrativos⁽²⁶⁾. Así, cabe diagnosticar que la combinación de

(24) En este sentido, ya KRAAKMAN advertía que «la responsabilidad corporativa y el deber de cuidado de los directivos pueden ser vistos como formas truncadas de responsabilidad de los supervisores (*gatekeepers*)» en un contexto en el que, a pesar de la doble responsabilidad de corporaciones y directivos, también los supervisores externos (abogados, contables, inversores, etc.) deberán cargar con las altas primas relativas a la valoración de los riesgos *ex ante* (en «The Economic Functions of Corporate Liabilities», en (HOPT/TEUBNER, eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlín, 1985, págs. 178-206, 200 y 202). En sentido similar puede verse también el trabajo de STONE, «The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct», *YJL* 90 (1980), págs. 1-77, 39-41. Asimismo, centrado en la perspectiva de los supervisores externos, es de interés el trabajo de BRUDNEY, «The Independent Director - Heavenly City or Potemkin Village?», *HLR* 95 (1981), págs. 597-659, 632-639. Sobre las funciones de *gatekeeper* del abogado, HAMDANI, en «Gatekeeper Liability», *SCLR* 77 (2003), págs. 53-118; COFFEE, en «Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms», *BULR* 84 (2004), págs. 301-364; y en «The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC», *ColumbiaLR* 103 (2003), págs. 1293-1316; SALEM, en «The New Mandate of the Corporate Lawyer After the Fall of Enron and the Enactment of the Sarbanes-Oxley Act», *FJCF* 8 (2003), págs. 765-787; o CRAMTON, en «Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues», *BLR* 58 (2003), págs. 143-187. Negando la existencia de tales funciones, FISCH/ROSEN, en «Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?», *VLR* 48 (2003), págs. 1097-1138.

(25) En este sentido, IMHOFF, en «Accounting Quality, Auditing and Corporate Governance», *Accounting Horizons* 17 (2003), págs. 117-128.

(26) Una encuesta publicada en 2002 por el *Chicago Tribune* muestra que las cien mayores compañías del área de Chicago pagaban a sus auditores por labores de consultoría, co-

los servicios de auditoría y consultoría incrementa el poder de la compañía sobre sus auditores. La razón es obvia: una compañía que pretende despedir a su auditor está obligada a motivar dicho despido ante SEC, lo cual puede llegar a suponer una incomodidad para la compañía en cuestión, al tener que hacer público su descontento por los servicios de auditoría recibidos. Sin embargo, no se requiere ningún tipo de motivación o justificación si esa misma firma pretende acabar con los servicios de consultoría como represalia por una opinión auditora negativa. De esta forma, parece que el propio sistema legal anima al empresario a hacerse con el dominio indirecto de la actividad de auditoría de su compañía a través de la contratación de servicios de consultoría con la misma firma que realiza los de auditoría.

En suma, varios autores y la propia normativa legal (La Sarbanes-Oxley Act, a la que me referiré más adelante en este trabajo) se han mostrado favorables a la asunción de normas relativas a la rotación obligatoria no ya de la plantilla de auditores de una firma con respecto a un cliente, sino a la rotación de las propias firmas auditoras en su conjunto como medida tendente a garantizar la salvaguardia de la independencia del auditor⁽²⁷⁾.

(4) Una *concepción fallida del sistema de gobierno corporativo*, a la que contribuyó cada uno de los eslabones de dicho sistema.

Estos cuatro factores merecen un estudio más detenido y profundo en el que el presente trabajo no puede detenerse por razones funcionales y de extensión; no obstante, el lector interesado puede ampliar lo aquí expuesto a través de la bibliografía de referencia.

II.2. La respuesta gubernamental: la *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002

El común denominador de los desastres financieros de comienzos de siglo fue, en opinión de algunos autores, no solamente la sobreestimación del valor de las acciones de las empresas de acuerdo con el afán de prospe-

mó media, el triple que por labores de auditoría (*vid.*, KIDD STEWART/COUNTRYMAN, «Local Audit. Conflicts Add Up: Consulting Delas, Hiring Practices in Question», *Chicago Tribune*, 24 de febrero de 2002).

(27) Así, por todos, IMHOFF, *Accounting Horizons* 17 (2003). También, BEASLEY/CARCELLO/HERMANSON, «Lessons from Fraud Related SEC Cases: Top 10 Audit Deficiencies», *Journal of Accountancy* 191 (2001), págs. 63-66.

ridad irrealista de la época⁽²⁸⁾, sino también la publicación de información fraudulenta que se realizaba sistemáticamente en cada ejercicio y que tenía como resultado una asimetría marcada entre el estado que estas empresas reflejaban en sus cuentas públicas e informes de auditoría, y sus condiciones financieras reales⁽²⁹⁾.

En julio de 2002 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Sarbanes-Oxley Act⁽³⁰⁾ —en adelante, SOx—, la ley federal de seguridad contable más extensa desde 1934. Los beneficios que haya podido aportar la SOx, cuya principal novedad radica en la creación de la *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB)⁽³¹⁾, han sido largamente discutidos por la doctrina estadounidense y son difíciles de valorar: la mayoría de los poderes y autoridades que la ley creó eran poderes de los que ya estaba investida la SEC, aunque no los ejecutara de forma efectiva, de manera que podría decirse que la SOx vino sólo a duplicarlos⁽³²⁾. Además, algunos autores han

-
- (28) Vid., SIGNES DE MESA, «La Ley Sarbanes-Oxley y las sociedades cotizadas de menor tamaño: ¿Sirve un mismo modelo para todos los tipos de sociedades?», en *E-Prints Complutense, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* 14 (2007), págs. 1-31, pág. 3. En esta línea también McLEAN, «Is Enron Overpriced?», *Fortune*, 5 de marzo de 2001; y CARNEY, «The costs of being public after Sarbanes-Oxley: The irony of "going to private"», *ELJ* 55 (2006), págs. 141-160.
- (29) En este sentido, SIGNES DE MESA, en *E-Prints Complutense, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* 14 (2007), pág. 6, quien ha definido la Sarbanes-Oxley Act, a mi entender con acierto, como una «norma rígida de reacción» (p. 5); también COFFEE, *CorLR* 89 (2003-2004); o PALEPU/HEALY, «The Fall of Enron», *JEP* 17 (2003), págs. 3-26, 10.
- (30) También conocida como Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección del Inversor (referencia: Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745).
- (31) Así lo ha advertido, en la literatura española CORTIJO GALLEG0, en «Impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en la regulación del sistema financiero español», *ICE - Boletín Económico* 2907 (2007), págs. 43-51, 44, quien lo define como un «organismo de carácter privado sin ánimo de lucro que se encarga de supervisar el trabajo realizado por las firmas de auditoría». Sobre el PCAOB, extensamente, puede verse el trabajo de NACY, «Playing Peekaboo with Constitutional Law: The PCAOB and Its Public/Private Status», *Notre Dame Law Review* 80 (2005), págs. 975-1071, 983-1006. También puede consultarse, a favor de la creación del PCAOB y resaltando los méritos de la Sección 404 de la SOx, el trabajo de BROWN, «Criticizing the Critics: Sarbanes-Oxley as Quack Corporate Governance», *Marquette Law Review* 90 (2006), págs. 309-335, 320-328.
- (32) Vid., SMITH/WALTER, «Four Years After Enron - Assessing the Financial-Market Regulatory Cleanup», *The Independent Review* 11 (2006), págs. 53-66, pág. 58. Sobre el estado actual del debate en torno a la ley, LANGEVOORT, en «The Social Construction of Sarbanes-Oxley», *Marquette Law Review* 105 (2007), págs. 1817-1855. En la literatura española, a

protestado por los evidentes efectos extra-territoriales de las disposiciones de la SOx relacionadas con las obligaciones de publicitar una información social veraz, como pueda ser la § 906⁽³³⁾. También ha sido objeto de críticas doctrinales la § 404, que impone a los administradores y auditores de las sociedades sujetas a la ley la obligación de evaluar y certificar respectivamente la efectividad de los mecanismos internos de control que se establecen para asegurar la veracidad de la información financiera que ha de publicarse anualmente por mandato legal. Asimismo se ha criticado la § 302, la cual recoge el requerimiento a los directivos de la certificación de sus declaraciones financieras. Pero, más allá de la exégesis crítica del articulado de la ley en cuestión, interesa a efectos de este trabajo subrayar que la historia económico-financiera reciente demuestra que los intentos legislativos de imponer un comportamiento ético a la dirección y a la información financieras ha acabado siempre en fracaso⁽³⁴⁾; y el fracaso de la SOx es, por encima de todos, su marcado carácter retributivo⁽³⁵⁾.

En cuanto a los aspectos penales, la SOx dedica sus Títulos VIII y IX a la regulación de una madeja de tipos penales que, como ocurre con el grueso de la ley, fueron aprobados sin enmiendas ante la urgencia de las inminen-

modo introductorio, puede consultarse el trabajo de RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las nuevas normas norteamericanas sobre la transparencia de las sociedades cotizadas. La 2002 Sarbanes-Oxley Act», *Derecho de los Negocios* 13 (2002), págs. 1-18.

(33) Por todos, SCHÜNEMAN, «The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective», *BCLR* 8 (2004), págs. 35-50, 65 y 66. También, FAIRFAX, «The Sarbanes-Oxley Act as Confirmation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations», *SJLR* 76 (2002), págs. 953-977.

(34) Sobre el desacierto de medidas legales anteriores, ROCKNESS/ROCKNESS, «Legislated Ethics: From Enron to Sarbanes-Oxley, the Impact on Corporate America», *JBE* 57 (2005), págs. 31-54, 47 ss.

(35) Es por todos conocido el revelador eslogan que, en relación con la aprobación de la ley, pronunció en su discurso el presidente de los Estados Unidos: *No more easy money for corporate criminals —just hard time!* (recogido por HEFENDEHL, en «Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy», *BCLR* 8 (2004), págs. 51-88, 52). Sin embargo, no ha faltado quien, crítico con la SOx, ha resaltado el espíritu retribucionista de la ley por defecto (*vid.*, COFFEE, *CorLR* 89 (2003-2004), págs. 304-305, reconociendo también que la ley fracasó en su intento de reducir los incentivos perversos creados por el uso ilimitado de las opciones como forma de remuneración de directivos).

tes debacles financieras⁽³⁶⁾, y cuya novedad reside exclusivamente en un significativo endurecimiento de las penas privativas de libertad⁽³⁷⁾.

Ocho años después de la entrada en vigor de la SOx es mayoritario el sector de la doctrina estadounidense que critica la ineficacia de la ley en su conjunto —algunos autores se mostraron críticos desde su entrada en vigor—⁽³⁸⁾, a pesar de que el espíritu de la ley encontró un reflejo en las medidas que desde su entrada en vigor fueron adoptadas al otro lado del Atlántico⁽³⁹⁾.

-
- (36) Sobre la urgencia en la tramitación parlamentaria de la ley, COFFEE, *CorLR* 89 (2003-2004), pág. 303 ss. Asimismo, ROMANO, en «The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance», *YJL* 114 (2005), págs. 1521-1611.
- (37) Así, por ejemplo, el fraude electrónico y virtual (§ 903) se reforma únicamente para elevar de cinco a veinte años la pena máxima prevista; y la responsabilidad por incumplimiento en la certificación de los informes financieros (§ 906) adquiere carácter penal, también bajo una pena —también privativa de libertad— máxima de veinte años. Asimismo, el fraude de valores (§ 807) recoge una pena máxima de no más de veinticinco años de prisión. Estos son sólo algunos ejemplos perceptibles a partir del mero tenor literal de la ley.
- (38) Así, por ejemplo y entre otros, RIBSTEIN, «Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *JCL* 28 (2002), págs. 1-68; y CHOI, «Market Lessons for gatekeepers», *NULR* 92 (1998), págs. 916-966. En la literatura española, por todos, GANUZA/GÓMEZ, «Should We Trust the Gatekeepers. Auditors» and Lawyers» Liability for Clients» Misconduct», *InDret*, 310, 2005, págs. 1-25; para quienes instituciones como la SEC o análogos pueden calcular el coste de la transparencia financiera a partir de una tabla de costes de supervisión, en función de estándares de esfuerzo referidos al estado financiero de la compañía (págs. 7-8). Una cuestión criticable habida cuenta que los autores aplican en sus fórmulas matemáticas el estado financiero-contable de la firma en cuestión a modo de constante (w), lo cual no se corresponde con la realidad social. Más realista es la segunda conclusión de su estudio, según la cual el *gatekeeper* «no puede observar el estado (real) de la firma» (págs. 8 ss.), de manera que deberá mantener el mismo esfuerzo de control con independencia del estado de salud financiera de la firma.
- (39) Entre ellas destacan, por ejemplo, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que fomenta la protección del inversor a través de la imposición de una batería de obligaciones relativas a la transparencia; o la Ley 26/2003, de 17 de julio, concebida con el objetivo de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, para lo cual introduce dos nuevas obligaciones, a saber: (1) la imposición de hacer público, con carácter anual, un informe de gobierno corporativo, y (2) la obligación de disponer de una página *web* para atender el ejercicio del derecho de información de los accionistas y para difundir la información relevante. También es de interés citar la Orden Ministerial ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, y la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ambas encargadas de desarrollar con mayor detalle el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo.

II.3. La reacción de los agentes del mercado: el buen gobierno corporativo

La problemática jurídica que circunda el caso objeto de estudio exige un análisis y posicionamiento respecto del sistema de gobierno corporativo que informó la actividad comercial de Enron Corporation, así como la cultura empresarial que compartían muchas de las compañías inmersas en debacles análogas.

En relación con Enron, y en lo que interesa a efectos del presente estudio, cabría decir, *grosso modo*, que el conflicto de gobierno corporativo de la compañía se resume en la alternativa *modelo de proximidad vs. modelo de objetividad*⁽⁴⁰⁾. Enron tuvo tanto mecanismos de control de proximidad (la Junta de Directivos) como de objetividad (analistas, agencias de crédito y otros agentes del mercado); pero ambos sistemas fracasaron.

Algunos autores aseguran que los desastres financieros estadounidenses de comienzos del presente siglo se debieron a un deterioro colectivo de la moralidad comercial⁽⁴¹⁾, lo que demuestra que casi veinte años después de la publicación del primer Código de Buen Gobierno⁽⁴²⁾ todavía existe un

(40) En este sentido, *vid.* BOOT/MACEY, «Monitoring Corporate Performance: The Role of Objectivity, Proximity, and Adaptability in Corporate Governance», *CorLR* 89 (2004), págs. 357-360. Para los autores, la debacle de Enron derribó la creencia de que el sistema de gobierno corporativo estadounidense es el más efectivo del mundo, y admiten que el colapso de la compañía refleja un elemento natural de compensación entre un sistema de control objetivo y un sistema de control aproximado por parte de directivos, auditores, agencias de evaluación, analistas y otros.

(41) Así, WIDEN, *BLR* 58 (2003), págs. 961-963; y COFFEE, *CorLR* 89 (2003-2004), pág. 269, y añade que dicho deterioro de la moralidad comercial se vio alimentado por una legislación excesivamente permisiva.

(42) Salvando el Informe COSO, elaborado por la Comisión Treadway en 1985, se acepta comúnmente que el Informe Cadbury británico de 1992 (publicado en España en el *Boletín del Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas*, BOICAC, el 18 de septiembre de 1994, págs. 93-139) es el precursor de los instrumentos en cuestión. Sobre el origen y contenido de estos puede el lector acudir al brevísimo estudio que FUENZALIDA practica en su artículo, «La auditoría interna y el Gobierno Corporativo», *Informe Área de Negocios* 14 (2004), págs. 4-7, 6. El lector puede encontrar también un amplio abanico de códigos y demás normativa relativa al buen gobierno de sociedades a nivel internacional en el sitio web: http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php (última visita: 28 de julio de 2010). En la literatura española, por todos, puede verse OLIVENCIA, «Los códigos de buen gobierno: valoración», *El Cronista (del Estado Social y Democrático de Derecho)* 2008 (núm. 0), págs. 26-31.

sector doctrinal con autoridad que reconoce un déficit de la moral comercial en el gobierno del mercado de la primera potencia económica mundial. Y es que el correcto funcionamiento de un mercado de capitales como el actual, integrado en un proceso acelerado de globalización que atrae un volumen de capitales creciente en condiciones de gran incertidumbre exige la aplicación de una filosofía coherente de regulación o coordinación de la economía en torno, al menos, a tres criterios o principios: (1) el de la *vigencia efectiva del imperio de la ley*, (2) el de la *autorregulación de los mercados*, en el mayor grado posible, y (3) el de la *máxima transparencia*⁽⁴³⁾. No obstante, un sector doctrinal en materia de gobierno corporativo percibe las debacles financieras estadounidenses de comienzos del presente siglo en el contexto de la normalidad económica relativa propia de la inestabilidad de un mercado en transición que se halla inmerso en un proceso de aprendizaje colectivo⁽⁴⁴⁾, y es que la naturaleza normativa de la obligatoriedad derivada de la asunción de un compromiso voluntario de *buen hacer* profesional no ha sido todavía asimilada —y, por ende, observada— por los agentes financieros⁽⁴⁵⁾.

Una Sección de la SOx de contenido extra penal que reviste especial interés es la Sección § 406, la cual requiere a las corporaciones públicas la tenencia de un código ético para sus directivos o bien la declaración, en sus informes anuales, de que carecen de dicho código, motivando en tal

(43) En estos términos se posiciona DE ALDAMA en su *Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cótizadas*, más conocido como «Informe Aldama», de 8 de enero de 2003, pág. 7.

(44) El propio DE ALDAMA en su *Informe*, pág. 8. En prensa, ROSSANT, «Why a Few Enrons Would Do Europe Good», *Business Week*, 31 de diciembre de 2001.

(45) *Vid.*, ARGANDOÑA, «¿Puede la responsabilidad social corporativa ayudar a entender la crisis financiera?», *IESE Business School - Universidad de Navarra. Documento de Investigación* 2009 (núm. 790), págs. 1-26, 2. Asimismo, sobre las manifestaciones de la responsabilidad social corporativa desde la perspectiva de accionistas y de la propia empresa en el desarrollo sostenible, *vid.* el trabajo de O'RIORDAN/FAIRBRASS, «Corporate Social Responsibility (CSR): Models and theories in stakeholder dialogue», *JBE* 83 (2008), págs. 745-758. Por su parte, DONALDSON/PRESTON, identifican hasta tres enfoques de la responsabilidad social corporativa, a saber: (1) *descriptivo* o explicativo de la responsabilidad directiva; (2) *instrumental*, concibiendo la responsabilidad como medio para la maximización de valor para el accionista; y (3) *normativa* o explicativa del comportamiento socialmente responsable (en «The Stakeholder theory of the corporation: Concepts, evidence, and implications», *AMR* 20 (1995), págs. 65-91).

caso las razones que le llevan a no tenerlo⁽⁴⁶⁾. La SOx, además, conmina a tener dicho código a disposición del público.

II.4. Otros casos similares

El caso Enron motivó a finales de 2001 la que, en opinión de una doctrina mayoritaria, ha resultado ser la crisis financiera y contable de mayor magnitud de la segunda mitad del siglo xx en los Estados Unidos⁽⁴⁷⁾. Si bien, históricamente, la crisis de Enron es sólo una de las varias crisis contables modernas, desde la crisis de Penn Central, en los años setenta, hasta la de S&L (Savings and Loan), en los años ochenta⁽⁴⁸⁾, así como las coetáneas a la de Enron, entre las que cabe destacar las de WorldCom (en la que Bernard Ebbers fue condenado a 25 años de prisión), Adelphia (John Rigas, a 15), o Tyco (Denis Kozlowski, a 8). Como consecuencia de lo anterior, hasta 171 grandes compañías quebraron en Estados Unidos en 2001, y el índice NASDAQ llegó a caer en diciembre un 74% respecto a su punto más alto en los anteriores años.

III. ¿CONCLUSIONES?

De cara a adelantar conclusiones, la adopción de cualquier dirección de único sentido constituye, en todo caso y cuanto menos, algo aventurado. Apartemos, pues, de nosotros —como dijera el filósofo— el mal gusto de querer coincidir con muchos. Mas sin perder de vista, por otro lado, que Enron no es —como se ha pretendido hacer ver en ocasiones por algunos—

(46) Es oportuno recordar que Enron disponía de un Código ético en el que, entre otras muchas previsiones, se aseguraba que los miembros de la compañía «son responsables de la llevanza de su actividad empresarial de acuerdo con los más altos estándares éticos» (recogido por ELSON/GIVES en «The Enron Failure and Corporate Governance Reform», *Wake Forest Law Review* 38 (2003), págs. 855-884, 860). De ahí que autores como SIMS y BRINKMAN, hayan argumentado que la compañía cultivaba una cultura corporativa escaparatista (en «Enron Ethics [Or: Culture Matters More than Codes]», *JBE* 45 (2003), págs. 243-256, 254).

(47) Por todos, COFFEE, *CorLR* 89 (2003-2004), pág. 302.

(48) Sobre estas crisis, a modo introductorio, puede consultarse el trabajo de CUNNINGHAM, «Sharing Accounting's Burden: Business Lawyers in Enron's Dark Shadow», *BLR* 57 (2002), págs. 1421-1430.

un *factotum* jurídico⁽⁴⁹⁾. Y es que, si fueron muchas las acciones calificables de *deshonestas* y varias las causas de la caída de Enron, no todas las primeras contribuyeron a lo segundo, y lo segundo se articuló a su vez en un orden lógico descifrable.

El caso Enron reviste la forma actualizada de una tragedia griega a gran escala, y el ejercicio de atribución de responsabilidades resulta sumamente complicado fundamentalmente porque estas son de muy distinta naturaleza y grado, y porque se hallan altamente diversificadas en el flujo de un complejo social actuante. No obstante, en lo relativo a la inveracidad en la información social, y desde la óptica jurídico-penal, cabe concluir que seguramente una regulación excesiva referida al control de ésta es tan dañina como una insuficiente⁽⁵⁰⁾, habida cuenta que, en última instancia, el germen delictivo en casos como el expuesto no es otro que una cultura corporativa permisiva respecto a la inveracidad.

Respecto a las medidas legales adoptadas tras la debacle comercial de Enron —concretamente, a la SOx—, una vez más, el diagnóstico doctrinal contemporáneo al surgimiento de la crisis financiera apunta a una infección de la cultura empresarial como cepa del desastre y critica las medidas legales adoptadas por el legislador hasta la fecha, pero no acierta a proponer un tratamiento paliativo a partir del reconocimiento de las causas y del diagnóstico. Tal vez por ello el legislador de la SOx aún no haya contemplado una revisión del articulado de la ley a corto plazo; falto de inspiración o, lo que es peor, satisfecho con su actual concepción.

En suma, acontecimientos como el que he pretendido acercar al lector, en los que una gravedad y magnitud aparentemente consentidas convierten

(49) Algunos autores van más allá y llegan a adscribirse a la tesis catastrofista del fracaso del capitalismo occidental, o acusan a las universidades y escuelas de negocios de adiestrar a sus estudiantes en el arte de hacer lo posible por defraudar. Entre los primeros, por ejemplo, BOJE, ROSILE, o COFFEE, en los trabajos citados anteriormente; entre los segundos, y refiriéndose concretamente al papel de las escuelas de negocios en el caso Enron, MANGAN, en «The Ethics of Business Schools», *The Chronicle of Higher Education*, 20 de septiembre de 2002; o JANOSIK, en «Common Issues in Professional Behavior», *NASPA Journal* 44 (2007), págs. 285-306.

(50) Así, por todos, SMITH/WALTER, *The Independent Review* 11 (2006). Otros autores, y la propia SOx, sugieren que el problema debe resolverse por la vía de la prevención negativa, incrementando la amenaza de castigo (por todos, MACEY, *CorLR* 89 (2003-2004), pág. 415).

misteriosamente a los agentes en víctimas de sí mismos —y pienso que de *algo* más, suyo y extraño a un tiempo— son sintomáticos de un mal generalizado que aqueja a una cultura comercial en la que la técnica no ha servido a la ciencia, sino que ha pretendido erigirse en ella equivocadamente. Si bien la salud es un estado que por definición tiende a acabar mal, es vital que los próximos pasos en materia de salud comercial y financiera se practiquen, como de hecho se está haciendo en el ámbito del Derecho penal (sobre todo en el llamado Derecho penal *accesorio* o *expansivo*) a través de la progresiva normativización de sus tipos, en la línea de la refundación y el reforzamiento de instrumentos extra penales tendentes a garantizar el buen gobierno de las sociedades, y nunca en la siempre fácil inclinación *omnicriminalizadora*.

UNIDAD III: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A
LOS MIEMBROS DE LAS EMPRESAS FUNCIONALMENTE
ESTRUCTURADAS

- Las antenas de celular

LAS ANTENAS DE CELULAR

La empresa de telecomunicaciones Unión S.A. acaba de ingresar al mercado peruano de telefonía celular, contando para tal efecto con las autorizaciones administrativas correspondientes.

Con la finalidad de ampliar la red de comunicación celular en la localidad de Abancay contrata a la empresa "Cristal S.A", para que efectúe las labores de ubicación de puntos, construcción de casetas e instalación de antenas, comprometiéndose adicionalmente a tramitar todo tipo de autorizaciones y permisos administrativos que demande la ejecución de sus prestaciones contractuales.

En circunstancias que se venía realizando la ejecución de las obras de instalación de las antenas, el Ministerio de Cultura y la Municipalidad Provincial, ordenan la paralización de las obras al determinar que la instalación de la antena se venía realizando en un inmueble que había sido declarado patrimonio cultural de la nación, y que además se hallaba cerca de un centro educativo inicial, lo que implicaba la exposición a radiación a los menores estudiantes.

Al tomar conocimiento de ello, Osiptel, por los hechos antes descritos, abre proceso administrativo sancionador a la empresa de telecomunicaciones Unión S.A. Y paralelamente el Ministerio público abre investigación preliminar contra Jorge Dudó, en su condición de gerente general de la referida empresa de telecomunicaciones, así como contra Juan Dioses y Enrique Pretell, como gerente general y gerente legal de la empresa contratista "Cristal", respectivamente, por la supuesta comisión de los delitos contra el patrimonio cultural y la salud pública.

Debido a la paralización de las obras, Unión no pudo iniciar sus servicios de telefonía celular en Abancay, el día 15 de octubre, tal como lo tenía previsto y lo había anunciado públicamente. Frente a ello mas de 50 clientes de Unión, quien incluso ya habían adquirido sus equipos, denunciaron penalmente al gerente general de dicha empresa por delito de estafa

Jorge Dudó señalaba que Unión no tenía responsabilidad alguna por cuanto se había contratado a Cristal para que ellos fueran los que ubicaran los puntos donde debían instalarse las antenas; así como tramitaran y obtuvieran los permisos y autorizaciones administrativas correspondientes.

Por su parte Juan Dioses sostenía que si bien el firmó la orden para que se procediera a la realización de las obras en el inmueble mencionado, sin embargo lo hizo en atención a los informes que le alcanzó el área legal de la empresa en el sentido de que contaban con todos los permisos y autorizaciones correspondientes.

Enrique Pretell, señaló que efectivamente su área envió a la gerencia general de Cristal un informe dando cuenta de que se contaba con todas las autorizaciones correspondientes para la instalación de la antena de telefonía

celular, pero no se incluyó ninguna autorización del Ministerio de Cultura, porque desconocía que el inmueble tenía la calidad de patrimonio cultural, ya que el propietario jamás le informó de tal calidad, y al cual incluso ya se le había pagado un adelanto de casi 6 meses por el espacio alquilado para la instalación de la antena. Además señaló que carece de todo sentido la afirmación de la Municipalidad en el sentido de la cercanía con un centro educativo inicial, porque per se las antenas de telefonía celular no generan riesgo alguno para la salud de las personas.

1. Usted es abogado de Jorge Dudó, elabore una estrategia de defensa desde la perspectiva de la imputación objetiva.
2. Usted es abogado de Juan Dioses, elabore una estrategia de defensa desde la perspectiva de la imputación objetiva.
3. Usted es el abogado de Enrique Pretell, elabore una estrategia de defensa desde la perspectiva de la imputación subjetiva.
4. ¿Es posible aplicar a favor de los investigados penalmente el principio del ne bis in idem atendiendo al proceso administrativo sancionador que se sigue ante Osiptel?
5. Elabore a favor de Jorge Dudó una estrategia de defensa frente a la denuncia por delito de estafa.

UNIDAD IV: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

- "Caso del Aceite de Colza", por José Manuel Paredes Castañón. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 425-440.

CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN DERECHO PENAL

Coordinador:

**PABLO
SÁNCHEZ-OSTIZ
GUTIÉRREZ**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

CASO DEL ACEITE DE COLZA^(*)

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. RESOLUCIÓN DEL CASO POR PARTE DEL TS
 - II.1. Prueba de la relación de causalidad entra acción y resultado lesivo
 - II.2. Dolo eventual (de lesión)
- III. DISCUSIÓN CRÍTICA
 - III.1. La prueba de la relación causal: conocimientos científicos y discrecionalidad judicial
 - III.2. El dolo eventual de lesión como forma de dolo: componentes psicológicos y su prueba
- IV. CONCLUSIÓN

En mayo de 1981 fue detectado un brote epidémico en varias zonas del Estado. En un primer momento las autoridades sanitarias, en virtud de los síntomas advertidos, se inclinaron por diagnosticar una

(*) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992.

modalidad de neumonía, transmisible por vía respiratoria; no obstante, ya desde el primer momento se investigó también la posibilidad de que todo estuviese ocasionado por alguna suerte de intoxicación alimentaria. Lo cierto es que la enfermedad era nueva y desconocida, combinando de un modo original síntomas de distintas enfermedades conocidas. Tras diversos análisis y estudios, a comienzos del mes de junio comienza a apuntarse la hipótesis de que dicha dolencia (que fue denominada en lo sucesivo «síndrome tóxico») pudiera venir causada por la ingestión de aceite en mal estado. De hecho, ya el día 10 de junio, y después de que algunos médicos hubiesen sostenido esta idea a título individual, las autoridades sanitarias advirtieron a la población sobre la posibilidad de dicha conexión.

Lo cierto es que, transcurrido aquel período y tras todos los estudios e investigaciones ulteriores, a la fecha de la resolución del caso penal en cuestión por los órganos jurisdiccionales competentes (en 1989 por la AN y en 1992 por el TS) tan sólo era posible afirmar, de un modo que pudiera ser considerado —de forma no polémica— como suficientemente probado, lo siguiente: 1.º) Que los síntomas de la enfermedad fueron: lesión de los vasos sanguíneos; inicio por un edema pulmonar y aumento anormal de los eosinófilos; síntomas sustituidos luego por una esclerodermatosis, por afecciones en el sistema nervioso que ocasionaban atrofia muscular y por la lesión de los vasos arteriales pulmonares. A todo ello va unida la pérdida de peso, la desnutrición y la depauperación totales. Como consecuencia de todos estos fenómenos, todos los órganos, salvo el riñón se veían afectados por la enfermedad. 2.º) Que las personas enjuiciadas en el proceso, conforme a un modelo de distribución de funciones y de responsabilidades que está relatado en las sentencias, realizaron una serie de manipulaciones sobre aceites destinados al consumo humano, incorporándoles aceites no comestibles (aceite de colza desnaturalizado) y otras sustancias químicas. 3.º) Que en dicho proceso de manipulación se introdujo en el aceite de colza una sustancia, la anilina, de conocido carácter venenoso que se transmitía también al aceite de colza y a los que con él se integraban, pero que no cambiaba necesariamente el aspecto, color, sabor y olor del aceite de una manera perceptible. 4.º) Que dicha sustancia, al ser introducida en el aceite de colza, dio lugar a la formación de anilidas de los ácidos grasos. Se ignoraban, sin embargo, bastantes cosas, importantes no obstante para la fijación del curso causal acaecido: 1.º) Se sabía que la

aparición de la enfermedad estaba asociada a la aparición de anilidas de los ácidos grasos en el aceite ingerido. Pero se ignoraba cuál fue el agente tóxico concreto que provocó la enfermedad. 2.º) Se sabía que las anilidas de los ácidos grasos aparecieron solamente en casos en los que se había introducido anilina en el aceite de colza. Pero no se pudo determinar si esta conexión era suficiente o si, por el contrario, era debida más bien a ulteriores manipulaciones del aceite así desnaturalizado en ciertos casos. 3.º) Se demostró además que el «síndrome tóxico» no se correspondía en absoluto con el de intoxicación por anilina. 4.º) Finalmente, se ignoraba por completo la concreta acción del agente tóxico —desconocido— sobre el organismo, y las razones por las que el «síndrome tóxico» se desarrolla con una sintomatología como la más arriba descrita⁽¹⁾.

I. INTRODUCCIÓN

El TS resolvió, en su STS de 23 de abril de 1992, los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 1989⁽²⁾ que había condenado por delitos de homicidio y de lesiones imprudentes («imprudencia con resultado de muerte y de lesiones», en la terminología entonces usual en la jurisprudencia) a los sujetos encausados en este caso. La sentencia del TS casa la de instancia, para apreciar la presencia de dolo eventual en los principales imputados y condenar, en consecuencia, por delitos dolosos de homicidio y de lesiones, con la correspondiente elevación de las penas. Más exactamente: les vino aplicar a título de dolo, un delito cualificado por el resultado, el del art. 348 CP (en la redacción vigente en el momento de la comisión de los hechos), en relación con el art. 346 CP⁽³⁾, que castigaba con la pena de reclusión

(1) Dada la extensión y extremada complejidad de los hechos probados que figuran en la sentencia, en vez de entresacar algunos párrafos de los mismos, he preferido recurrir al cuidadoso (y más completo) resumen que figuraba en PAREDES CASTAÑÓN, «La relación de causalidad entre la adulteración del producto y los resultados lesivos: aspectos sustantivos y procesales», en ID./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, págs. 49-52.

(2) AP 1989, págs. 1391 ss.

(3) «Quien, con cualquier mezcla nociva a la salud, alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos, o fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos de forma tal que resulte su uso nocivo para la salud».

menor «siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultara muerte»⁽⁴⁾.

En todo caso, tanto en una como en la otra se parte de la afirmación de que se puede dar por suficientemente probada la relación de causalidad entre las actividades industriales y comerciales de los imputados y los resultados de muerte y de lesiones acaecidos.

La STS comentada constituye, desde luego, un caso muy especial dentro de nuestra jurisprudencia, que, aunque no ha gozado de especial predicamento en la praxis judicial posterior, permanece aún hoy como un ejemplo paradigmático del esfuerzo por adaptar las categorías dogmáticas a las dificultades probatorias que surgen en los ámbitos del llamado «Derecho Penal del riesgo» (incriminación de conductas peligrosas realizadas en el ámbito de actividades socialmente permitidas, en las que la frontera entre lo permitido y lo negligente resulta difícil de establecer)⁽⁵⁾. En concreto, han sido especialmente discutidas y valoradas las doctrinas sentadas en torno a la prueba de la causalidad y al contenido y prueba del dolo eventual.

II. RESOLUCIÓN DEL CASO POR PARTE DEL TS

II.1. Prueba de la relación de causalidad entra acción y resultado lesivo

Por lo que hace a la primera de las cuestiones suscitadas, la argumentación que pretende fundamentar el fallo del TS se puede sintetizar del modo siguiente:

1.º Formula, en primer lugar, un concepto de proposición válida —procesalmente— acerca de la relación de causalidad: aquél cometido a partir de

(4) Posteriormente, la STS 895/1997, 26 de setiembre (ponente, García Ancos) resolvió los recursos de casación contra la SAN de 24 de abril de 1996, condenando por sendos delitos imprudentes en relación con estos hechos a dos cargos de la Administración Pública que en el momento de los hechos ocupaban cargos con competencias en materia de control de importaciones del aceite de colza. *Vid.*, al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, «Función de control de riesgos y responsabilidad penal por imprudencia: la responsabilidad personal de altos cargos de la Administración en el "caso de la colza"», en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros tribunales*, V (1998), págs. 431 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «El caso de la colza: la responsabilidad de la Administración», *RDPC* 3 (1999), págs. 361 ss., ambos con ulteriores referencias.

(5) *Vid.*, por todos, MENDOZA BUERCO, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.

la comprobación de una ley causal natural y de la subsunción de un hecho bajo dicha ley.

2.º En segundo lugar, entiende que el problema que en este caso se presenta en materia de causalidad es, precisamente, el de la ausencia de una ley causal natural suficientemente aceptada por la comunidad científica.

3.º Tras una exposición de las diversas soluciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas, el TS se inclina por afirmar que, en aquellos ámbitos en los que el conocimiento empírico vulgar resulta insuficiente para emitir una explicación causal suficientemente convincente, y cuando, además, falte en la comunidad científica un consenso bastante acerca de la cuestión, ha de ser el órgano jurisdiccional el que decida cuándo el número de datos en su poder (estos, sí suficientemente probados) constituyen un fundamento suficiente para abrir paso a una proposición afirmativa de causalidad. Y ello, porque la adopción de dicha decisión es una cuestión normativa, susceptible de ser objeto de la actividad hermenéutica judicial, ante la diversidad de conceptos de causalidad manejados en la ciencia.

4.º Sobre esta base teórica, la STS establece ya un criterio concreto para afirmar la validez de una proposición afirmativa de causalidad: existe una ley causal natural (y, por lo tanto, pueden emitirse legítimamente juicios afirmativos de causalidad sobre tal base) «cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas».

5.º No es necesario, por lo tanto, el conocimiento exacto de todos los pasos del curso causal, y ni siquiera la del agente concreto determinante del carácter lesivo del resultado —aquí, del agente tóxico—, siempre que se cumpla con el criterio causal acabado de enunciar.

6.º Tampoco es condición necesaria para la afirmación de la causalidad el que el fenómeno sea repetible en condiciones experimentales, sino que esto tan sólo constituiría, a lo sumo, un refuerzo de la prueba de la misma.

7.º A partir de este criterio, concluye el TS, las operaciones probatorias llevadas a cabo por el Tribunal de instancia y expuestas en la SAN se revelan como suficientes para dar paso a una proposición afirmativa acerca de la existencia de una relación de causalidad entre las acciones de adulteración del aceite y los resultados finalmente producidos, de muertes y de lesiones.

II.2. Dolo eventual (de lesión)

Por lo que se refiere a la cuestión de si los acusados debían ser condenados por dolo o simplemente por imprudencia, el TS se inclina, como se ha

señalado, por la solución del dolo (eventual). La fundamentación de dicha solución se lleva a cabo en dos pasos sucesivos: primero, estableciendo una determinada definición del dolo eventual, que reducir muy significativamente las exigencias de contenido que es necesario (probar) para poder calificar una conducta como dolosa; y, luego, a partir de dicha definición, dando por probado, en el caso concreto, la existencia de tales contenidos. Así, en este tema, y a diferencia de lo que ocurría en el caso de la prueba de la relación de causalidad, el núcleo central de la argumentación es de carácter sustantivo (el concepto de dolo eventual), no meramente procesal. Y puede ser resumido sintéticamente a través de las siguientes citas, extraídas de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia:

1.ª) «La jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el peligro permitido. En tales supuestos la jurisprudencia ha puesto de relieve que el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca no ha sido considerado como elemento que excluya el dolo (eventual). En la medida en la que dicha jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo. En tales supuestos no cabe duda que si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en la que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que —con diversas intensidades— ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se percibe en la teoría del dolo eventual».

2.ª) «(...) tampoco asiste razón a la Defensa cuando afirma que el dolo se debería excluir, pues la Audiencia misma ha reconocido que el procesado confiaba en que el aceite llegara a los consumidores ya regenerado. Sin

embargo, es necesario aclarar que la Audiencia sostuvo también que «esa confianza no se apoyaba en un fundamento lo suficientemente racional», y que el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo tanto, sobre estas bases no es posible eliminar el dolo, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela, en realidad, la indiferencia del autor, pero en modo alguno puede ser alegada como fundamento de la exclusión del dolo. Este sólo se puede excluir, como dolo eventual, cuando las medidas que el autor ha tomado para evitar el resultado le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que, en tales casos, habrá carecido del conocimiento de dicho peligro. Pero nada de esto alega la Defensa. En su argumentación, por el contrario, no existe el menor punto de apoyo que pudiera demostrar que el procesado tomó a conciencia medidas serias que hubieran podido generarle la creencia errónea de la eliminación del peligro que encerraba su acción. Consecuentemente, su indiferencia respecto de los resultados está plenamente acreditada».

3.^a) «La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la «esperanza» de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

III. DISCUSIÓN CRÍTICA

III.1. La prueba de la relación causal: conocimientos científicos y discrecionalidad judicial⁽⁶⁾

La sentencia comentada viene enfrentada a un caso de gran repercusión pública y en el que, además, había habido y seguía habiendo (en realidad, las ha seguido habiendo hasta hoy) serias discrepancias entre los expertos acerca de cuáles eran las conexiones causales que habían dado lugar a los resultados lesivos de muertes y lesiones motivo del enjuiciamiento, optó por elaborar una teoría acerca de la prueba de la causalidad que rebajaba el nivel de exigencia de certeza en la materia, en relación con el que —al

(6) Vid., en profundidad, PAREDES CASTAÑÓN, en ID./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, 1995, págs. 49 ss., con ulteriores referencias.

menos, en teoría— venían siendo proclamado como necesario por parte de la jurisprudencia, para dar por probada una relación causal.

A este respecto, naturalmente, la primera cuestión que ha de ser considerada (cuestión que la sentencia no se plantea explícitamente, pero que está flotando todo el tiempo, de un modo implícito, en su argumentación) es la de si razones político-criminales o de índole similar (quiero decir: razones no estrictamente dogmáticas) pueden autorizar al aplicador del Derecho a cambiar los criterios de prueba de algún elemento del delito, para recortar los requisitos necesarios para el fallo condenatorio. Pues, si la respuesta a esta pregunta es positiva, entonces la discusión crítica de la línea jurisprudencial comentada debería ir por un determinado camino, el del análisis de dichas razones y qué —qué reducción del nivel de exigencia— es lo que verdaderamente justificarían. En todo caso, en mi opinión, existen sólidas razones para dar una respuesta negativa: razones de naturaleza constitucional, fundamentalmente, ya que, si la potestad para legislar en materia penal, creando delitos (y las condiciones de imputación que han de darse para su aplicación), le corresponde en exclusiva, a tenor del principio de legalidad penal, al Poder Legislativo, entonces no puede resultar admisible que el Poder Judicial, de hecho, por la vía de la interpretación (pretendidamente legítima) del tipo penal, haga aplicable el tipo a hechos cuya configuración no los hace aptos para ser objeto de la misma. Y hablo de una interpretación sólo pretendidamente legítima, porque, para rechazar esta forma de actuar, no es necesario acogerse a una concepción extremadamente legalista —que no comparto— de la interpretación judicial del Derecho Penal. Por el contrario, es suficiente con asumir coherentemente el rechazo, que el principio de legalidad penal también impone, a la analogía *in malam partem*. Pues en efecto, hay dos formas de aplicar analógicamente un delito: una (la clásicamente conocida y rechazada) es hacer decir a las palabras de la ley lo que en realidad no dicen; otra (mediante un método diferente, pero con un efecto equiparable), es conformarse, para aplicarlo, con unas condiciones de prueba que no permitan garantizar que se esté aplicando únicamente a los casos a los que el legislador quiso (a tenor de las expresiones lingüísticas que empleó para describir la conducta delictiva) que se aplicase.

Si esto es así, entonces la discusión crítica de la doctrina jurisprudencial comentada tiene que hacerse más bien considerando si la misma resulta o no compatible, de una parte, con la interpretación del concepto legal de

causalidad («causar la muerte», «causar lesión») y, de otra, con las exigencias que la presunción de inocencia impone a la hora de dar por probado, en un caso concreto, dicho elemento del delito.

En este sentido, la primera cuestión que ha de examinarse (y que la sentencia comentada se planteó también) es la del grado de libertad de que dispone un juez o tribunal a la hora de determinar cómo interpretar el concepto legal de «causa» (de «causar», más propiamente). ¿Se trata, en efecto, de un concepto libremente interpretable por la propia jurisprudencia? El TS aduce que así es: más exactamente, argumenta que, cuando no exista un consenso en la comunidad científica, deberán ser los tribunales los que establezcan qué es y qué no es suficiente para dar por probada la causalidad. Sin embargo, esta afirmación podría ser entendida bien como una trivialidad, o bien como una tesis enormemente discutible... y, en mi opinión, errónea. Resulta trivial, desde luego, que, en virtud de su potestad para valorar la prueba «según su conciencia» (art. 741 LECr), es el juzgador, y nadie más, quien acaba por dar o no por probada la concurrencia de relación causal en un caso concreto. Es obvio, pues, que nadie (tampoco los dictámenes periciales de expertos) tiene capacidad para vincular —en el sentido legal del término— al juez o tribunal. Ahora bien, de ello no se deduce necesariamente (como parece pretender el TS) que el juzgador posea una completa libertad para decidir (legítimamente) qué hay que entender por causación. Y no puede deducirse porque, como antes he señalado, el juzgador ha de considerarse siempre estrictamente vinculado al tenor literal de la ley, al menos en lo que hace a la protección de la libertad del acusado. Tenor literal que, al igual que impide incluir a —digamos— los estados de coma prolongado e irreversible en el concepto legal de «muerte», veda igualmente tener por causalidad algo que no lo sea en realidad. La comparación no es gratuita: tanto en un caso como en el otro, el juez solamente respeta verdaderamente el principio de legalidad si, a la vez, respeta los conocimientos científicos que permiten definir atinadamente ambos conceptos, el de «muerte» y el de «causación». Y ello vale tanto por lo que hace a la proclamación genérica del significado de ambos términos (su definición intensional) como a las condiciones que en el caso concreto se exigen para que un determinado supuesto se entienda subsumible en el mismo (dando lugar a su definición extensional). En mi opinión, por lo tanto, en todos aquellos elementos del delito —la mayoría— que tienen como referencia entes diferentes de las propias normas jurídicas (y, sin du-

da alguna, el de «causar» es uno de ellos), el juzgador ha de considerarse vinculado estrictamente al significado lingüístico convencional del término empleado por la ley. Esto, en el caso de la causalidad, significa (aquí y ahora) sentirse vinculado a los conocimientos científicos acerca de las condiciones en las que puede darse por satisfactoria una explicación causal de un evento.

De este modo, hablar de causación —en sentido estricto, científico— significa, en primer lugar, poder establecer una conexión determinista (y no meramente probabilística) de sucesión entre un evento (aquí, una acción humana) y otro (aquí, uno que implica la lesión de un bien jurídico)⁽⁷⁾. Y significa, en segundo lugar, poder excluir explicaciones causales alternativas: bien porque se pueda establecer toda la cadena causal, desde un evento hasta el otro; o bien porque sea posible realizar dicha exclusión a través de experimentos. En cualquier otro caso (conexión meramente probabilística entre un evento y otro, imposibilidad de reconstruir toda la cadena causal, imposibilidad de excluir experimentalmente las explicaciones causales alternativas), procesalmente deberá prevalecer, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la tesis de que no existe relación causal entre acción y resultado⁽⁸⁾.

Por fin, el caso límite en materia de prueba de la relación causal es aquél en el que existen discrepancias significativas entre los expertos, que impiden afirmar sin duda alguna que exista una ley fenoménica determinista que vincule un evento con el otro (y que, además, impiden también negar que exista tal ley). En tal supuesto, será, desde luego, el órgano juzgador quien deberá dilucidar qué dictámenes periciales, de entre los varios discrepantes, resultan (más) aceptables y, consiguientemente, qué teoría causal debe prevalecer. Ahora bien, la cuestión clave es el método argumenta-

(7) De otra opinión, ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001, págs. 102-106.

(8) Vid., la polémica al respecto entre, de una parte, GIMBERNAT ORDEIG, «La omisión impropia en la Dogmática penal alemana», en *Id.*, *Ensayos penales*, Madrid, 1999, págs. 257 ss., esp. págs. 324-325; *Id.*, «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», *ADPCP* 1999, pág. 54, nota 6; y, de otra, PAREDES CASTAÑÓN, «De nuevo sobre el "caso de la colza": una réplica», *RDPC* 5 (2000), págs. 88 ss.

tivo que el tribunal ha de utilizar en dicha valoración de la prueba: como se ha señalado antes, puesto que nos hallamos en un ámbito en el que sólo los argumentos de naturaleza científica resultan aceptables, decir que ha de ser el órgano juzgador el que dilucida la cuestión no quiere decir que pueda hacerlo de cualquier modo, con plena libertad. Antes al contrario, habrá de hacerlo apoyándose a su vez en argumentos también científicos (de segundo nivel): aquí, acerca de la evaluación que merece cada uno de los dictámenes periciales desde el punto de vista de la metodología de las ciencias de que se trate (en nuestro caso, de la Biología humana y de la Epidemiología).

Resultará, pues, evidente, a tenor lo que se acaba de exponer, que un entendimiento suficientemente garantista de la relación de causalidad en tanto que elemento de los delitos de resultado hace difícilmente aceptable una construcción como la que el STS ensayó en la sentencia comentada⁽⁹⁾.

III.2. El dolo eventual de lesión como forma de dolo: componentes psicológicos y su prueba

Tal y como más arriba se ha expuesto, la sentencia que se comenta viene a enfrentarse a un caso (característico, en este sentido, del llamado «Derecho Penal del riesgo») en el que los autores de la acción típica carecen de cualquier «mala voluntad» —en el sentido emocional del término— hacia las víctimas, pero, al mismo tiempo, parecen poseer algún conocimiento acerca del carácter peligroso de su acción para el bien jurídico—penalmente protegido. ¿Dolo o imprudencia? La STS se inclina decididamente por la primera de las soluciones, apoyándose para ello (explícitamente, al menos) en una definición del dolo como elemento del delito cuyo contenido psicológico sería de naturaleza puramente «cognoscitiva»; sin componentes, pues, de naturaleza emocional, o atinentes a los motivos (componentes «volitivos»).

(9) En sentido similar, TORIO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, II, Valencia, 1997, págs. 922-923; DÍAZ PITA, «¿Qué queda de la causalidad?», *RDPC* 4 (1999), págs. 516-520; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte General*, I, 3.ª ed., Madrid, 2002, págs. 584-592.

Como es sabido, el debate acerca de la definición más acertada del dolo ha venido siendo, y continúa así, en buena medida— en especial por lo que hace a la definición del dolo eventual (en contraposición a la mera imprudencia consciente)⁽¹⁰⁾. En este sentido, creo que verdaderamente resulta imposible dar una respuesta fundada a esta cuestión sin tomar previamente posición acerca de cuál es la función que el elemento típico dolo ha de cumplir en la fundamentación de la antijuridicidad (y, en suma, de la responsabilidad penal). En efecto, la pregunta decisiva es qué componentes psicológicos relativos a su acción (típica) es suficiente que concurren en el autor para que esté justificado estimar la presencia de un desvalor adicional; ese desvalor subjetivo de la acción que marca la diferencia, en el peor de los casos, entre una pena relativamente leve y una bastante más grave y, en el mejor, entre la atipicidad y el delito.

Responder a esta pregunta no es, desde luego, fácil. Sin embargo, lo que sí que tengo por cierto es que los argumentos de la sentencia comentada en absoluto nos ayudan a responderla. Ya que, en efecto, la cuestión no es, me parece, si basta con que un sujeto conozca el carácter peligroso (y desaprobado) de su acción. Ya que, a este respecto, tanto defensores de las teorías cognoscitivas del dolo como defensores de las teorías volitivas⁽¹¹⁾ podríamos estar de acuerdo en que, superado un cierto nivel de conocimiento del riesgo, la «confianza irracional» en su evitación (o, peor aún, el mero deseo, también irracional, de que el riesgo no llegue a consumarse) no excluye el dolo: unos dirán que porque es suficiente con el conocimiento del riesgo; otros, porque un conocimiento muy cierto del riesgo, seguido de la acción, significa necesariamente su aceptación (o, como apunta el TS, la indiferencia hacia el mismo).

De cualquier modo, en ambos casos lo que suscita verdaderas dudas, en el plano conceptual, es precisamente el grado de certidumbre con la que el sujeto actuante debe conocer el peligro (concreto) inherente a su acción. ¿Cuál es el momento en el que lo detallado del conocimiento vuelve al autor doloso (sea por resultar ya suficientemente conocedor del riesgo, o

(10) *Vid.*, al respecto, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4.ª ed., Múnich, 2006, págs. 445 ss., con ulteriores referencias.

(11) Sobre mi posición a este respecto, *vid.*, sintéticamente, PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, «Argumentación y prueba en la determinación del dolo», *RDPC* 8 (2001), págs. 330 ss.

sea porque así lo está ya aceptando, implícitamente)? O, en otros términos: ¿dónde está la frontera entre el mero dolo de peligro y el auténtico dolo (eventual) de lesión?⁽¹²⁾ A estas cuestiones, que son las verdaderamente vitiosas, no da respuesta el TS. Con lo que la frontera entre la imprudencia consciente (más o menos consciente, dado que también admite grados la relativa certidumbre acerca del riesgo que aún no implica la calificación de dolo) y el dolo eventual de lesión continúa sin estar determinada, ni siquiera en el plano de las formulaciones generales.

Esta indeterminación conceptual de la doctrina jurisprudencial que se critica conlleva también sus consecuencias en el plano probatorio. Pues, si no está claro qué es exactamente lo que un sujeto ha de conocer para pasar de la imprudencia consciente al dolo eventual, difícilmente podrá estarlo qué es lo que ha de ser probado ante el órgano juzgador. Y, de este modo, se abre el camino a prácticas probatorias tan deplorables como las presunciones de dolo: resulta, en efecto, habitual en la jurisprudencia partir de la base de «lo que cualquier hombre razonable habría sabido» (...) sin tomar en consideración que la experiencia cotidiana —la personal de cada uno tanto como la judicial— nos demuestra que el mundo está lleno de hombres y mujeres no suficientemente razonables, que no toman en cuenta aquello que un sujeto razonable hubiese previsto, por lo que obran sin dolo, a pesar de que lo razonable (y —aquí estriba el problema— lo que el tribunal presume) sería que lo hubiesen tenido⁽¹³⁾.

Un buen ejemplo de todo esto que se está denunciando es lo que ocurrió en el caso de autos. En efecto, el TS, una vez sentada su doctrina (bastante vaga, como hemos visto) acerca de la definición puramente «cognoscitiva» del dolo eventual, procede a valorar la prueba pertinente en relación con los responsables principales de la operación de comercialización del aceite de colza «desnaturalizado». Y, a este respecto, se limita a hacer afirmaciones acerca de lo que es razonable esperar que dichos sujetos supieran, dadas las acciones que llevaron a cabo. Afirmaciones que, a su vez, pueden resultar muy razonables como tesis «de sentido común» (esto es, acerca

(12) Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «El delito de peligro del art. 346 CP. Dolo de peligro y dolo de lesión», en PAREDES CASTAÑÓN/ÉD., *El caso de la colza*, 1995, págs. 203 ss.

(13) Vid., al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *AFD* 2001, págs. 67 ss., con ulteriores referencias.

de lo que muchas veces sucede (...) de lo estadísticamente verificable, en suma). Pero que fracasan completamente como valoración de las pruebas acerca de lo que verdaderamente sabían y pensaban dichos autores, con lo que difícilmente deberían haber permitido superar las limitaciones a dicha valoración que impone el principio *in dubio pro reo*. Nuevamente, sólo una reducción del nivel de exigencia probatoria (y, de nuevo, sobre la base de un intento de redefinir el contenido conceptual del elemento típico) permitió que la argumentación culmine en el resultado, condenatorio, perseguido⁽¹⁴⁾.

IV. CONCLUSIÓN

Las dos grandes novedades de la sentencia comentada (prueba de la causalidad y definición del dolo eventual) constituyen, sin duda alguna, sendos intentos de reducir los niveles de exigencia, tanto en el plano conceptual como en el probatorio, para la imputación de un delito doloso de resultado. Dichos intentos, bien argumentados, se abonaban a la tendencia político-criminal hacia la «flexibilización» (tal ha sido el eufemístico término empleado) de las categorías dogmáticas en el marco del «Derecho Penal del riesgo», que —así reza la tesis de fondo— no admitiría una aplicación estricta de la tradicional teoría general del delito, sino que exigiría cambios significativos en su contenido. En este sentido, la sentencia comentada es un ejemplo paradigmático de esta tendencia.

Sin embargo, de acuerdo con el análisis que he realizado, dicha pretensión «flexibilizadora» no puede ser aceptada. Primero, porque resulta innecesaria, ya que, como en otros lugares he argumentado —yo, entre otros muchos— con detenimiento, es posible aplicar las categorías dogmáticas tradicionales al «nuevo Derecho Penal» sin detrimento de su eficacia (siempre, claro está, que se pongan los medios materiales para ello). Pero, en segundo lugar, porque las categorías dogmáticas de las que estamos hablando están muy directamente vinculadas tanto a criterios de justicia

(14) Hay que advertir, no obstante, que, a diferencia de lo que ocurría en materia de prueba de la relación de causalidad entre acción y resultado típico, en el caso de la prueba del dolo la práctica jurisprudencial usual ha venido siendo siempre —y sigue siéndolo hoy— notablemente distante de cualquier preocupación garantista. De manera que, en el caso del dolo, el paso dado en la sentencia que se comenta constituye antes un paso más en la agudización del problema que una solución radicalmente diferente.

de la imputación de responsabilidad como a garantías procesales básicas, conectadas con el derecho fundamental a un juicio justo, por lo que una «flexibilización» de aquellas acaba, casi inexorablemente, ocasionando un deterioro de estas últimas. Deterioro que en ningún caso puede ser justificado sobre la base de razones crudamente utilitarias⁽¹⁵⁾

(15) *Vid.*, sobre todo ello, resumidamente, PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de "Derecho Penal del riesgo"», *RDPC* 11 (2003), págs. 383 ss.

UNIDAD V: EL DELITO DE ESTAFA

- “Caso Las Pastillas Adelgazantes” por Nuria Pastor Muñoz, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, P. 307-318

CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN DERECHO PENAL

Coordinador:

**PABLO
SÁNCHEZ-OSTIZ
GUTIÉRREZ**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

CASO DE LAS PASTILLAS ADELGAZANTES (*)

PASTOR MUÑOZ, Nuria

*Profesora Asociada de Derecho Penal (Universidad Pompeu Fabra) y
Lehrbeauftragte (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn)***SUMARIO:**

- I. LA SOLUCIÓN DEL CASO
- II. ¿ESTAFA O AUTOENGAÑO? LOS LÍMITES DE LA TIPICIDAD Y LA COMPRA DE ILUSIONES
- III. EL DERECHO DE DEVOLUCIÓN Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN LA EXISTENCIA DE PERJUICIO PATRIMONIAL
- IV. DE LAS ILUSIONES A LAS SUPERSTICIONES: LA STS DE 2 DE MARZO DE 2005 (PONENTE, JOAQUÍN DELGADO GARCÍA)

El acusado organizó en 1984 una campaña publicitaria mediante la que ofrecía productos rejuvenecedores y adelgazantes, así como «densificadores» del cabello y pastillas para dejar de fumar, todos ellos tan ineficaces como inofensivos, que enviaba por correo a los compradores. El precio de los productos oscilaba entre los 46,50 y los 76 marcos (a los que se añadían los gastos de envío) y con derecho de devolución dentro del plazo de catorce días, con la garantía de recuperar el 100% del precio del producto. El acusado había calcu-

(*) Sentencia de la tercera Sala Penal (3 StR 226/1986) del *Bundesgerichtshof* de 22 de octubre de 1986 (BGHSt 34, 199).

lado que las devoluciones se producirían, como máximo, en el 10% de compras, un porcentaje que solamente se alcanzó en el caso de las «pastillas adelgazantes», pues en el caso de los demás productos, el porcentaje fue menor. Quienes reclamaron (255 personas) recuperaron el precio íntegro. La publicidad estaba dirigida esencialmente a amas de casa y a trabajadores con una renta familiar de unos 2.000 marcos. En ella se atribuía a los productos propiedades y efectos de los que, como bien sabía el acusado, carecían. Así, por ejemplo, del «baño Lifting de Hollywood» se decía que a una «velocidad relámpago», tras tomar solamente doce baños, tenía el efecto de adelgazar y poner la piel tersa y joven; se afirmaba también que las personas que habían probado el producto habían constatado que habían rejuvenecido diez, quince o más años y que su cuerpo parecía el de una estrella de cine. Con la pastilla «Zellaplast 100», supuestamente descubierta por un médico suizo, se podía, tras un primer uso, rejuvenecer por lo menos cinco años. Tomando la «pastilla adelgazante M-E-D 300» era incluso necesario comer en abundancia, para compensar la fuerte absorción de grasa causada por la pastilla. Por su parte, el densificador de cabello (*Doppelhaar*) lograba, en el transcurso de diez minutos, doblar el número de cabellos, así como eliminar la caspa, los enredos, el cabello graso o demasiado seco, con el 100% de garantía. Los productos se enviaban acompañados de un prospecto en el que constaba la verdad sobre ellos (aceite de baño, loción para el cabello, etc.), si bien el acusado sustituía las cajas originales por otras en las que los productos estaban etiquetados conforme a la publicidad o bien colocaba adhesivos con tales etiquetas sobre las cajas originales. El importe bruto de la ganancia del acusado fue de unos 1,5 millones de marcos.

I. LA SOLUCIÓN DEL CASO

El Tribunal del *Land* condenó al acusado, por la publicidad engañosa realizada, a una pena de multa por la infracción del § 4 UWG⁽¹⁾ en unidad de hecho con el § 14 IIWG, así como por la infracción del § 96.1 núm. 3 y 5 AMG⁽²⁾, pero negó que el comportamiento del acusado fuera constitutivo

(1) Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (Ley sobre la competencia desleal).

(2) Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Ley sobre la circulación de fármacos).

de estafa. El Fiscal consideró que esto último constituía una infracción del Derecho material y recurrió la sentencia.

El Tribunal Supremo Federal alemán apreció el recurso. En su opinión, el comportamiento del acusado fue un *engaño constitutivo de estafa*. En los anuncios, el acusado no solamente expuso un juicio personal de valor, sino que *engañó sobre hechos susceptibles de comprobación*. Mediante el engaño sobre la eficacia de los preparados ineficaces, provocó un error en los clientes, pues éstos creyeron, con base en las informaciones transmitidas por el acusado en los anuncios publicitarios, que los preparados tenían los efectos prometidos, aun cuando éstos se exageraran algo en la publicidad. Esta confianza en la veracidad de las afirmaciones contenidas en la publicidad se debía también a que el acusado apoyó sus afirmaciones en supuestos estudios de científicos o especialistas, así como en un supuesto test realizado con éxito en 100 personas. Los clientes querían adquirir tal producto, y no solamente una ilusión. El engaño y el error a que éste condujo se veían, además, reforzados por el hecho de que el acusado ofrecía a los compradores un *derecho de devolución* con «garantía de devolución del dinero», pues con ello hacía creíble la oferta, ya que así se conducía a los clientes a pensar que al vendedor no le habría valido la pena el negocio si los productos no hubieran sido eficaces en general. A este respecto, añade el Tribunal, carece de relevancia el argumento de que, en caso de haberse comportado con suficiente cuidado, los clientes podrían haber descubierto el engaño. Tampoco desempeña, en opinión del Tribunal, papel alguno el derecho de devolución, pues los clientes no querían adquirir un derecho de devolución, sino un preparado eficaz. Por todo ello, el Tribunal Supremo Federal considera que, al pagar, los clientes llevaron a cabo un acto de *disposición* sobre la base de un error y, en consecuencia, sufrieron un *perjuicio patrimonial*, pues recibieron productos ineficientes que no se correspondían con los descritos. La devolución del precio no elimina el perjuicio patrimonial, sino que constituye únicamente una reparación del daño que se puede tener en cuenta a efectos de atenuar la pena.

El Tribunal aclara que, con todo, no existe una respuesta generalmente válida sobre la influencia del derecho de devolución en la concurrencia de perjuicio patrimonial. Así, en los casos en los que el engañado todavía no ha hecho entrega de un valor económico de su patrimonio, de manera que este último solamente queda sujeto a un derecho contractual del autor, la jurisprudencia alemana considera que no concurre un peligro para el patrimonio que equi-

valga al perjuicio patrimonial, pues el engañado puede eliminar el contrato desventajoso mediante una simple declaración unilateral. Lo mismo ocurre en el caso en que el engañado se haya asegurado, de cualquier otro modo, contra la producción de un perjuicio en el cumplimiento. En cambio, en el caso de las «pastillas adelgazantes», al comparar la suma de los bienes de valor del engañado antes de la entrega del dinero y tras la realización de esta última con la adquisición del preparado ineficaz, se llega a la conclusión de que el patrimonio del comprador se ha visto disminuido en sentido económico-objetivo; ha recibido menos de lo que valía su derecho. En contra de lo que afirma el Tribunal del Land, la disminución del patrimonio no resulta totalmente compensada mediante el derecho de devolución, de entrada porque el acusado no habría podido devolver el precio a todos los compradores en caso de que éstos hubieran hecho uso de su derecho de devolución. Con todo, lo decisivo es la inseguridad del engañado sobre la posibilidad de ejercer el derecho de devolución tras haber utilizado uno de los preparados. Además, el acusado escogió clientes que, debido a su falta de habilidad negocial y su falta de experiencia, tienen de facto más dificultades para ejercer su derecho de devolución; organizó el negocio teniendo en cuenta que, debido al importe relativamente bajo de las compras, muchos no realizarían el esfuerzo de intentar ejercer su derecho. Para concluir, añade el Tribunal Supremo Federal que el acusado actuó con ánimo de conseguir un beneficio ilícito, de manera que concurren también los elementos del tipo subjetivo de la estafa.

El caso de las pastillas adelgazantes, como es denominado en Alemania, alimentó la discusión sobre el delito de estafa en algunos aspectos importantes. Algunos de ellos, como la posible relevancia del derecho de devolución para la exclusión del perjuicio patrimonial, son analizados con detalle en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán. Otros, en cambio, como la relevancia típica de engaños que serían considerados burdos por el destinatario «medio», no son objeto de un estudio pormenorizado por parte del Tribunal, si bien afectan también a aspectos nucleares del tipo de estafa. Empecemos por esta última cuestión.

II. ¿ESTAFA O AUTOENGAÑO? LOS LÍMITES DE LA TIPICIDAD Y LA COMPRA DE ILUSIONES

Si se examina con detalle el comportamiento del acusado del caso, se descubren dos problemas de importancia para responder a la cuestión de si

el engaño es o no relevante a efectos de estafa. Por una parte, el relativo a si el autor miente «sobre hechos» o sobre juicios de valor. El § 263 del Código Penal alemán (StGB), precepto que tipifica la estafa, exige que el engaño recaiga sobre «hechos», pues solamente éstos, y no los juicios de valor, son susceptibles de comprobación⁽³⁾. Esta exigencia, si bien el art. 248 CP no la menciona expresamente, ha sido asumida unánimemente por la doctrina y jurisprudencia españolas. Pues bien, parece convincente la opinión del Tribunal según la cual las afirmaciones del autor tienen por objeto hechos, pues las virtudes rejuvenecedoras, adelgazantes, etc. de los productos ofrecidos son propiedades o características susceptibles de comprobación. Basta hacer la prueba, siguiendo las indicaciones de la publicidad, de tomar el preparado *Doppelhaar*, densificador del cabello, para ver si efectivamente se produce, tras el transcurso de diez minutos, el efecto de multiplicación del cabello.

Más compleja es, por otra parte, la cuestión de si el engaño del autor alcanza el umbral de la tipicidad o si, por el contrario, debe considerarse penalmente irrelevante por ser burdo. A este respecto, la Sentencia solamente hace una afirmación, a saber, la de que carece de relevancia «el argumento de que, en caso de haberse comportado con suficiente cuidado, los clientes podrían haber descubierto el engaño». Con ello, parece excluir de plano la existencia de incumbencias de protección del «engañado» en el delito de estafa, cuya existencia en este caso implicaría que el engaño sería atípico y que, en conclusión, el engañado sería el responsable del acto de disposición patrimonial realizado. Desde hace dos décadas la jurisprudencia española ha empezado a admitir la existencia de una esfera de responsabilidad de la víctima de la estafa. Así, ya en los años 90 del siglo pasado se admitía que no cometía estafa el cliente que mentía a una entidad bancaria sobre la libertad de cargas del inmueble presentado en garantía de la solicitud de un crédito, pues el banco tenía el *deber* de comprobar en el Registro de la Propiedad las informaciones suministradas por el cliente⁽⁴⁾; también, por ejemplo, en el caso del cliente que solicitaba fondos de una cuenta sin identificarse, se consideraba que la inveracidad sobre su identidad era irrelevante, pues el banco tenía el deber de autoprotegerse, exigiendo

(3) Cfr. al respecto la monografía de HILGENDORF, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*, Berlín, 1998.

(4) Por ejemplo, STS de 22 de febrero de 1991 (ponente, García Miguel); STS de 19 de noviembre de 1983 (ponente, Castro Pérez).

al cliente que se identificara con su Documento Nacional de Identidad⁽⁵⁾. Ese desarrollo jurisprudencial ha sido promovido y acompañado por una discusión doctrinal, que se nutre en gran parte de la doctrina alemana, en la que ha ido cobrando fuerza la idea de que los agentes económicos son responsables de sus actos de disposición, salvo que exista un fundamento suficiente para desplazar tal responsabilidad a otro, en concreto, a quien ha mentido u omitido informaciones veraces al disponente⁽⁶⁾. A partir de un planteamiento de estas características, podría admitirse la posibilidad de considerar que, en el caso de las «pastillas adelgazantes», enjuiciado por el Tribunal Supremo Federal alemán, incumbía a las víctimas desconfiar de las afirmaciones del autor, activando sus conocimientos sobre el desarrollo científico —el hombre medio sabe que no existen fórmulas de rejuvenecimiento en diez minutos o adelgazamiento tras la mera ingestión de una pastilla—. Ahora bien, en el caso aparece un problema adicional, a saber, el hecho de que, entre los destinatarios del engaño publicitario se encontraban, con certeza, personas de nivel cultural e intelectual insuficiente como para llegar a la conclusión de que el autor mentía. En estos supuestos, en los que el engaño se dirige a una «víctima débil», tanto la jurisprudencia española, con su criterio objetivo-subjetivo (el engaño es típico si es idóneo para engañar a un destinatario medio y, también, aunque no tenga tal idoneidad, si por las características especiales de la víctima —poca inteligencia, déficits de formación cultural, etc.— era adecuado para conducirla a un error)⁽⁷⁾, como la doctrina, que entiende que a las víctimas débiles se les ha de garantizar un mayor grado de protección frente a las inveracidades

(5) STS de 29 de octubre de 1998 (ponente, Jiménez Villarejo). Sobre estos casos, *vid.* con detalle PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, 2004, págs. 149 ss.

(6) Cfr., por ejemplo, el planteamiento de PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia, 1999, págs. 162 ss. Un resumen de la evolución doctrinal hasta llegar a esta idea, desde la teoría de la adecuación y la victimodogmática a los planteamientos más convincentes de KINDHÄUSER («Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW* 103 [1991], págs. 399 ss.) y PAWLIK, en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, 2003, págs. 119 ss.

(7) Cfr. al respecto, BAIJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAIJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 275 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, págs. 133 ss., entre otros.

dirigidas a manipular sus decisiones económicas⁽⁸⁾, consideran que el autor actúa de manera típica.

Con todo, este caso también es susceptible de ser resuelto conforme a la doctrina, anterior a la teoría de los deberes de autoprotección de la víctima, que entiende que el engaño burdo queda fuera del ámbito de aplicación de la estafa. La idea de que el engaño burdo no es propiamente un «engaño», sino una mentira irrelevante que desencadena un «autoengaño» de la víctima ya está presente en la jurisprudencia española desde hace muchos años. Así, en el conocido caso, tantas veces mencionado por la doctrina, de venta de relojes Rolex y Omega a 1.200 pesetas⁽⁹⁾, un precio irrisorio, se ha considerado que el autor actúa de forma atípica. Pues bien, en el caso que nos ocupa, podría decirse que la mentira del autor es, para un destinatario con capacidades y conocimientos medios, una mentira burda, de manera que si tal destinatario decide comprar los baños rejuvenecedores o las pastillas de crecimiento acelerado del cabello, se «autoengaña», decide, con la expresión de ARZT, «comprar una ilusión»⁽¹⁰⁾. La única salvedad que, en mi opinión, hay que hacer es que en el caso de las «pastillas adelgazantes» estamos ante una campaña publicitaria que no se dirige solamente a destinatarios «medios», sino también a destinatarios «débiles». Si todos los destinatarios fueran «medios», la conclusión debería ser, en mi opinión, la afirmación de que el comportamiento del acusado es atípico⁽¹¹⁾. Sin embargo, entre los destinatarios se cuentan algunos que son «débiles»; es más, solamente tiene sentido organizar la campaña publicitaria si se cuenta con que, entre los destinatarios de aquélla, se encuentra personas débiles (en términos de inteligencia o formación cultural) que confían en afirmaciones que, para otros, resultan totalmente absurdas. Frente a estos destinatarios débiles, a quienes el autor se dirige conscientemente, existe un engaño típico; no, en cambio, frente a aquellos destinatarios «medios» que son conscientes de que compran «ilusiones».

(8) Especialmente interesante resulta el planteamiento de PAWLIK, *Betrug*, págs. 180 ss.; sobre la estafa de «víctima débil», cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño*, págs. 243 ss.

(9) STS de 19 de enero de 1976 (ponente, Huerta y Álvarez de Lara).

(10) ARZT, «Bemerkung zum Überzeugungsoffer - insbesondere zum Betrug durch Verkauf von Illusionen», en WEIGEND/KÖPPER (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York, 1999, págs. 431 ss., pág. 444.

(11) PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño*, pág. 249.

El problema de la compra de ilusiones es complejo. Hay un *mercado de ilusiones* que sobrevive gracias a la realidad de que no todas las personas son absolutamente racionales y, tal como afirma ARZT, los consumidores tienen derecho a ser irracionales y a comprar ilusiones, así que condenar a los que las venden por estafa supondría no respetar la verdadera voluntad del titular del patrimonio e imponerle una voluntad racional⁽¹²⁾. Ahora bien, el tratamiento doctrinal de estos casos no es siempre satisfactorio. Así, ARZT afirma que hay estafa solamente cuando existen métodos curativos alternativos a los ofrecidos por el autor (por ejemplo, las pastillas milagrosas que vende un charlatán contra una enfermedad que la medicina convencional puede tratar), mientras que no la hay si no existe alternativa, como en el caso de un enfermo terminal que contrata una terapia ilusoria⁽¹³⁾. En mi opinión, ARZT no logra su objetivo de proteger la verdadera voluntad irracional de la víctima, pues salvo que la víctima sea consciente de que compra una ilusión, su «verdadera voluntad» no es adquirir una ilusión de curación o de rejuvenecimiento, sino un producto eficaz, voluntad que resulta frustrada. A mi entender, los casos de venta de «ilusiones» deben resolverse de la siguiente manera: *si estamos ante un «destinatario medio»*, hay que imputarle a él su acto de disposición como comportamiento responsable, es decir, no hay un comportamiento del vendedor al que se le pueda atribuir el perjuicio desencadenado por el acto de disposición de la «víctima». Ello es así porque de los agentes económicos se espera que no confíen en la eficacia de los «productos milagro»⁽¹⁴⁾, pues tal confianza no sería admisible para el modelo de racionalidad vigente en el mercado. En efecto, conforme a este modelo de racionalidad, no se puede confiar en la facultad curativa de una pócima vendida por un charlatán en la calle; sí, en cambio, en la capacidad curativa de la prestación ofrecida por un médico; no puede confiarse en quien vende unas pastillas «milagrosas», pero sí en el farmacéutico que ofrece un producto contra una determinada enfermedad. Existen parámetros de racionalidad

(12) ARZT, *Hirsch-FS*, págs. 442 ss.

(13) ARZT, *Hirsch-FS*, págs. 444 ss. Cfr. ejemplos en OTTO, *Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit*, Lübeck, 1990, pág. 60.

(14) La víctima no debe confiar normativamente en las afirmaciones de quien vende dientes de gato y asegura que llevarlos colgados del cuello cura incluso las enfermedades terminales. Así, la STS de 6 de mayo de 2002 (ponente, Saavedra Ruiz), considera que quien acude a un chamán-médium y paga por su prestación (ineficaz) no puede afirmar que «ha sido estafado» si el remedio del chamán resulta ineficaz.

vigentes en el mercado cuyo conocimiento se presupone en el hombre medio y que sirven para determinar el grado de racionalidad que se espera de este último. Por ello, frente a un destinatario medio, la venta de ilusiones no constituye ni estafa ni tentativa de estafa. La afirmación de estafa no depende, en contra de lo que opina ARZT, de que existan alternativas reales mejores que la ilusión. Así, por ejemplo, el carácter típico de la conducta de quien ofrece un baño que rejuvenece cinco años a quien lo toma no depende de que existan alternativas reales mejores al baño en cuestión, sino, más bien, de si la víctima puede confiar (normativamente) en el mensaje del autor. Y esto último ocurre tanto en supuestos en los que se ofrecen prestaciones «ilusorias» (la curación de una enfermedad para la que la medicina convencional no ha encontrado un tratamiento), como para prestaciones que se pueden obtener por otras vías distintas a la manera «ilusoria» ofrecida por el autor (por ejemplo, si el autor ofrece un tratamiento a base de infusiones, cuyos efectos equivalen a los de un baipás). El carácter racional o irracional de esperar que un producto tenga la eficacia que su vendedor predica de él depende de la percepción social. En concreto, cuando la afirmación de que un producto es eficaz se considere verosímil, se abre la puerta a la posibilidad de apreciar estafa, mientras que esta última debe negarse cuando el mensaje del autor solamente se puede interpretar como expresión de una ilusión. A lo dicho hay que añadir que las cosas son distintas si el destinatario de la oferta de una ilusión es una «víctima débil», pues en tales supuestos la mentira, burda en general, puede considerarse perfectamente idónea para conducir a la víctima a un error y al consiguiente acto de disposición perjudicial. Y la razón de tal diferencia de tratamiento es que el Derecho penal debe ofrecer una protección del patrimonio contra el engaño tanto a los ciudadanos de inteligencia media y con una formación cultural básica, como a los de menos luces o con escasa formación cultural. Campañas publicitarias como las del caso se dirigen, aparentemente, a una generalidad de consumidores, si bien, en realidad, están específicamente destinadas a víctimas débiles. En conclusión, existiría una base para afirmar la tipicidad del comportamiento del acusado del caso de las «pastillas adelgazantes».

III. EL DERECHO DE DEVOLUCIÓN Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN LA EXISTENCIA DE PERJUICIO PATRIMONIAL

Muy interesante es el otro problema tratado por la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, a saber, el de si el derecho de devolución influ-

ye en la concurrencia de perjuicio patrimonial. Esta cuestión, que tiene relación con la articulación entre el Derecho penal y el Derecho civil, la resuelve el Tribunal de manera, a mi entender, satisfactoria. La sentencia afirma con razón que la afirmación del autor conforme a la cual el cliente tiene derecho de devolución con garantía de recuperación íntegra del precio es, en realidad, un refuerzo del engaño: con ello hace creíble la oferta, ya que induce a los clientes a pensar que los productos son eficaces, pues, de lo contrario, al vendedor no le valdría la pena hacer la oferta en tales términos.

No comparto, en cambio, la fundamentación con la que el Tribunal Supremo Federal argumenta la diferente relevancia del derecho de devolución para la afirmación o negación de la concurrencia de perjuicio típico. Su argumentación se basa en una concepción del perjuicio como disminución del valor económico del patrimonio y en una idea de acto de disposición como entrega de bienes de valor económico. Ello se corresponde con la doctrina dominante en la interpretación de estos elementos del delito de estafa⁽¹⁵⁾. Y, lógicamente, conduce a negar el perjuicio en los casos en que el derecho de devolución se puede ejercer antes de realizar la entrega de bienes de valor económico, revocando así el contrato, o cuando el comprador se ha asegurado de cualquier otro modo contra la producción de un perjuicio como consecuencia del cumplimiento del contrato. En el caso a enjuiciar, en cambio, el Tribunal ve un perjuicio en la medida en que, si se compara la situación del patrimonio antes del pago del precio de los productos milagrosos con su situación tras tal pago, se constata una disminución económica, pues el comprador ha recibido algo que vale menos que el importe abonado. A mi

(15) Cfr. el concepto dominante de acto de disposición en ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ* 1957, págs. 57 ss., 66; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, pág. 283; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, 1987, págs. 213 ss.; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, 25.ª ed., Múnich, 1997, § 263, núm. marg. 55; LACKNER, *LK-StGB*, 10.ª ed., Berlín, Nueva York, 1988, § 263, núm. marg. 96; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 11.ª ed., Berlín-Nueva York, 2000, 11.ª ed., § 263, núm. marg. 97. Sobre el concepto económico de patrimonio, cfr., por ejemplo, ANTÓN ONECA, *NEJ*, pág. 68; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, pág. 268; CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, págs. 57 ss.; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, § 263, núm. marg. 80; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte*. Teilband 1. Eigentumsdelikte, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, § 1, núm. marg. 14; LACKNER, *LK-StGB*, 10.ª ed., § 263, núm. marg. 122, entre otros.

entender, no es necesario el acto de entrega del precio para poder hablar de acto de disposición perjudicial, pues este último no se ha de entender en términos puramente fácticos, sino como un acto jurídico⁽¹⁶⁾; por ello, basta la asunción de una obligación de pago frente al vendedor, pues tal obligación ya supone una carga que modifica sustancialmente la situación patrimonial en sentido jurídico y que es relevante incluso también desde la perspectiva del concepto económico de patrimonio. Que la obligación de pago vaya acompañada por un derecho de devolución en caso de no estar satisfecho con el producto no significa que el patrimonio mantenga su valor previo al contrato, pues el derecho de devolución tiene un valor claramente inferior al de la devolución efectiva, al igual que un derecho de crédito frente a un deudor tiene, en el mercado, un valor inferior que el derecho de propiedad sobre el dinero. Por ello, considero que el derecho de devolución es un mecanismo civil idóneo para que el comprador intente volver al *statu quo ante* en términos económicos, pero que no elimina del mundo el hecho de que el autor, mediante su engaño, ha conducido a la víctima a realizar un acto de disposición patrimonial.

IV. DE LAS ILUSIONES A LAS SUPERSTICIONES: LA STS DE 2 DE MARZO DE 2005 (PONENTE, JOAQUÍN DELGADO GARCÍA)

Relacionados con los casos de venta de ilusiones están aquellos supuestos en los que el autor ofrece prestaciones cuyo cumplimiento no es susceptible de comprobación, como ocurrió en el caso mencionado en el encabezamiento de este epígrafe. En el caso, el autor, que leía las cartas del tarot en un programa de radio, dijo a dos hermanos, Sergio y Marina, que habían llamado a su programa, que había una cosa que «no veía clara» y acordaron una cita en el despacho del acusado. En tal encuentro, tras echarles las cartas, cobrando por tal servicio, el acusado les comunicó que sus padres, ambos fallecidos, se encontraban «encadenados en la otra vida», que en tres meses Sergio iba a sufrir una enfermedad grave, así como que, para liberar a sus padres y evitar la enfermedad amenazante, eran precisos unos «trabajos» cuyo coste era de 2.000.000 y 500.000 pesetas respectivamente. Los hermanos Sergio y Marina entregaron al acusado las cantidades mencionadas. Además de estos hechos, la sentencia considera probado otro comportamiento del

(16) PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, pág. 173, pág. 178.

autor consistente en ofrecerse como intermediario en la adquisición de un apartamento, para lo cual logró que los hermanos le entregaran un total de 12,5 millones de pesetas, sin hacer gestión alguna dirigida a realizar tal compra. Posteriormente, les devolvió 4,5 millones de pesetas.

De los dos comportamientos del autor nos interesa el primero, sobre todo porque el Tribunal Supremo consideró sorprendentemente que se trataba de un comportamiento constitutivo de estafa: «Tal falsedad fue creída por los hermanos en ese ambiente que tan hábiles son para crear estos profesionales y tan eficaz es para obtener el lucro pretendido, precisamente porque la actuación se realiza respecto de personas que creen en la verdad de esos procedimientos y por eso acuden a esta clase de profesionales para averiguar su porvenir. Y hemos de calificar de «bastante» el engaño referido por la condición especial de quienes acuden a esa clase de personas con una ignorancia bien inclinada a creer lo que les diga aquel a quien consideran dotado de poderes especiales». Realmente, resulta difícil admitir la solución defendida en este caso por el Tribunal Supremo. En principio, por lo menos en el caso de víctimas con «capacidades normales», se debe considerar que el comportamiento del autor es atípico —la decisión con base en motivos supersticiosos no se ajusta al modelo de racionalidad vigente en el mercado, así que quien actúa con esos parámetros lo hace por su cuenta y riesgo—⁽¹⁷⁾. Además, por otra parte, si el Tribunal Supremo admite la protección en este caso, ¿cómo demuestra, a efectos de afirmar la concurrencia de perjuicio, que el autor no realizó las prestaciones prometidas de liberar en el más allá a los padres de Sergio y Marina, así como de evitar que la enfermedad amenazante no se produjera? El caso sería distinto si el autor hubiera prometido una prestación cuya comprobación en este mundo es posible; en tal supuesto, estaríamos ante una estructura semejante a la de las pastillas adelgazantes, cuyo tratamiento también ha de ser, cuando el destinatario del mensaje no es una «víctima débil», el de la impunidad. Ahora bien, estos supuestos de pago de prestaciones por motivos supersticiosos merecen, al igual que ocurría en la venta de ilusiones, una consideración distinta si la víctima es una víctima débil (por ejemplo, si Sergio y Marina sufrieran alguna carencia intelectual o cultural), de manera que percibe la oferta del acusado como burda; en tal caso, sí tendría sentido ver en el comportamiento del autor un comportamiento típico.

(17) Vid. PAWLIK, *Betrug*, pág. 158.

UNIDAD V: EL DELITO DE ESTAFA

- Caso "General Electric"

Trabajo Grupal:

Ensayo sobre el caso General Electric, analizado desde la perspectiva del delito de estafa. A su juicio, ¿se configura la tipicidad (objetiva y subjetiva) del delito de estafa?

[4:00 horas]

UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS
MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA
Derecho Penal de la Empresa
Prof. Dr. José Reaño Peschiera

EL CASO GENERAL ELECTRIC

En 1991 General Electric (GE) decidió cambiar su política de exportaciones desde Estados Unidos (Miami) a Sudamérica, la cual venía haciéndose a través de empresas exportadoras autorizadas. Ese año GE anunció que en el futuro trabajaría con distribuidores autorizados en cada país, los cuales elegiría a través de un concurso. Aseguró, además, que a los ganadores se le ofrecería una relación exclusiva y de largo plazo con GE.

En este contexto, el empresario peruano Guillermo G. N., a través de sus compañías Latin American Imports S.A. (Latam) primero, y Perusphere S.A. (Perusphere) después, obtuvo la distribución oficial para todo el Perú de diferentes líneas de productos de GE. La relación entre GE y las empresas del Sr. Guillermo G. N. creció año a año en diferentes áreas de negocios, con contratos bianuales, los mismos que fueron renovados a su vencimiento. Hasta 1998 la relación comercial entre las empresas del Sr. Guillermo G. N. y GE fue muy fructífera. Las ventas anuales, que al suscribirse el primer contrato de distribución se cifraban en USD 300,000.00 llegaron a alcanzar el orden de los USD 25'000,000.00

En 1998, sin embargo, de manera sorpresiva y sin mediar expresión de causa alguna, GE comunicó al Sr. Guillermo G. N. y a sus empresas que sus contratos no serían renovados, siendo reemplazados por una empresa afiliada de GE —MABE Perú S.A.—, la cual se hizo cargo del negocio.

Se hacía realidad así un rumor que venía circulando desde hacía varios años, pero que había sido negado reiteradamente por GE: la existencia de un «Plan Secreto», cuyo objetivo era conquistar los mercados latinoamericanos usando distribuidores autorizados en cada país, para posteriormente eliminarlos y reemplazarlos por empresas afiliadas a su grupo empresarial, aprovechándose del esfuerzo e inversiones hechas previamente por los distribuidores locales. Durante los años que trabajaron con el Sr. Guillermo G. N. y sus empresas, los funcionarios de GE negaron la existencia de dicho plan, asegurándole que sus contratos serían renovados a largo plazo. Esta actitud de los funcionarios de GE indujo al Sr. Guillermo G. N. al error de confiar en la transnacional norteamericana, y ha seguir realizando cuantiosas inversiones, que a la larga sólo beneficiarían a GE y a sus empresas afiliadas.

Luego de que GE le comunicó al Sr. Guillermo G. N. el fin de sus relaciones comerciales con todas y cada una de las áreas de negocios con las que trabajaron por 8 años, en febrero de 1999 GE demandó civilmente a LATAM, y al Sr. Guillermo G. N., en el estado de Kentucky, pidiéndole a la Corte Federal que emita una opinión sobre el derecho que de acuerdo al contrato le asistía para dar por terminada la relación comercial con LATAM, requiriendo adicionalmente el pago de su última factura de electrodomésticos por USD

214,693.57. Curiosamente, fue en el marco del juicio que GE inició en 1999, que el negado «Plan Secreto» fue descubierto, pudiéndose demostrar que éste existía desde los primeros meses del año 1992, es decir, 6 meses antes de que GE firmara con las empresas del Sr. Guillermo G. N. el primer contrato de distribución, el cual lógicamente expresó un negocio *taylor made*, “a la medida” de los intereses que GE ocultó desde un inicio.

Durante el proceso judicial en los Estados Unidos, con el cambio de documentos entre GE y Latam, salió a la luz un correo electrónico del año 1997, en el cual un funcionario de Finanzas de GE (señor Joe Kanobel) advertía al Gerente General para Latinoamérica (señor Robert Reid) que se debía reducir el crédito a LATAM, haciendo referencia al Plan Secreto “The Principal of Latin American Expansion” (Los principios de la Expansión a Latinoamérica) de Dennis Damerman, actual Vice CEO de GE. Cabe recordar que la existencia de dicho plan fue negada bajo juramento ante la Corte de Kentucky durante casi dos años por los abogados y decenas de funcionarios de GE (entre febrero del año 1999 y mayo del año 2002).

Tuvo que mediar la exigencia del Juez Cleveland Gamble, asistente de la Corte Federal de Kentucky, quien entre los meses de mayo y julio del 2002 puso al descubierto los documentos de los Planes denominados “The Principal of Latin American Expansion” y “Southern Star”. Los documentos mencionados confirman que GE, a través de su empresa afiliada MABE, había decidido desde los primeros meses del año 1992 ingresar a los mercados latinoamericanos, utilizando distribuidores Independientes para que cuando los mercados estén conquistados con el esfuerzo e inversión de sus representantes de ventas, distribuidores y/o socios, no se renueven sus respectivos contratos, de tal forma que el negocio de los productos GE en Latinoamérica sea manejado exclusivamente por GE a través de sus empresas afiliadas.

De acuerdo a los lineamientos de su plan secreto de expansión en Latinoamérica, GE estudió país por país y distribuidor por distribuidor, analizando cuáles eran los mayores márgenes de utilidad de vender directamente a través de sus empresas afiliadas, previendo las implicancias legales y las posibles indemnizaciones a pagar, y analizando si las leyes de cada país protegían al distribuidor. Una vez hecho este análisis se tomarían diferentes acciones para dejar fuera del negocio a sus representantes, distribuidores y asociados, tal como ocurrió con el Sr. Guillermo G. N.

Es recién tras el descubrimiento de los documentos «The Southern Star Plan» y «The Principal Latin American Expansion», que se elabora la hipótesis incriminatoria que ha dado lugar al proceso penal actualmente en trámite. Sintetizada a grandes trazos, el núcleo de la imputación penal, que por delito de estafa se ha formulado contra los ejecutivos de GE, reside en la producción de un grave perjuicio patrimonial al Sr. Guillermo G. N., directamente derivado de las inversiones que efectuó en el marco de su relación comercial con GE, siempre en la creencia —inducida por los ejecutivos de GE— que se trataría de una relación exclusiva y de largo plazo, cuando en realidad desde el inicio de la relación contractual con el Sr. Guillermo G. N., el plan de GE consistía en prescindir del Sr. Guillermo G. N. una vez que la marca haya logrado cierto posicionamiento en el mercado peruano.

UNIDAD VI: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE APROPIACION ILICITA.

- "Caso Argentia Trust", por Carlos Gómez-Jara Díez. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 633-646

CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN DERECHO PENAL

Coordinador:

**PABLO
SÁNCHEZ-OSTIZ
GUTIÉRREZ**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

CASO «ARGENTIA TRUST»^(*)

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos
Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA VALORACIÓN DEL CASO POR PARTE DEL TS
- III. RELEVANCIA DEL CASO EN LA DISCUSIÓN DOCTRINAL
 - III.1. Posturas a favor de la solución del caso «Argentia Trust»
 - III.2. Posturas en contra de la solución del caso «Argentia Trust»
 - III.3. Toma de postura

Por Acuerdo del Consejo de Admón. del Banco de 28 noviembre 1987, se delegaron en Mario C. C., como Vicepresidente del mismo, todas las facultades que por la Ley o por disposición de los Estatutos Sociales correspondían al Consejo de Admón. En un día no determinado, entre el 10 de julio de 1990 y el 2 de agosto del mismo año, Mario C. remitió al Sr. A. una factura, así como una fotocopia de la misma, en que figuraba una leyenda en su parte inferior que decía aprobado por comisión ejecutiva de 10 de julio de 1990. Consejero Delegado, procédase al Pago. (Sin firmar.) Así las cosas, el señor A. ordenó el pago de la factura cuyo concepto era: «Por trabajos realizados de

(*) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998.

carácter jurídico, financiero y de marketing, con objeto de estudiar la aceptación por los mercados financieros internacionales de una colocación privada de acciones de la Corporación Industrial y Financiera, les facturamos 600.000.000 ptas.» a la mercantil «Argentia Trust». La sociedad «Argentia Trust» no figura como sociedad en ningún registro español, ni le ha sido otorgado ningún número de identificación fiscal como sociedad extranjera. En la contabilidad de «Banesto» no se realizó apunte contable alguno referente al pago hecho por su cuenta por «Banesto Industrial Investment». No consta que «Banesto», ni «Banesto Industrial Investment Ltda.». Hubiesen realizado encargo o contrato alguno con «Argentia Trust», ni que alguien lo hubiera hecho en su nombre, ni en consecuencia que se le encargasen trabajos de carácter jurídico, financiero, o de marketing con cualquier clase de objeto. No consta que se autorizase el pago de la factura citada, por la Comisión Ejecutiva de «Banesto» en las reuniones comprendidas entre el 1 de enero de 1989 y el 10 de julio de 1990, ambas inclusive. No consta que por sociedad extranjera alguna se hubieran realizado gestiones para la colocación del capital de la «Corporación Industrial y Financiera de Banesto», que se pretendía sacar a Bolsa.

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos antes citados se juzgaron en primera instancia por la Audiencia Nacional, dictándose sentencia el día 20 de marzo de 1997 que condenaba a Mario C. como autor de un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de falsedad en documento mercantil a la pena de seis años y doce meses de multa. Posteriormente el Tribunal Supremo dictó en fecha 26 de febrero de 1998 la resolución que ahora se comentará más extensamente por la que D. Mario C. fue condenado por apropiación indebida a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de diez meses. Esta sentencia marca un hito al establecer que en el artículo del Código Penal español referido a la apropiación indebida —art. 252 CP 1995, antiguo 535— se contiene igualmente un tipo de gestión o administración desleal. Desde antiguo tanto doctrina como jurisprudencia han discutido la posibilidad de aplicar la apropiación indebida a los bienes fungibles, en especial al dinero. Con el caso Argentia Trust el Tribunal Supremo inicia una línea jurisprudencial conforme a la cual junto al que denominan «clásico» tipo de apropiación indebida, aparece un tipo de gestión desleal cuyo

núcleo viene constituido por la infracción de deberes de fidelidad por parte de los administradores que han recibido un patrimonio con la finalidad de administrarlo. Las sentencias del Alto Tribunal que han utilizado este precedente en la fundamentación de su decisión son tan numerosas que únicamente se pueden referir algunas de las más relevantes⁽¹⁾.

II. LA VALORACIÓN DEL CASO POR PARTE DEL TS

1. El núcleo de la innovación introducida por la sentencia de 26 de febrero de 1998 del Tribunal Supremo se resume en lo siguiente:

«Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status"».

2. Específicamente se relata en dicha sentencia el tipo de conducta que lleva a cabo el administrador que comete el mencionado tipo delictivo, realizando una serie de importantes consideraciones respecto de la finalidad perseguida por el delito de administración desleal y especificando claramente la modalidad de administración desleal que tiene en mente el juzgador. Así, señala la sentencia que la conducta llevada a cabo por el administrador:

«Es uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina "tipo de infidelidad". La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes

(1) STS de 29 de julio de 2002 (ponente, Martín Pallín): caso Banesto; y STS de 2 de febrero de 2004 (ponente, Saavedra Ruiz): caso KIO.

que incumben al segundo. El acusado, como Presidente del Consejo de Administración de Banesto, en quien habían sido delegadas las más amplias funciones de administración, tenía el deber de ser el más celoso gestor de los intereses del Banco, pese a lo cual incumplió, de la forma más clamorosa, dicho deber realizando un acto de disposición —para el que sin duda estaba facultado siempre que con el mismo no quebrantase sus deberes de lealtad y probidad— mediante una orden de transferencia, no justificada por contraprestación alguna en beneficio de “Banesto”, en favor de una entidad que, por sus peculiares características, permite asegurar fue meramente vehículo para orientar el dinero en dirección desconocida. Nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado “tipo de infidelidad”, subsumible en el art. 252 del CP vigente como delito de apropiación indebida».

3. En resumidas cuentas, pues, para esta importante sentencia, tan citada en los años venideros⁽²⁾, el núcleo de «la gestión fraudulenta» consiste en «la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en “saber lo que se hace y querer lo que se sabe”».

III. RELEVANCIA DEL CASO EN LA DISCUSIÓN DOCTRINAL

III.1. Posturas a favor de la solución del caso «Argentia Trust»

1. La tendencia jurisprudencial que acaba de apuntarse —es decir: considerar incluido en el art. 252 CP un delito de administración desleal— ha recibido cierto apoyo doctrinal que debe tenerse en cuenta. La nota básica común a todas las posiciones doctrinales que comparten el criterio juris-

(2) Sobre esta sentencia y la evolución posterior de la administración desleal en España *vid.*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el art. 252 CP?», en *Id.*, (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona, 2008, págs. 151 ss.; *Id.*, «Crisis financiera y retribución de directivos: ¿terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?» *Indret* 2/2009 (disponible en: www.indret.com), págs. 1-40.

prudencial es la estricta distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio⁽³⁾ para, a continuación, afirmar que la apropiación indebida es un delito contra la propiedad mientras que, por el contrario, la administración desleal (como la estafa) es un delito contra el patrimonio. A partir de ahí se desarrolla una interpretación del art. 252 CP conforme a la cual el mencionado precepto contiene determinados elementos —fundamentalmente el verbo «distracer» y el sustantivo «dinero»— que impiden sostener que el mismo tutela exclusivamente la propiedad y que abogan por una protección, adicional, del patrimonio.

2. En efecto, según este sector doctrinal, el hilo argumental básico consiste en señalar que la «distracción de dinero» —empleando las palabras contenidas en el tipo del art. 252 CP— *no constituye*, en sentido estricto, una lesión de la propiedad de las cosas muebles, sino un delito contra el patrimonio⁽⁴⁾. El fundamento de esta posición apela a la ultrafungibilidad del dinero de tal manera que el comportamiento inicial de entrega del dinero, implica asimismo la transferencia de la propiedad sobre el mismo. En palabras de su mayor valedor, Enrique BACIGALUPO, «el dinero es una cosa fungible cuya entrega —en principio— comporta la transmisión de la pro-

(3) En este sentido resulta fundamental la temprana obra en España de ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio*, 1988, págs. 21 ss. fundamentalmente.

(4) Vid., SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*, Madrid, 1997, págs. 71 ss., 124 ss.; PÉREZ DEL VALLE, «El tipo subjetivo en la administración desleal», en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), CGP, *CDJ, La administración desleal*, 1999, pág. 52; BACIGALUPO ZAPATER, «La administración desleal en el nuevo Código Penal», *ibidem*, pág. 200. Extrayendo importantes consecuencias de esta distinción señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: Consecuencias de la distinción jurisprudencial», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Dogmática y ley penal, LH-Bacigalupo*, Madrid, Barcelona, 2004, pág. 1215 que «el delito de administración desleal es un delito contra el patrimonio —a diferencia del de apropiación indebida, que lo es contra la propiedad—, de tal modo que aunque el mismo se consuma para el autor principal cuando él quebranta su especial deber positivo de fomento del patrimonio ajeno, lo cierto es que ni dicho delito —ni dicho momento consumativo— se encuentra terminado cuando el autor distrae, sino cuando los fondos, finalmente, desaparecen [...]. Y es que —como sostiene la doctrina unánimemente en Alemania—, en el delito de administración desleal, como delito contra el patrimonio que es [...], el inicio y el fin de la consumación no tienen por qué producirse en un mismo instante —como en la apropiación indebida— sino que es posible distinguir entre un momento inicial y otro final o terminación de la consumación, siendo posible la participación entre ese momento inicial y el final —durante todo ese periodo—».

piedad, quedando el que recibe el dinero obligado a devolver una cantidad equivalente»⁽⁵⁾. En consecuencia, la no devolución o entrega a un tercero de dinero no puede lesionar la propiedad puesto que ésta, jurídicamente, ya pertenece al autor. Conviene retener esta característica de fundamentación de esta posición en la ultrafungibilidad del dinero de cara a las críticas que más adelante se verterán, puesto que posteriormente se ha pretendido, por este sector doctrinal, aplicar la misma teoría a bienes (activos patrimoniales) en los que *no* concurre dicha naturaleza fungible.

3. Una vez determinado que el art. 252 CP tutela, además de la propiedad, el patrimonio, y puesto que la apropiación indebida sólo protege la propiedad, la conclusión que se deriva es que junto al delito de apropiación indebida se contiene un delito de administración desleal que tutela el patrimonio⁽⁶⁾. De los dos tipos de administración desleal existentes —tipo de abuso y tipo de infidelidad— la doctrina, al igual que hizo la jurisprudencia, afirmó en un principio que el art. 252 CP contiene el tipo de infidelidad. En palabras, de nuevo, de BACIGALUPO: «estructuralmente [...] el tipo de la distracción de dinero responde al llamado «tipo de la infidelidad», es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal»⁽⁷⁾.

(5) BACIGALUPO, en *CDJ, Administración desleal*, pág. 199. O dicho con las elocuentes palabras de SÁNCHEZ-VERA, en *LH-Bacigalupo*, pág. 1209: «del irrefutable carácter fungible del dinero se inferiría que el delito de apropiación indebida contenido en el art. 252 del CP no cubre el supuesto del administrador que gestiona de forma desleal el patrimonio ajeno».

(6) Esta teoría puede denominarse, en palabras de uno de sus valedores (SÁNCHEZ-VERA, en *LH-Bacigalupo*, págs. 1207 ss., 1221) como tesis monista de la apropiación indebida frente a una pretendida «tesis dualista». De acuerdo con el planteamiento de considerar incluido en el art. 252 CP un delito genérico de administración desleal, si bien no referido exclusivamente al dinero se muestra MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Granada, 2005, págs. 293 ss., autora que, sin embargo, no sigue la estricta separación entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio que se apuntaba anteriormente, sino que considera que «la diferencia, repito, entre ambos tipos reside en la forma de ataque al bien jurídico «patrimonio»: en el caso de la apropiación indebida la lesión del bien jurídico se produce mediante la apropiación de la cosa, es decir, mediante la realización de un acto dominical ilícito, y en el caso de la administración fraudulenta mediante el abuso de las facultades dominicales que lícitamente tiene otorgadas el sujeto activo». *Vid.*, asimismo ALONSO PÉREZ, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: aspectos penales y criminológicos, legislación, comentarios, jurisprudencia*, Madrid, 2003, pág. 277.

(7) BACIGALUPO, en *CDJ, Administración desleal*, pág. 201. Como se adverbará más adelante, no sólo la jurisprudencia, sino el propio BACIGALUPO ha rectificado esta posición y ha

4. El *quid* de la cuestión para este sector de la doctrina reside, por tanto, en que la entrega del dinero implica la transmisión de la propiedad. Éste es el pilar sobre el que erigen toda su construcción y sobre el que defienden su posición frente a las críticas de la doctrina mayoritaria. En efecto, como escribe SILVA CASTAÑO, «nuestro punto de vista consiste en entender que el dinero entregado como bien fungible configura un comportamiento delictivo diferente al delito de apropiación indebida»⁽⁸⁾, de tal manera que este segundo comportamiento viene «caracterizado por el quebrantamiento de la confianza depositada en un sujeto, al que se le entrega una «cantidad» de dinero para que lo administre, o le dé un fin determinado, y que realiza una conducta desleal de tales características que le produce al sujeto pasivo un perjuicio patrimonial»⁽⁹⁾.

5. De igual manera dichos autores se apoyan, en parte, en la crítica a la que quedan sujetos aquellas posiciones —la mayoría— que consideran que el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida en las entregas de dinero es un derecho de crédito⁽¹⁰⁾. Más aún, señalan que semejante interpretación modifica el concepto, contenido y bien jurídico tutelado en el delito de apropiación indebida —además de constituir una «extensión del tipo penal»—⁽¹¹⁾. El motivo fundamental de esta crítica es que constituye una suerte de resurrección de la prisión por deudas inadmisibles en un Estado de Derecho; consecuencia que, si bien ha tratado de soslayarse añadiendo criterios fundamentales, como los planteados por BAJO FERNÁNDEZ⁽¹²⁾, en última instancia siguen sin aportar la claridad y seguridad que merecen este tipo de supuestos.

considerado que el tipo de administración desleal del art. 252 CP es el tipo de abuso y no el tipo de infidelidad.

(8) SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida*, pág. 71.

(9) *Ibidem*, pág. 72.

(10) *Ibidem*, pág. 72.

(11) *Ibidem*, pág. 72: «No se puede extender indebidamente la significación de un comportamiento delictivo [...]. Los motivos de política criminal que fueron apuntados no justifican la extensión del tipo penal».

(12) Como es sabido, en su importante aportación a esta discusión a finales de los años ochenta, BAJO FERNÁNDEZ consideró que la punición de las conductas lesivas del derecho de crédito en la forma prescrita por la apropiación indebida viene dada por la forma en la que se lesiona dicho derecho: la deslealtad y la irregularidad del comportamiento causante de la insolvencia. Es precisamente la concurrencia conjunta de ambos criterios la que determina que no se esté en presencia de una verdadera prisión por deudas (BAJO

6. Por último, se apela igualmente a un argumento de política criminal que puede subdividirse en varias consideraciones. En *primer lugar*, se apela a cierto grupo de casos que no permiten una incardinación en el ámbito societario, ya que se trata de conductas entre particulares, y pese a la laxitud del concepto de sociedad del art. 297 CP, no permiten un anclaje en la misma⁽¹³⁾. En *segundo lugar*, se considera que, en general, utilizar el art. 295 CP para las conductas de administración desleal societaria implica privilegiar estas conductas en un contexto especialmente sensible, lo cual resulta difícilmente justificable.

III.2. Posturas en contra de la solución del caso «Argentia Trust»

1. La principal crítica que se vierte contra la interpretación jurisprudencialmente consolidada y, en parte, dogmáticamente refrendada, es la *interpretación extensiva* que representa, a partir de los verbos «disponer» y «dinero», construir todo un tipo de administración desleal del patrimonio ajeno que no figura explicitado en modo alguno. De forma contundente apunta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que dicha interpretación «es contraria a todas las reglas de interpretación de las normas penales y carece de justificación político-criminal»⁽¹⁴⁾.

2. Por otro lado, se apunta que, en puridad, el término «apropiarse», al menos en la interpretación que se venía efectuando de manera pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, no significa convertirse en dueño, sino actuar ilícitamente sobre la cosa como dueño, con una suerte de incor-

FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial II*, Madrid, 1987, págs. 277 ss.: «el peligroso acercamiento a la prisión por deudas, tan repudiada por el moderno jurista liberal, puede ser compensado con la observación de que una situación de insolvencia fortuitamente obtenida excluye, o podría excluir, no sólo los delitos de insolvencia propiamente dichos, sino también el de apropiación indebida de dinero»).

(13) SÁNCHEZ-VERA, *LH-Bacigalupo*, págs. 1219 ss.

(14) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001, pág. 103; FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003, pág. 105; ya NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, pág. 220, haciendo referencia a la necesidad de recalcar la vigencia del principio de interpretación restrictiva en nuestro ordenamiento; RODRÍGUEZ MONTANÉS, «Administración societaria fraudulenta y Derecho penal (comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000), "Caso Banesto"», *RDPC* 9 (2002), págs. 258 ss.

poración «ideal» del patrimonio ajeno al propio⁽¹⁵⁾. En este sentido, se ha sostenido que la actual corriente jurisprudencial no contaba, entonces, con apoyo de precedente jurisprudencial alguno⁽¹⁶⁾.

3. De igual manera, se critica duramente que la interpretación del Tribunal Supremo, al incluir en el 252 CP todos los supuestos de administración desleal —considerados como tales por la doctrina tradicional: esto es, usos ilícitos no dominicales— está *vaciando de facto el contenido del art. 295 CP*, lo cual parece no sólo constituir una suerte de interpretación *contra reo*, sino contradecir la *voluntas legislatoris* expresada claramente en el texto legal⁽¹⁷⁾. Ello, sobre todo, en virtud de la aplicación de la regla del concurso aparente de normas contenida en el art. 8.4 CP, que conlleva la condena por el artículo que tiene prevista mayor pena⁽¹⁸⁾.

4. Asimismo, se apela a la *falta de necesidad político-criminal* de efectuar una interpretación de esta naturaleza, cuando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido incluyendo en el delito de apropiación indebida numerosos supuestos de administración desleal. En este sentido, se ha señalado que «la apropiación indebida (...) ha desempeñado históricamente la función político-criminal de intentar abarcar la delincuencia societaria

(15) Entre otros muchos MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, *Administración*, pág. 104; GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001, pág. 140; FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, págs. 123 ss.

(16) FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, págs. 114 ss.

(17) *Vid.*, por ejemplo, las consideraciones críticas de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC* 9 (2002), pág. 258 s., o de RÍOS CORBACHO, «Aspectos controvertidos del delito de administración fraudulenta del patrimonio social (art. 295 CP)», *RDPP* 16 (2006), págs. 150 ss. con ulteriores referencias.

(18) *Vid.*, las SSTs de 26 de febrero de 1998 y 2 de noviembre de 2006 entre otras muchas. *Vid.*, por todos las críticas de GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso*, págs. 142 ss. *Vid.*, de manera reciente, sobre las diversas relaciones concursales entre ambos preceptos LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «Concurso entre apropiación indebida y administración desleal», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, págs. 181 ss.; MAYO CALDERÓN, *La tutela*, págs. 282 ss. con múltiples referencias. En cualquier caso, para quienes sostengan que los supuestos de administración desleal (art. 295 CP) ya están cubiertos por la apropiación indebida (art. 252 CP), resulta un tanto difícil de sostener la aplicación de esta última sin recurrir a la aplicación de la mentada regla concursal. Cuestión diferente se plantea para quienes sostienen una separación absoluta de las acciones típicas de ambos delitos, donde parecería lógico la aplicación del concurso ideal, pero por motivos diversos a los sostenidos por BACIGALUPO, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid, 2007, pág. 202.

para tratar de cubrir las lagunas de punibilidad que iban surgiendo ante la ausencia de tipos penales específicos»⁽¹⁹⁾.

5. En esta misma línea, se sitúan ciertas críticas que *cuestionan la estricta separación* entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio en el que se fundamenta tanto la doctrina jurisprudencial apuntada como su minoritario apoyo científico. En este sentido, se apunta que al estar incluida la propiedad dentro del patrimonio, toda lesión de la propiedad implica, automáticamente, una lesión del patrimonio⁽²⁰⁾. Esta crítica se podría, quizás, completar indicando que ello resulta cierto, al menos, respecto de determinados conceptos de patrimonio.

6. Asimismo, se ha considerado que la interpretación jurisprudencial constituye una importante *inversión de la carga probatoria*, ya que, en definitiva, se exige al administrador que justifique que la aplicación de los fondos sociales ha sido precisamente en beneficio de la sociedad. O expresado de otra manera: se establece una suerte de presunción *iuris tantum* de que el destino conferido a los fondos sociales no ha sido en el interés social, de tal manera que se traslada al administrador la carga probatoria de demostrar lo contrario⁽²¹⁾.

III.3. Toma de postura

1. La primera crítica en la que se puede abundar respecto del planteamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que se apoya en una *interpretación extensiva* del precepto. En este sentido, la referida in-

(19) MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, pág. 106, nota 192, añadiendo a continuación que «sin embargo, desde el momento en que estos últimos tipos se han incorporado al CP (como es el caso de la administración desleal) aquella función histórica ha decaído». Precisamente por ello, como se explicará más adelante, aquí se considera que la interpretación que se ha venido haciendo de la apropiación indebida tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en gran medida heredera de la antigua jurisprudencia que trataba de solventar lagunas de política criminal, resulta incorrecta en la actualidad. La apropiación indebida debe ceñirse a lo que le es propio y no tratar de incluir elementos característicos de la administración desleal.

(20) *Vid.*, por todos CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Madrid, 1998, págs. 189 ss.

(21) *Vid.*, FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, págs. 108 ss. No obstante, dicha discusión parece haber quedado zanjada desde el Auto del Tribunal Constitucional 146/1998, de 25 de junio 1998, al permitir dicha valoración probatoria por parte del Tribunal Supremo.

interpretación parece apoyarse fundamentalmente en una selección salteada de determinados verbos y sustantivos que se encuentran incluidos en el precepto, lo cual no se compagina en exceso con la seguridad jurídica⁽²²⁾. Así, de la mano de los términos «distraer», «dinero» y «administración» se ha introducido un nuevo tipo penal que, además de comportar importantes problemas que se enunciarán a continuación, ha servido para derogar tácitamente el art. 295 CP, lo cual da una idea de la insostenibilidad de la extensión de la interpretación.

2. La segunda crítica, a raíz de lo anterior, es que, precisamente, el tipo penal que se ha introducido desde la jurisprudencia es un *tipo extremadamente criticado* en Alemania. En efecto, el denominado «tipo de infidelidad» ha sido tachado como «uno de los capítulos más oscuros de la Parte Especial»⁽²³⁾. El reciente movimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en el sentido de pretender limitar el alcance de su interpretación apuntando que se trata del tipo de abuso y no del tipo de infidelidad —pese a que, incomprensiblemente, se indica de manera expresa que esta última jurisprudencia es coherente con la anterior— sólo da cuenta de lo inadecuado y extensivo que era lo anterior; y sigue sin resolver los graves

(22) Cfr. no obstante, MAYO CALDERÓN, *La tutela*, pág. 298 haciendo referencia a que, en puridad, se están escogiendo términos que se encuentran en el propio tenor literal del precepto. Sin embargo, ello no convence puesto que, en última instancia, toda interpretación extensiva comienza por la selección de determinados vocablos del tenor literal y la propia autora lleva a cabo el mismo proceder que el Tribunal Supremo al escoger salteadamente «[...] distrajeren [...] en [...] administración».

(23) LK-SCHÖNEMANN, 11.ª ed., § 266, núm. marg. 1. *Vid.*, de manera contundente LESCH, «§ 266 StGB - Tatbestand ist schlechthin unbestimmt», *DRiZ* 2004, pág. 135 ss. En general los calificativos que la doctrina para este tipo, resultan sumamente esclarecedores de la amplitud interpretativa que genera: comenzando por las conocidas palabras de HELMUT MAYER en el sentido, de que «en tanto que no concurra uno de los antiguos casos clásicos de administración desleal, ningún Tribunal ni ninguna Acusación sabe si concurre o no el § 266» (MAYER, *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 1, 1954, pág. 337, abogando, precisamente, por introducir una apropiación indebida de dinero para dotar de contornos más estables a este tipo de conductas); «se confunde el Derecho con la moral» [MATT, «Missverständnisse zur Untreue - Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-) Recht und Moral», *NJW* 2005, pág. 389; también SALIGER, «Wider die Ausweitung des Untreue-tatbestandes», *ZStW* 112 (2000), pág. 600], o, en fin, resumiendo, «siempre cabe el § 266 StGB» [RANSIEK, «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», *ZStW* 116 (2004), pág. 634].

problemas de inseguridad jurídica que genera la creación jurisprudencial de un tipo que no aparece explicitado en el artículo del Código Penal.

3. La tercera crítica consiste en señalar que, si acaso, *la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sería aplicable sólo respecto del dinero*; pero nunca respecto de los valores y activos patrimoniales⁽²⁴⁾. En este sentido, si la tesis se basa en la ultrafungibilidad del dinero, en el momento en el que no concorra dicha ultrafungibilidad desaparecerá el presupuesto fundamental de la justificación de dicha interpretación. Por tanto, en puridad, la tesis del Tribunal Supremo sólo es aplicable a los supuestos, sumamente escasos, de entrega de una cantidad de dinero. Lo que no resulta admisible es que se pretenda, de la mano de la creación de un tipo penal justificado en la ultrafungibilidad del dinero, ampliar su aplicación a bienes fungibles y no fungibles.

4. La cuarta crítica vendría dada por el hecho de que, al menos en el caso de los órganos societarios, *no es cierto que se reciba dinero en administración con la obligación de entrega o devolución*⁽²⁵⁾. En efecto, lo que generalmente se recibe con el nombramiento de miembro del Consejo de Administración o administrador de la sociedad son facultades de disposición genéricas —y *no expresas y concretas*— sobre el patrimonio ajeno; no se recibe dinero que debe entregarse o devolverse. Esta última interpretación sería incompatible con la regulación de la relación orgánica⁽²⁶⁾ societaria y, pese a que, ciertamente, el Derecho penal goza de cierta autonomía interpretativa, no puede contradecir abiertamente. Finalmente,

(24) Decididamente en contra MAYO CALDERÓN, *La tutela*, págs. 293 ss. quien considera que el delito genérico del art. 252 CP no se refiere únicamente a la administración desleal del dinero ajeno, considerando que cuando se trata de dinero, «todavía es más claro que en relación con otros elementos patrimoniales».

(25) *Vid.*, en este sentido ya, FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, págs. 104 ss.: «cuando de la administración de sociedades se trata, la aludida transferencia de la propiedad al administrador realmente no se produce, ya que la propia naturaleza del contrato de administración de sociedades lo impide».

(26) Ciertamente es que resulta discutida el tipo de relación que existe entre los miembros del consejo de administración y la sociedad, pero parece poder afirmarse que siempre concurre algún elemento orgánico (*vid.*, las referencias contenidas en POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», en URÍA MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, 1992, págs. 48 ss.). Ello resulta aún más evidente en el caso de la legislación alemana donde la relación con los miembros del Consejo de Vigilancia se califica exclusivamente como orgánica por mor del § 113.1 AktG (HUBER, *AktG*, § 113.1, núm. marg. 1 ss.).

si ello resulta válido para los administradores de derecho, aún más para los administradores de hecho⁽²⁷⁾, puesto que éstos no reciben dinero con la obligación de entrega o devolución, sino que gozan de un conjunto de facultades fácticas de disposición genéricas.

5. En idéntico sentido, se puede criticar de la línea jurisprudencial que su *interpretación resulta incompatible con otros artículos del Código Penal* que regulan supuestos de apropiación indebida y de administración desleal. Nos estamos refiriendo aquí a la regulación de la malversación en los arts. 432, 433 y 434 CP⁽²⁸⁾. En este sentido, y por expresar la crítica en pocas palabras, si se vacía de contenido el art. 295 CP, se vacían igualmente los arts. 433 y 434 CP, puesto que en ese caso se están recogiendo, con mayor o menor fortuna en su tenor literal, supuestos de administración desleal. Y la relación entre la malversación y la administración desleal del art. 252 CP es la misma que entre la administración desleal societaria y la administración desleal del art. 252 CP. En el primer caso la característica viene dada por la condición de funcionario; en el segundo por la condición de administrador societario. Ello se vuelve especialmente insostenible en supuestos en los que se produce la administración desleal societaria de una sociedad de carácter público. Igualmente, la interpretación del Tribunal Supremo provoca *tensiones de difícil resolución en el seno del propio art. 252 CP* debido a la heterogeneidad propia de los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la propiedad. Como ya se ha sentado en algunas sentencias, entre la administración desleal y la apropiación indebida existe una relación de heterogeneidad —como existe también, en el clásico ejemplo, entre estafa y apropiación indebida—. Por ello, se estaría vulnerando flagrantemente el principio acusatorio si se hubiera efectuado una acusación por el delito de apropiación indebida del art. 252 CP, sin especificar más, y se condenara por el tipo de administración desleal del mismo artículo.

(27) Por ello, como se refirió con anterioridad, el Tribunal Supremo en el caso BBVA, hacía referencia a los administradores de derecho, y no a los de hecho. Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, la reciente monografía de RÍOS CORBACHO, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Cádiz, 2005, págs. 153 ss. y *passim*; FERNÁNDEZ BAUTISTA, «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en CORCOY BIDASOLO (dir.)/ LARA GONZÁLEZ (COORD.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, págs. 118 ss.

(28) Sobre el particular, extensamente, MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona, 1999, págs. 202 ss., 238 ss., 246 ss.

6. Finalmente, a la hora de resolver uno de los principales problemas que se han planteado entre el art. 295 CP y el art. 252 CP, a saber, *las relaciones concursales* entre ambos, la solución mayoritaria en la jurisprudencia, consistente en recurrir al art. 8.4 CP, se muestra difícilmente sostenible. En este sentido, la reforma operada por la Ley 15/2003, disminuyendo la pena del art. 249 CP, tiene como consecuencia que cuando se trate de administraciones desleales menores, aproximadamente, a 40.000 euros —esto es: el mínimo jurisprudencial actual para que sea de aplicación el subtipo agravado del art. 250.6 CP— se aplicará el art. 295 CP y cuando sean mayores se aplicará el art. 252 CP. Dicha diferenciación no parece soportar justificación alguna.