

Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa (*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

I

«Según el principio dominante en el Derecho penal de la propia responsabilidad de cada persona, *en principio* está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero» (1). Este postulado defendido por la doctrina dominante, según el cual no entra en juego una omisión impropia cuando quien no actúa se limita a no impedir el hecho punible cometido por un autor plenamente responsable, conoce, sin embargo, y ya que sólo se establece para el caso normal [«en principio» (2), «normalmente» (3), «regularmente» (4)], algunas excepciones sobre cuya extensión y contenido se expresan a veces distintas opiniones.

(*) Versión española de mi artículo «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», publicado en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York 2001, pp.650-663

(1) SK-RUDOLPHI, § 13 n. m. 32, octubre de 1992 (cursiva añadida)

(2) Cfr. la cita acabada de reproducir de RUDOLPHI y también SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 6 «La primera y evidente consecuencia del principio de la propia responsabilidad de los demás consiste en que el ámbito de cada uno se limita, *en principio*, a su propia actuación y que sólo *bajo especiales circunstancias* alcanza también al de otra persona» (cursivas añadidas, v. también p. 24). V. también HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 116.

(3) «... porque *normalmente*, y de acuerdo con el principio de autonomía, nadie es responsable por la actuación responsable de otras personas» (SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 194, cursiva añadida).

(4) «Por lo demás rige que *regularmente* los adultos son ellos mismos responsables por su hacer y por su omitir» (NK-SEELMANN, 1995, § 13 n. m. 127, cursiva añadida). ROGALL, *ZStW 98* (1986), p. 616, habla «del principio de la responsabilidad

En aplicación del postulado que se acaba de exponer existe en principio unanimidad en que los que detentan la patria potestad —o los profesores por las infracciones cometidas durante la jornada escolar— tienen deber de garante por los hechos punibles cometidos por menores —ya que éstos no son penalmente imputables— (5), y, naturalmente, está fuera de discusión que existe un delito de omisión impropia por la no evitación del hecho punible de un tercero cuando la ley (tal como sucede, por ejemplo, en el § 357 StGB y en los §§ 30 y 31 WStG) (6)

individual dominante en nuestro Derecho penal, que *sólo en casos especiales* permite hacer responder a una persona por las faltas de otra» (cursiva añadida).

(5) Cfr. sólo BÖHM, *JuS* 1961, p. 181; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 324/325, 333; SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), p. 385; SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 155/156; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantepflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, 1985, pp. 102, 105; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, pp. 541/542 («Sobre la base de la ausencia de propia responsabilidad de los hijos menores postulada por nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad espera de los padres la evitación del comportamiento delictivo»); BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantepflichten*, 1986, pp. 153 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 29/35; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 247 ss. («Por la ausencia de responsabilidad de estas personas [sc. de los menores] existe una necesidad vital de colocar a su lado a una persona responsable que garantice en cierta medida la desactivación de la peligrosidad resultante de la falta de responsabilidad, de una persona que en una determinada medida compense el déficit de responsabilidad», p. 248); VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 102; NK-SEELMANN, (n. 4), § 13 n. m. 128; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 25 ed., 1997, § 13 n. m. 52; KÜHL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1997, § 18 n. m. 116.

Diferenciadamente, sin embargo y con razón: BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1987, p. 140 («Los jóvenes en el umbral de la mayoría de edad difícilmente pueden ser gobernados»), y SAGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantepflicht von Amtsträgern*, 1989, p. 408 («Este [sc. el precepto del § 1626, apartado primero, inciso, primero, BGB] establece, con ello una “imagen rectora legal”, de acuerdo con la cual la intensidad del cuidado de los padres se debilita continuamente desde el nacimiento del menor hasta la entrada en su mayoría de edad, lo que concede al menor, en una medida correspondiente y creciente, márgenes de maniobra para un desarrollo no reglamentado»).

(6) Sobre estos preceptos, cfr. sólo SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 63/64, y SAGENSTEDT (n. 5), pp. 474 ss., con ulteriores indicaciones.

Los preceptos alemanes citados tienen el siguiente texto:

§ 357 StGB: «1. La autoridad que induzca a sus subordinados a cometer un hecho delictivo durante el ejercicio de sus funciones o que lo provoque o que *permita que suceda* el hecho antijurídico de sus subordinados, será castigada con la pena amenazada para ese hecho antijurídico. 2. La misma disposición se aplicará al servidor público al que se le ha transferido la vigilancia o el control sobre los asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último servidor público pertenezca a los asuntos sometidos a la vigilancia o al control.»

así lo ha previsto expresamente (7). También se admite que un cónyuge no puede ser hecho responsable en comisión por omisión por los delitos cometidos por el otro cónyuge (8), y, asimismo –si bien no unánimemente– (9), que –independientemente de las divergencias de opinión que surgen ocasionalmente para solucionar los casos concretos (10)– el titular de la vivienda sólo puede ser hecho responsable –como autor o partícipe en comisión por omisión– por las lesiones de bienes jurídicos cometidas por otras personas dentro de su vivienda

§ 30.1 y 2. WStG: «Quien maltrate físicamente a un subordinado o le cause daños en su salud será castigado con la pena de tres meses hasta cinco años de privación de libertad. La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con infracción de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho contra otro soldado.»

§ 31.2. WStG: «La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con infracción de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho [tratar indignamente a un subordinado] contra otro soldado.»

(7) En el Derecho penal español véanse también, y por ejemplo, los arts. del CP 176 («*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes* [que tipifican torturas cometidas activamente por funcionarios] a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, *permitiere [sic]* que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos»), y 432 («La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere *[sic]* o *consintiere [sic]* que un tercero, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga *[sic]* a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá *[sic]* en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años»).

(8) Cfr. sólo GEILEN, *FamRZ*, 1961, p. 148; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 231; GÖHLER, *FS für Dreher*, 1977, p. 620; RANFT, *JZ*, 1987, p. 911; JAKOBS (n. 5), 29/37 y 63; SK-RUDOLPHI (n. 1), § 13 nn. mm. 20 y 52; SEEBODE, *FS für Spendel*, 1992, p. 340; LK-JESCHECK, 11 ed., 1993, § 13 n. m. 43 («El deber de la comunidad de vida matrimonial [§ 1353 BGB] al que apela la jurisprudencia sólo abarca la protección y la ayuda a favor del otro cónyuge, pero no la salvaguardia contra éste de bienes jurídicos ajenos»); BAUMANN/MITSCH, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1995, § 15 n. m. 55; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., 1996, § 9 nn. mm. 56 y 57; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 53; KÖHLER (n. 5), p. 217; KÜHL (n. 5), § 18 n. m. 79; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 28 ed., 1998, n. m. 724; FREUND, *Strafrecht AT*, 1998, § 6 n. m. 79.

(9) Cfr., por ejemplo, LANDSCHEIDT (n. 5), p. 101; KÖHLER (n. 5), p. 221 («Así, por ejemplo, el derecho sobre habitaciones [el derecho de casa] no puede fundamentar una obligación especial de impedir allí los hechos injustos cometidos por otros o de evitar sus ulteriores consecuencias; hay que atenerse a los deberes generales de socorro y de denuncia de delitos [recogidos en el Derecho positivo en los §§ 323 c y 138]»); FREUND (n. 8), § 6 n. m. 76 («El mero abuso de una vivienda por un tercero para la comisión de un hecho punible no permite fundamentar una responsabilidad especial del titular de la vivienda. Esto rige –en contra de una extendida opinión– incluso para el caso especial de que no se pueda concebir a la vivienda como un lugar discrecionalmente intercambiable de la comisión del hecho punible, sino que, en virtud de su peculiaridad, favorezca de alguna manera el hecho punible»)

(10) Cfr., por ejemplo, NAUCKE, *JR* 1977, p. 292.

«cuando la vivienda misma, por su estructura o situación de lugar, ha sido aprovechada para el hecho punible» (11), mientras que todavía no se ha alcanzado un resultado definitivo sobre el problema de si el funcionario de policía ha de ser considerado como garante por los hechos punibles que no ha evitado (12).

II

a) Después de esta fragmentaria y meramente descriptiva introducción sobre en qué casos la ciencia del Derecho penal, según el estado actual de la discusión, imputa a otro, como omisión impropia, el delito no impedido cometido por un autor plenamente responsable, me voy a ocupar en lo que sigue de la cuestión de si existen casos en el Derecho penal de empresa en los que el superior puede ser hecho responsable, en comisión por omisión, por la no evitación de los hechos punibles de sus empleados.

b) Sobre esta cuestión se encuentran en la dogmática alemana dos concepciones discrepantes. Según una teoría desarrollada sobre todo por *Schünemann*, y a la que se han adherido, entre otros, *Landscheidt*, *Brammsen*, *Rogall* (13), *Jakobs* (14), *Seelmann* (15) y *Stree*, el titular del establecimiento responde por la no evitación de los hechos punibles cometidos por sus empleados cuando el comportamiento del autor inmediato puede ser calificado de «delito de grupo» («Verbandsdelikt») (16) o de «hecho vinculado al establecimiento» («betriebsbezogene Tat») (17) —es decir: cuando el «autor ha actuado

(11) LK-JESCHECK (n. 8) § 13 n. m. 44, con ulteriores indicaciones. Cfr. también, en el mismo sentido, BLEI, *Strafrecht AT*, 18 ed., 1983, p. 329; SCHÜNEMANN, *ZStW* 96 (1984), p. 310; RUDOLPHI, *NSiZ*, 1984, p. 154; S. K. RUDOLPHI (n. 1), § 13 n. m. 133; WESSELS/BEULKE (n. 8), n. m. 720; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 154; KÜHL (n. 5), § 18 n. m. 115. Otra fundamentación («elemento de confianza») con otros resultados en OTTO (n. 8), § 9 n. m. 89.

(12) Sobre el estado de las opiniones cfr. GIMBERNAT, *ZStW* 111 (1999), p. 313 nn. 35 y 36 (= RDPC 4 [1999], p. 532, nn. 37 y 38), y, reciente y detalladamente, PAWLIK, *ZStW* 111 (1999), pp. 335 ss.

(13) Cfr. *ZStW* 98 (1986), pp. 617 ss.

(14) Cfr. (n. 5), 29/36.

(15) V. (n. 4), § 13 n. m. 131: «Igualmente hay que valorar la situación en la que el dueño del negocio ("Geschäftsherr") puede dominar la situación sobre la base de un acopio de información... En estos casos el dueño del negocio se encuentra en una posición de garante»; véase también n. m. 132. Cfr. también SCHALL, SCHÜNEMANN (ed.), *Unternehmenskriminalität*, tomo III, 1996, pp. 110 ss.

(16) Cfr. SCHÜNEMANN (n. 5), pp. 105/106; el mismo, *wistra* 1982, p. 45; LK-SCHÜNEMANN, 11 ed., 1993, § 14 nn. mm. 14 y 65.

(17) Véanse GÖHLER, *FS für Dreher*, 1977, p. 621; LANDSCHEIDT (n. 5), p. 115; BRAMMSEN (n. 5), p. 276; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 618; SCHALL (n. 15), p. 110.

en interés de la empresa (18)»—, de donde se hace seguir, entre otras consecuencias, que, por ejemplo, el dueño del negocio está obligado como garante a evitar los «negocios ilegales» que «el empleado realiza en el interés supuesto o real del titular de la empresa» (19): «El propietario del casino debe intervenir contra las manipulaciones de su personal durante el juego, de la misma manera que lo deben hacer el propietario de la discoteca o del bar contra el tratamiento discriminatorio o, incluso, violento de su portero contra, por ejemplo, clientes de color» (20), y exactamente como el «hotelero» estaría obligado «a impedir que el camarero sustrajera el billetero de la ropa depositada por el huésped» (21).

Schünemann fundamenta la tesis por él establecida sobre los «delitos de grupo» (22), de que en ellos el dueño del negocio está

Cfr. también SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 52: «Este [sc. un deber de evitación del titular del establecimiento] puede... sólo apoyarse cuando el miembro del establecimiento abusa de su posición en el establecimiento y de éste mismo para cometer un hecho punible (hecho punible vinculado al establecimiento). En los hechos punibles cometidos por personal del establecimiento con ocasión de una actividad del establecimiento el titular de éste no puede ser hecho responsable por la no intervención».

(18) SCHÜNEMANN (n. 5), p. 106; el mismo, *wistra* 1982, p. 45 (cursivas en el texto original). Véanse también el mismo, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, pp. 439/440; SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), pp. 387, 392/393.

(19) LANDSCHEIDT (n. 5), p. 114.

(20) LANDSCHEIDT, *op. cit.*, p. 116. En el mismo sentido véase también RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 36

(21) LANDSCHEIDT, *op. cit.*, pp. 116/117. Véase también BRAMMSEN (n. 5), p. 277: «¿No se espera acaso del titular de una pequeña fábrica de armas que impida que sus empleados comprueben la funcionalidad y precisión de una pistola recién desarrollada y disparen contra el jefe del almacén, el cartero o los clientes, lesionándolos así mortalmente?... Sin embargo, hay que tener en cuenta que en muchos casos de la llamada “pequeña criminalidad”, como, por ejemplo, injurias, hurtos o estafas de poca entidad, la víctima está perfectamente en situación de defenderse de manera efectiva, por lo que, por ello, no se espera una evitación del resultado. Sólo cuando se trata de la lesión de bienes jurídicos elementales, como la integridad física, la vida o la libertad de manifestación y de decisión de voluntad, se espera generalizadamente una intervención —a cuyo cumplimiento se orienta la sociedad— del dueño del negocio».

(22) En cambio, en los «hechos cometidos con extralimitación» («Exzeßtat») el director de la empresa no respondería. Cfr. SCHÜNEMANN (n. 3), p. 105: «La distinción, establecida ya dentro del marco del análisis criminológico, entre delitos de grupo y hechos cometidos con extralimitación, posee, en consecuencia, una significación clave para la responsabilidad como garante, ya que el hecho de grupo es expresión del dominio del grupo y, por ello, su no evitación constituye una omisión equivalente a la acción, mientras que en el hecho cometido con extralimitación no existe una intermediación a través de la organización del grupo, sino que se ejecuta

obligado, como garante, por la no evitación de los hechos punibles de sus empleados, de la siguiente manera: «Junto a la posición de garante sobre la base del dominio sobre las cosas y sobre actividades vinculadas a cosas peligrosas figura la *responsabilidad como garante del superior por las acciones de sus subordinados* que resulta –independientemente de la responsabilidad del propio subordinado– del dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa» (23). Este «dominio» descansaría tanto «en el *poder de dar órdenes* proporcionado por el derecho de dirección del patrono» como también «en el preponderante *acopio de información* del superior», por lo que, «en principio», habría que partir de que «cuando el autor por comisión actúa en interés de la empresa... habría podido ser reconducido a un comportamiento conforme a la norma mediante una dirección, control y coordinación apropiados [sc. por parte del dueño del negocio]» (24), de tal manera que, en los resultados, incluso se podría hablar de una «inimputabilidad parcial» del trabajador (25).

c) Contra la tesis de que en los <delitos de grupo> al director de un establecimiento mercantil le correspondería un deber de evitación,

por el autor sólo con ocasión de su inserción en el grupo, de tal manera que aquí, aunque existiera una posibilidad de evitación, ello no sería una emanación del dominio actual en la empresa, por lo que, en consecuencia, tampoco puede fundamentar una equivalencia con la comisión».

(23) *Wistra* 1982, p. 45 (cursivas en el texto original).

(24) SCHÜNEMANN, *op. cit.*, *loc. cit.* (cursivas en el texto original). Cfr. también el mismo (n. 3), pp. 101/102, 104; el mismo, *ZStW* 96 (1984), p. 318; LK-SCHÜNEMANN (n. 16), § 14 n. m. 65.

(25) Véase SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 89 («Para evitar malentendidos hay que indicar, dentro de esta conexión, que por “inimputabilidad parcial” no entiendo una limitación natural [biológico-psicológica] de la capacidad humana de gobernabilidad, sino el poder de mando, anclado jurídicamente y fácticamente existente, de una persona sobre otra persona»), 102 («Por “inimputabilidad parcial” hay que entender únicamente el deber de obediencia que existe en un determinado sector, como no puede ser negado que concurre en el trabajador»), 108. Véase también, en el mismo sentido, LANDSCHEIDT (n. 5), p. 114 («responsabilidad parcial» «inimputabilidad parcial»). En contra BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 61/62: «El topos de la “inimputabilidad parcial” de las personas sometidas al poder de mando en el establecimiento enmascara que, de acuerdo con las reglas jurídicamente fundamentadoras de la pena en la responsabilidad propia juridicopenal, la vinculación de los sometidos a órdenes en una jerarquía empresarial ni suprime en su totalidad la responsabilidad del subordinado ni tampoco, y ni siquiera, la disminuye en parte. La expresión acuñada de la “inimputabilidad parcial” puede desempeñar, ciertamente, un papel criminológico, pero empleada juridicopenalmente no tiene en el Derecho vigente valor alguno de cobertura; carece de relevancia suficiente para fundamentar una autoría mediata por omisión».

objeta *Rudolphi* (26) que «ni la facultad directiva del dueño del negocio en referencia a la ejecución de los trabajos encomendados, ni su posiblemente superior acopio de información, pueden suprimir la responsabilidad propia del subordinado. De acuerdo con ello, sólo se podría afirmar una responsabilidad como garante del dueño del negocio por acciones de sus subordinados cuando fuera posible deducir de nuestro ordenamiento jurídico que éste imponía también al dueño del negocio la responsabilidad por los hechos antijurídicos de los empleados. Pero no es éste el caso. Por el contrario: contra una posición general de garante del dueño del negocio habla la falta de un precepto que se corresponda con el § 357... Por consiguiente, hay que rechazar una responsabilidad general del dueño del negocio» (27).

III

Sobre la base de la teoría del incremento del riesgo de nuestro homenajeado —«el científico del Derecho penal más importante y más famoso de la segunda mitad del siglo XX», como tuve ocasión de

(26) SK-RUDOLPHI (n. 1), § 13 n. m. 35 a.

(27) En el mismo sentido LK-JESCHECK (n. 8), § 13 n. m. 45: «Por el contrario, no existe una disposición general para el sector de la economía privada que se corresponda con el § 357, para funcionarios, y con el § 41 WStG, para superiores militares, y, por consiguiente, tampoco puede ser reconocida por la vía de introducir un delito impropio de omisión. Hay que rechazar una posición general de garante del titular del establecimiento por los hechos punibles cometidos en el establecimiento por los empleados»; BOTTKE (n. 25), pp. 51/52. «El —de acuerdo con la organización interna de la empresa— subordinado ni está siempre exonerado, según las reglas juridicopenales fundamentadoras de la pena, ni tiene siempre conocimientos menos relevantes del peligro que el superior, ni tampoco las empresas o establecimientos, cuyos hechos punibles vinculados al establecimiento pueden ser co-explicados mediante una actitud criminógena del grupo, se convierten por esa actitud del grupo en aparatos de poder aciviles, como lo pueden ser el régimen de Hitler o el de Pol Pot. En consecuencia, no es posible hacer responder siempre, como autor mediano en comisión por omisión, a quien no impide los hechos punibles vinculados al establecimiento de sus empleados, quienes, según las reglas generales, actúan con responsabilidad propia, por mucho que lo hagan “bajo la influencia que ejerce el poder de grupo sobre el autor (inmediato)”, no es posible castigarles, pues, en analogía a la autoría mediata en virtud de la utilización de un aparato organizado de poder... Por el contrario: solamente se puede imponer la pena de un autor mediano en comisión por omisión a un —conforme a la organización interna de la empresa— superior que, en contra del deber de aseguramiento, no impide el hecho punible vinculado al establecimiento de un subordinado, cuando el superior condiciona el hecho mediante el ejercicio actual de un dominio conformador, que ha asumido organizativamente, y que es relevante superior al ejercicio de poder de quien actúa de manera inmediata»; SCHUMANN (n. 2), p. 76; HEINE (n. 2), pp. 116 ss. Confuso KÖHLER (n. 5), pp. 222-224.

expresar con motivo de una solemne ceremonia (**)- he intentado fundamentar, recientemente (28), la tesis de que sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro *preexistente* prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien –para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado– lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho.

a) De lo que se trata ahora es de aplicar estos principios desarrollados en mi artículo de la ZStW (= RDPC 4 [1999]) que acabo de mencionar –y al que aquí me remito in toto– a la comisión por omisión por la no evitación de hechos punibles en el Derecho penal de empresa, para lo cual quiero empezar con un supuesto de hecho extraído de la jurisprudencia del TS español que contiene una combinación de Derecho penal de empresa y Derecho penal médico.

En la sentencia del TS de 4 de septiembre de 1991, A. 6021, se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia *permanente* del foco de peligro: «paciente que se somete a una operación», como también al cirujano jefe director de la operación, como al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte, y todo ello porque el anestesista, infringiendo su deber, abandonó el quirófano donde se operaba al paciente fallecido para vigilar otra intervención que estaba teniendo lugar en otra sala del mismo hospital, porque el cirujano jefe que dirigía la operación toleró esa ausencia contraria a la *lex artis*, y porque el director del establecimiento hospitalario era consciente de que su centro no disponía de suficientes anestesistas para observar todas las operaciones quirúrgicas que se desarrollaban simultáneamente en los distintos quirófanos del hospital.

En una intervención quirúrgica, y también en la gestión empresarial de un hospital, estamos ante actividades estructuradas jerárquicamente que sólo pueden ser ejecutadas adecuadamente si se organizan conforme al principio de la división del trabajo (29). Si la operación tiene lugar en circunstancias normales y si el anestesista *presente en la operación* comete un error médico dentro de su exclusivo campo

(**) V. *Adenda* al final del presente artículo.

(28) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW* 111 (1999), pp. 316 ss. y *passim* (= RDPC 4 [1999], pp. 536 ss. y *passim*).

(29) Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 30, 34; el mismo, *wistra* 1982, p. 42; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 576; SILVA, *CDJ*, 1997, pp. 14 ss.

de competencia, entonces no es defendible ni una responsabilidad del cirujano jefe ni tampoco del director del hospital, pues tanto aquél como éste tienen que ejercer, por su parte, sus respectivas y propias competencias médicas y empresariales, que descuidarían si se entrometieran en las tareas asignadas al anestesista. Pero como en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 4 de septiembre de 1991 de lo que se trata es de una imprudencia manifiesta del anestesista —el abandono del quirófano— directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, y como, asimismo, tampoco se le podía haber escapado al director del hospital que no era posible cumplir con la presencia permanente —y exigida por la *lex artis*— de los anestesiistas en las distintas operaciones que se llevaban a cabo en el hospital, porque, a la vista del número de intervenciones, no se contaba con los suficientes especialistas para ello, de ahí que tanto el operador como el titular del establecimiento hospitalario deban ser considerados garantes secundarios (30), a los que hay que imputar la muerte del paciente en comisión por omisión.

El omitente a quien hay que reconducir *inmediatamente* la muerte del paciente es, ciertamente, el anestesista, quien, al no adoptar las medidas de precaución a las que venía obligado, permitió que el

(30) Cfr. SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 95 («... la persona más cercana a la cosa ["der Sachnächste"] que ejerce el dominio inmediato sobre la cosa posee también la responsabilidad primaria de garante»), 98 («El contenido normal de los deberes secundarios de garante son la coordinación y el control, sin que con ello queden agotadas ya todas sus reservas. Porque si, en el ejercicio de su deber de control, se pone de manifiesto que los encargados de la ejecución no observan sus deberes de garante de la manera exigida, entonces la posición de garante resultante del supradominio desencadena la obligación de subsanar esa deficiencia, esto es: de dar las informaciones u órdenes necesarias, y, en caso de necesidad, incluso de destituir al garante primario que está actuando deficientemente. Pues como, mediante la transferencia de partes de sus facultades de dominio, el titular de la co-custodia y en lo que se refiere a la ejecución inmediata, está haciendo cumplir ésta, en cierta manera, mediante sustitutos, si reconoce la insuficiencia de esa sustitución debe ocuparse del remedio correspondiente en observancia de sus facultades de dirección»). La misma idea de SCHÜNEMANN (cfr. también el mismo, *wistra* 1982, p. 44) en relación con los deberes de los garantes primarios y secundarios —si bien, a veces, con otra terminología— es defendida por RUDOLPHI, *FS für Lackner*, 1987, p. 874 («garante subsidiario»); SCHMIDT-SALZER, *NJW*, 1990, p. 2968 («deber secundario de garante»); MEIER, *NJW*, 1992, p. 3195 n. 17; VOGEL, *GA*, 1993, p. 263; LK-JESCHECK (n. 8), § 13 n. m. 28 («garante originario»); LASCURAIN, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, pp. 221/222; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, 1995, pp. 144 ss.; PEÑARANDA, *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. I-1994, 1995, p. 931 («deber originario», «deberes secundarios»); SCHALL (n. 15), pp. 113 ss.; SILVA (n. 29), pp. 15 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico*, Parte General, 1998, p. 208.

riesgo permitido fuera sobrepasado efectivamente: como no estaba presente en el quirófano no pudo observar ni, por consiguiente, tampoco remediar las complicaciones que surgieron en el paciente y que, finalmente, desembocaron en su muerte. La responsabilidad del cirujano jefe y del director del establecimiento hospitalario no resulta *directamente* de que tengan que impedir, *en sí*, el delito impropio de omisión imprudente del anestesista miembro del establecimiento, ni tampoco de que aquí estemos ante un «delito vinculado al establecimiento», ni tampoco, finalmente, de que el omitente inmediato haya permanecido inactivo «en interés de la empresa» o de que fuera «parcialmente inimputable». Las omisiones impropias imputables a ambos superiores encuentran su explicación, más bien, en que, como «garantes secundarios», estaban obligados –y, ahora sí, *directamente*– a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión –en este caso: un paciente que se estaba sometiendo a una operación–, de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era reconducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso –por ejemplo: el anestesista habría abandonado el quirófano con la intención de matar al paciente–. Con otras palabras: Como la responsabilidad *directa* de los dos superiores se extendía a vigilar la no desestabilización del foco de peligro (31), responden *indirectamente* en comisión por omisión también por la no evitación de cualquier hecho punible imprudente o doloso de terceros siempre que –y sólo entonces– este hecho punible haya tenido *precisamente* el efecto de alterar el equilibrio conforme a Derecho del foco.

b) En el caso «Alcalá 20» (TS de 17 de junio de 1995, A. 6827) estamos ante la responsabilidad de seis titulares de un establecimiento por la no evitación de un posible hecho punible doloso cometido por un tercero. En el incendio de esta discoteca madrileña, el 17 de diciembre de 1983, en el que perecieron más de 80 personas y resultaron lesionados numerosos clientes, se produjeron esos resultados catastróficos porque los titulares de la empresa, condenados por homicidios, lesiones y daños imprudentes, infringieron masivamente los preceptos administrativos en relación con las medidas de prevención de incendios que debían ser instaladas en el local. Ciertamente que los

(31) «Pues es perfectamente posible y legítimo colocar a *varios garantes* para la protección de un bien jurídico especialmente amenazado o para la vigilancia de fuentes de peligro especialmente intensivas» (RUDOLPHI [n. 30], p. 869, cursivas añadidas).

acusados adujeron en su defensa que no pudo ser excluido, ni por el tribunal de instancia ni por el TS, que el suceso hubiera podido tener su origen en un incendio *doloso* cometido por un desconocido, de modo que la sentencia –en opinión de los acusados– habría tenido que partir, *in dubio pro reo*, de que el local había sido incendiado *intencionadamente* por un cliente no identificado, con la consecuencia de que la no excluible responsabilidad dolosa de un tercero desconocido debería haber llevado a una especie de prohibición de regreso en relación a los autores que sólo habían actuado imprudentemente. Pero este argumento exculpatario fue rechazado por los dos tribunales. Y con razón, como se deduce tanto de la justicia material como del fin de protección de la norma.

Si se hubiera partido, con los acusados, de que, en el caso de un incendio provocado intencionadamente, sólo hubiera podido ser hecho responsable el autor que actuaba dolosamente, pero no los titulares de la empresa que se comportaron imprudentemente, entonces, *e injustamente, nadie habría respondido* –dado que el posible autor doloso nunca pudo ser identificado– *de las muertes, lesiones y daños producidos* a pesar de que éstos *también* tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente por parte de los directores de la empresa de las medidas prescritas de prevención de incendios.

Y por lo que se refiere al fin de protección de la norma, hay que indicar que las normas extrapenales que prescriben qué instalaciones de prevención de incendios deben existir en locales públicos en los que se congregan importantes concentraciones de personas persiguen impedir, en lo posible, un incendio –en la discoteca «Alcalá 20», por ejemplo, no se habían ignifugado ni las cortinas ni los restantes revestimientos textiles– y –para el caso de que, a pesar de ello, se declare un incendio– combatir eficazmente las llamas –en «Alcalá 20» no se habían instalado en la medida exigida ni extintores ni bocas de riego– y facilitar una rápida evacuación de los clientes –las salidas de emergencia, en contra de lo prescrito por el Derecho de policía, eran demasiado escasas y demasiado estrechas–; que, por consiguiente, todas estas normas extrapenales persiguen mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y para las cosas en el caso de que se declare un incendio, y que *tan incendio* es el que surge de un cortocircuito como el que tiene su origen en una mano asesina que prende fuego con una cerilla a una cortina no ignifugada (32).

(32) Sobre el «caso [alemán] del incendio de la vivienda», estrechamente relacionado dogmático-juridicopenalmente con el «caso [español] Alcalá 20», cfr. las distintas opiniones en: SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 718; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*

Con otras palabras: La hipótesis del TS de que no cabía excluir que la discoteca hubiera sido incendiada por un tercero no puede hacer desaparecer la responsabilidad imprudente de los directores de la empresa, pues las instalaciones de prevención de incendios previstas en el Derecho de policía –y como ya se ha expuesto– están ahí precisamente para reducir en lo posible los efectos negativos para personas y para cosas de *cualquier* incendio que se declare, independientemente de cuál es el motivo material o humano que ha originado las primeras llamas (33).

c) En la sentencia del TS de 23 de marzo de 1992, A. 6783 (caso de la colza), el supuesto de hecho era el siguiente: Los acusados (importadores y distribuidores del producto) habían introducido en España cantidades ingentes de aceite de colza, destinado exclusivamente a usos industriales, y que, por ello, y de acuerdo con las correspondientes disposiciones administrativas, había sido desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina. No obstante, el aceite se introdujo en el mercado de comestibles, siendo obviamente infructuosos los esfuerzos de los empresarios de eliminar la anilina del aceite, ya que entre los consumidores se declaró una enfermedad hasta entonces desconocida (y denominada «síndrome tóxico») que, como consecuencia de una lesión de los vasos sanguíneos de los afectados, produjo –en la que ha sido probablemente la mayor tragedia humana de la reciente historia española– una enfermedad crónica y muy grave de más de 15.000 personas, de las cuales fallecieron 330.

Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 383 n. 570; FREUND (n. 5), pp. 231/232; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5.ª ed., 1996, § 54 IV 1; ROXIN, *Strafrecht AT I*, 3.ª ed., 1997, § 24/31; FEIJÓO, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 89.

(33) Al mismo resultado –y con la misma fundamentación–, e independientemente de mí (cfr. GIMBERNAT, *Ensayos penales*, 1999, pp. 360-362), llega FEIJÓO (n. 32), pp. 98 ss.

Por lo demás, y prescindiendo de las ya existentes y deficientes instalaciones de prevención de incendios, naturalmente que los garantes primarios, y, en su caso, los secundarios, seguían obligados a vigilar y a impedir que el peligro de incendio, que se encontraba ya por encima del riesgo permitido, pudiera hacerse aún más crítico, y realizarse, en consecuencia, en lesiones de bienes jurídicos, ya como consecuencia de un accidente, ya del hecho doloso o imprudente de un tercero. Con otras palabras: Si, como en el «caso Alcalá 20», el foco de peligro ha sobrepasado ya el riesgo permitido, entonces concurre ya, completo, el *desvalor de acción* del delito imprudente, pero el dueño del negocio tiene todavía la oportunidad –evitando, por ejemplo, un accidente o el hecho punible de un tercero– de impedir lesiones de bienes jurídicos (*el desvalor de resultado*) y de eludir, con ello, su responsabilidad por homicidios y lesiones imprudentes (o, en su caso y excepcionalmente, dolosos).

Entre los numerosos problemas de los que tuvo que ocuparse el TS en la mencionada sentencia, uno de ellos era el de si Fernando B., que había sido absuelto por el tribunal de instancia y de quien «*no se había probado una participación activa... en los envíos de aceite*», podía ser hecho responsable, como uno de los dos titulares de una de las empresas (RAPSA) que había distribuido en España el aceite desnaturalizado, por la no evitación *imprudente* de los homicidios y de las lesiones que le habían sido imputados dolosoeventualmente al otro titular de la empresa, Juan Miguel B., a quien la sentencia califica de «auténtico director y gestor de todas las operaciones comerciales». El TS, revocando en este punto la sentencia de la Audiencia Nacional, se limitó a condenar a Fernando B. por un delito imprudente contra la salud pública en comisión por omisión, sin llegar a hacerle responsable —como, en mi opinión, hubiera sido lo correcto— por las muertes y las lesiones producidas. Y es que aquí tenemos que ocuparnos, de nuevo, de un caso en el que el delito no evitado de otro —y cometido esta vez con dolo eventual— *consistió precisamente en incidir de tal manera sobre un foco de peligro* (alimentos) que, con la comercialización del producto, el riesgo permitido fue ampliamente sobrepasado. Ciertamente que Fernando B. desempeñaba en la empresa RAPSA un papel considerablemente más subordinado que el de Juan Miguel B., pero tampoco tan insignificante —era el «jefe inmediato de los almacenes y de la factoría»— como para no estar obligado —tal como estableció, correctamente, el TS— a vigilar el foco de peligro. Si, por consiguiente, Fernando B. tenía que vigilar que los productos que la empresa vendía a los consumidores llegaran a éstos en buen estado, entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito del aceite adulterado, pues el aceite está *igual de adulterado* cuando estas deficiencias son reconducibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo: a un hecho punible dolosoeventual), por lo que también aquí es perfectamente compatible —sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso— condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por la no evitación de la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro «aceite», cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores. (34).

(34) En el mismo sentido que aquí, sobre cómo debe ser enjuiciada la conducta de FERNANDO B., Peñaranda (n. 30), pp. 927 ss., sin bien, partiendo de la doc-

IV

De todo lo expuesto hasta ahora, y de forma generalizada, se deduce, en relación con la responsabilidad en comisión por omisión en el Derecho penal de empresa, lo siguiente.

a) El dueño del negocio sólo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir, en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos.

b) De ahí se sigue que ni los garantes primarios, ni, en su caso, los secundarios, responden por la no evitación de cualquier clase de delitos cometidos por terceros: las cuestiones decisivas no residen en si el delito no impedido es un hecho de grupo o uno cometido con extralimitación, si el responsable inmediato es una persona perteneciente o ajena al establecimiento (35), ni tampoco en si el autor ha actuado u omitido en interés o en perjuicio de la empresa. Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es *si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* –e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa– *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos*. Por consiguiente, también ha de rechazarse –*porque no se trata de hechos relacionados con el foco de peligro*– que el dueño que permanece inactivo del negocio tenga que responder por un delito impropio de omisión por la no evitación de eventuales hechos cometidos en el establecimiento tales como hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones por parte del crupier del casino o por acciones violentas del portero de una discoteca, y ha de rechazarse porque, por una parte, estos hechos punibles no tienen nada que ver con los *auténticos* focos de peligro de cuyo control está encargado el director de la empresa (por ejemplo: edificios en construcción, fabricación o suministro de alimentos, medicinas o automóviles), y porque, por otra parte –y

trina dominante (p. 928), hace depender la responsabilidad de Fernando B. por las muertes y lesiones producidas de la demostración de que la acción omitida hubiera impedido con seguridad el resultado: que este –por lo demás indemostrable– criterio de la cuasicausalidad de la omisión no desempeña papel alguno para afirmar la existencia de una omisión impropia he tratado de fundamentarlo en otras publicaciones (cfr. sólo GIMBERNAT, *ADPCP*, 1999, pp. 66 ss).

(35) Así, sin embargo, y entre otros, LANDSCHEIDT (n. 5), p. 111: «De ahí que sólo entre en consideración una posición de garante de vigilancia en relación con el personal propio». Cfr. también, en el mismo sentido, SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), pp. 390/391; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 54.

como expone *Schünemann* con todo acierto—, «al menos sería difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje denominar a un trabajador una “fuente de peligro” que tiene que ser vigilada por el superior» (36).

Si, como sucedió en el caso «Alcalá 20», el foco de peligro «local público» estaba ya desestabilizado por la no observancia de los preceptos de prevención de incendios previstos por el Derecho de policía, a consecuencia de un comportamiento imprudente *anterior* de los directores del establecimiento, entonces éstos no pueden acogerse a una prohibición de regreso si el posible hecho doloso de un tercero —e independientemente de si fuera o no evitable para los garantes— ha incidido sobre el foco de tal manera que ha sido el que, en última instancia, ha desencadenado el incendio; pues las instalaciones de prevención de incendios ajustadas al Derecho de policía e inobservadas, sin embargo, por los titulares del establecimiento están ahí precisamente para contener, en lo posible, las lesiones de bienes jurídicos que pueden producirse potencialmente en un incendio, siendo indiferente qué origen concreto, material o personal (es decir: un ulterior comportamiento fortuito, imprudente o doloso de un tercero) tuvieron las llamas que hicieron arder el local.

c) Si se está encargado del control del riesgo de un foco de peligro preexistente, entonces el deber del garante consiste en vigilarlo *no sólo al principio*, sino durante todo el tiempo que esté bajo su supervisión. Por ejemplo: El cirujano que interviene en una operación de, en principio, relativamente bajo riesgo tiene que proteger el foco de peligro «paciente» contra cualquier complicación inesperada, de tal manera que también se encuentra obligado —variando ligeramente el supuesto de hecho, ya estudiado, de la sentencia del TS de 4 de sep-

(36) *Wistra 1982*, p. 43; véase también FEUÓO (n. 32), p. 89. Por ello tampoco puedo adherirme a la doctrina dominante (cfr., por ejemplo, SCHUBARTH, *SchwZStr 92 [1976]*, p. 393 y *passim*; LANDSCHEIDT [n. 5], p. 114; BRAMMSEN [n. 5], pp. 275/276; JAKOBS [n. 5], 29/36; SK-RUDOLPHI [n. 1], § 13 n. m. 35 a; RANSIEK [n.20], p. 36) cuando opina que en el «caso Bührle» el inactivo dueño del negocio responde del contrabando de armas de sus empleados. En una fábrica de armas, lo mismo que en una de cigarrillos, las *auténticas* amenazas provenientes de focos de peligro residen *sólo* en que, como consecuencia de un motivo reconducible a una causa material o personal (típicamente antijurídica) evitable, puedan explotar las armas o quemarse los barriles de tabaco a causa, por ejemplo, de un almacenamiento deficiente. Pero si los empleados del establecimiento, ilícitamente, suministran armas a terceros países o hacen contrabando de cigarrillos, una responsabilidad del respectivo dueño del negocio sería incompatible tanto con consideraciones de equivalencia de la omisión con la acción, como con el uso del lenguaje, que impide que se pueda considerar “fuente de peligro” a los subordinados plenamente responsables.

tiembre de 1991 (*supra* III a)– a evitar el comportamiento imprudente que está a punto de cometer una enfermera durante la operación: si, en contra de su obligación, no lo hace, falleciendo el paciente en la mesa de operaciones, entonces el médico responderá de un homicidio imprudente en comisión por omisión, pues existe certeza de que la causa de la muerte reside en el foco de peligro (en este caso: en el paciente mismo) (37), y también de que si el cirujano hubiera adoptado las correspondientes medidas de precaución para la evitación de un hecho punible imprudente de su subordinada el foco se habría seguido manteniendo dentro del riesgo permitido.

Análogamente: Aunque los titulares del establecimiento «Alcalá 20» –y a diferencia de lo que sucedió en el supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia del TS– hubieran mantenido el foco de peligro, en un principio, dentro del riesgo permitido, habrían sido responsables, como autores de una omisión impropia, si no hubieran impedido, pudiendo hacerlo, el incendio imprudente o doloso cometido por un tercero, pues –como ya se ha expuesto– estamos ante una comisión por omisión no sólo cuando el obligado a ello, al no adoptar las correspondientes medidas de precaución, permite la desestabilización del foco de peligro, sino también cuando prescinde de dar los pasos necesarios para controlar el foco de peligro a su cargo cuando éste va a ser desestabilizado por el hecho punible de otra persona.

ADENDA

Estas palabras las pronuncié en mi discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Munich, celebrada el 28 de julio de 1999 en la «Grosse Aula» de dicha Universidad.

I

En su libro «Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo», 1.^a ed., Valencia 2000, p. 94 (los párrafos de esta obra que se reproducen en la presente Adenda figuran también en su 2.^a ed., Valencia 2002), *Muñoz Conde* escribe: «Quizás este respeto y reconocimiento [hacia Mezger], y no las hueras y falsas palabras que suelen emplearse en actos de este tipo (sobre todo cuando son inmerecidos), es lo que motivó que la Universidad de Tubinga le concediera en 1958

(37) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW 111* (1999), pp. 331-332 (= RDPC 4 [1999], pp. 550-551).

[a Mezger] el título de Doctor honoris causa» (cursivas añadidas). Como, independientemente del juicio negativo que *Muñoz Conde* formula sobre la actitud política que *Mezger* habría adoptado durante el régimen nacionalsocialista, aquél no oculta su admiración hacia éste como dogmático del Derecho penal (cfr. op. cit., pp. 78, 79, 94), y como el único «acto de este tipo» –precisamente una investidura como Doctor honoris causa, precisamente de un penalista y precisamente por una Universidad alemana– del que tengo noticia que haya tenido lugar recientemente, y en fechas anteriores a la publicación de ese libro (cuyo «Prólogo» está fechado en agosto-octubre de 2000), es el que se celebró en Munich en julio de 1999, tengo que entender que es a ese acto [«inmerecido»] y es a mi persona a los que se está refiriendo *Muñoz Conde*.

Salvando todas las abismales y evidentes distancias que me separan de Albert *Camus*, pero parafraseando a éste –«Prefiero la compañía de las gentes de teatro, virtuosas o no, a las de mis hermanos los intelectuales. No sólo porque, como es sabido, los intelectuales, rara vez amables, nunca llegan a quererse entre sí, sino también porque siempre he tenido la impresión de que debía pedir perdón por algo»–, yo también prefiero evitar la compañía de mis hermanos, los penalistas, porque cuando me encuentro con muchos de ellos igualmente se apodera de mí la sensación de que tengo que irles presentando mis excusas. Al parecer, ahora me toca pedirle perdón a *Muñoz Conde* porque la Universidad de Munich me invistiera en su día como Doctor honoris causa, ya que, con ello, se me habría otorgado un título «inmerecido».

II

1. En el mismo libro (p. 96) *Muñoz Conde* critica a quienes «se han convertido en penalistas a sueldo de narcotraficantes y delincuentes de “cuello blanco”», porque, de esa manera, «pusieron sus ideas, ... por dinero, al servicio del mejor postor». Nadie puede negarle a *Muñoz Conde* el derecho a descalificarse a sí mismo.

2. Y es que, en efecto, *Muñoz Conde* va por el mundo emitiendo informes a favor de «delincuentes de cuello blanco» en los que sostiene que las pruebas *fundamentales*, y, casi siempre, *únicas*, que existen contra el antiguo asesor del ex presidente de Perú Fujimori, Vladimiro Montesinos –actualmente en prisión en ese país latinoamericano acusado de los «delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, tráfico de armas, corrupción de funcionarios, espionaje telefónico, homicidio, tráfico de niños y violación de derechos humanos, entre

otros» (*El País*, 9 de mayo de 2002, p. 43)–, a saber: las cintas de audio y vídeo contenidas en veinte maletas encontradas en el domicilio de Montesinos, cintas en las que éste grabó, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, las conversaciones que acreditan su autoría en los crímenes que se le imputan, no podrían ser utilizadas, siempre según *Muñoz Conde*, como prueba de cargo contra Montesinos:

En primer lugar, porque las cintas que se encontraban en esas veinte maletas se habrían obtenido «allanando el domicilio de un particular [de Montesinos] sin su consentimiento» (p. 16 del dictamen emitido por *Muñoz Conde* en Sevilla el 16 de mayo de 2001), cuando «en aquel momento no había ninguna acusación contra él [contra Montesinos]» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 17), por lo que todo ello –y porque «por encima de cualquier legítima aspiración a establecer la verdad y hacer caer que todo el peso de la ley caiga contra presuntos delincuentes, están las normas del Estado de Derecho» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 17)– «privaría de validez el carácter probatorio de tales vídeos», en cuanto que estaríamos ante «lo que se llama una causa sobrevenida de nulidad por vulneración de un derecho fundamental (así el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español); en este caso, el derecho a la inviolabilidad del domicilio universalmente reconocido, tanto a nivel internacional como nacional» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 18).

Y, en segundo lugar, y también según *Muñoz Conde*, la invalidez procesal de las cintas derivaría de que, al haberse grabado sin el consentimiento de los interlocutores de Montesinos, «*difícilmente puede tener valor probatorio el documento obtenido a través de la comisión de un delito*, tanto más cuanto ese delito afecta a un bien jurídico tan fundamental, y reconocido hoy en día internacionalmente, como es el derecho a la privacidad de las conversaciones, al secreto, etc.» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 9, cursivas añadidas).

III

1. Independientemente de que las cintas grabadas por Montesinos –y que le incriminan en los gravísimos delitos cometidos– fueron incautadas con el respaldo de un mandato judicial emitido por el Juez 41 del Juzgado Penal de Lima, por lo que no se comprende qué inconveniente puede ver *Muñoz Conde*, desde esta perspectiva formal, en que todos esos medios de prueba puedan ser utilizados contra el acusado, *Muñoz Conde*, para sostener que las grabaciones que Montesinos realizó de sus interlocutores constituirían un delito, y que, por ello, carecerían de valor probatorio, se apoya en la jurisprudencia

española (v. *Muñoz Conde*, dictamen cit., pp. 13-15), jurisprudencia que, sin embargo, establece *exactamente todo lo contrario* de lo que *Muñoz Conde* le hace decir.

2. Desde 1984 la jurisprudencia constitucional española viene manteniendo *ininterrumpidamente* que la grabación que una persona hace subrepticamente de quien se está dirigiendo a ella, *constituye una prueba obtenida lícitamente*, porque, frente al interlocutor que registró el sonido y/o la imagen, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno, ya que *una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para quienes la están manteniendo entre sí*: «Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste», porque «quien graba una conversación *de otros* atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; *por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado*» (sentencia del TC 114/1984, de 29 de noviembre). La doctrina establecida en esta resolución ha sido reafirmada, *sin excepción alguna*, en todas las ulteriores sentencias en las que el TC se ha pronunciado sobre esta cuestión: así, en las sentencias del TC 127/1996, de 9 de julio; 70/2002, de 3 de abril, y, últimamente, en la 56/2003, de 24 de marzo («Por otra parte, en la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, ya señalábamos que “no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, *ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje*”»).

Sobre la base de esta doctrina del TC, la Sala 2.^a del TS, y *en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o videográfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él*, no teniendo inconveniente alguno para admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por delitos de cohecho (así, en las sentencias del TS de 11 de mayo de 1994, A. 3687; 30 de mayo de 1995, A. 4506, y 20 de mayo de 1997, A. 4263), de tráfico de drogas (así, en las sentencias del TS de 27 de noviembre de 1997, A. 8236; 25 de enero de 1999, A. 947, y 9 de noviembre de 2001, A. 9695), de contra la libertad en el trabajo (así, en la sentencia de 2 de mayo de 1998, A. 2343), de apropiación indebida (así, en la sentencia del TS de 18 de octubre de 1998, A. 8088), de falsedad e intrusismo (así, en la sentencia del TS de 29 de septiembre de 1999, A. 8087), de robo con homicidio del antiguo art. 501.1º CP 1973 (así, en la sentencia del TS de 6 de julio de 2000,

A. 5672), y de proposición para el asesinato (así, en la sentencia del TS de 27 de febrero de 2002, A. 3021).

3. a) Esta *unánime* doctrina de la Sala 2.^a arranca en su argumentación, en primer lugar, de la jurisprudencia establecida por el TC que, por supuesto, asume íntegramente, y, en parte, profundiza y desarrolla.

Así, en las sentencias del TS de 27 de noviembre de 1997, A. 8236 («Resulta tan clara la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, dictada precisamente en tema semejante, donde se distingue entre el supuesto del que graba una conversación de otros, que atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, mientras que el que graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al citado precepto fundamental. La cinta fue grabada por el padre del coimputado en su conversación con la acusada. Su validez está fuera de toda duda y no vulnera derecho alguno de la acusada y menos aún el aducido en el motivo, que lo que veda y proscribire es la utilización de medios de prueba contrarios a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, lo que no es el caso»), 2 de marzo de 1998, A. 2343 («En tal sentido tiene declarado el Tribunal Constitucional que las grabaciones hechas por uno de los interlocutores de la conversación habida con otro, por ese solo hecho no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones [v. STC 114/1984, de 29 de noviembre]»), 18 de octubre de 1998, A. 8088 («Según doctrina del Tribunal Constitucional [S. 114/1984] ... si la grabación de las conversaciones telefónicas sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el número 3º del artículo 18 de la CE, la grabación de una conversación telefónica mantenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del derecho fundamental»), 25 de enero de 1999, A. 947 (« ... ya que –tal como recuerda el Ministerio Público y afirma la sentencia de 27 de noviembre de 1997, con referencia a la 114/1984 del Tribunal Constitucional– hemos de diferenciar el supuesto en el que se graba una conversación de otros, que atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 CE, de aquel en el que se graba una conversación que se mantiene personalmente con otro, pues tal conducta no es contraria al precepto fundamental citado, dado que dicha norma se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la comunicación misma»), y, finalmente, de 6 de julio de 2000, A. 5672 (« ... debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, señala que “no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones, la conducta del

interlocutor en la conversación que graba ésta” ... En consecuencia, no cabe apreciar, en principio, que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de la valoración de la prueba así obtenida»).

b) Y, en segundo lugar, dicha unánime doctrina de la Sala 2.^a –y una vez zanjada la cuestión de que un interlocutor, cuando graba a quien se le está dirigiendo, no comete ilícito alguno (ni penal ni de ninguna otra clase)–, la hace derivar también el TS de las elementales consideraciones constitucional, procesal y politicocriminal de que «la Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECrim, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos» (así, literalmente, y entre otras, las sentencias del TS de 11 de mayo de 1994, A. 3687; 17 de junio de 1999, A. 5653, y 27 de febrero de 2002, A. 3021).

IV

A la vista de todo ello, la opinión de *Muñoz Conde* de que «la grabación de una conversación por uno de los interlocutores es en sí misma un hecho delictivo», sin que «pueda ser utilizada la grabación misma como prueba lícita en un proceso penal» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 9), carece de toda base constitucional, legal y jurisprudencial. Que *Muñoz Conde* establezca esta falsa tesis apelando precisamente a la jurisprudencia española, que se ha hartado de establecer todo lo contrario, únicamente puede tener dos explicaciones: o bien *Muñoz Conde* ignora lo que no sólo saben todos los juristas de nuestro país, sino cualquier español que posea una mediana cultura general, ya que algunos supuestos en los que los tribunales españoles han admitido como prueba válida las grabaciones registradas por uno de los interlocutores han sido objeto de amplísima información en los medios de comunicación nacionales, como el caso «Ayuntamiento de Calvià», donde la condena por cohecho de los militantes de un partido político, que habían tratado de comprar a un concejal para que apoyara una moción de censura contra el alcalde de ese municipio, se fundamentó en la grabación magnetofónica que había hecho el edil a

quien se pretendía corromper de las propuestas de los sobornadores (de este supuesto de hecho es del que se ocupa la ya citada sentencia del TS de 11 de mayo de 1994, A. 3687); o bien *Muñoz Conde* trata de confundir deliberadamente a los tribunales de ese país latinoamericano –que, naturalmente, ni saben, ni tienen por qué saber cuál es la doctrina jurisprudencial española–, haciéndoles creer falsamente que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles han dicho justamente lo opuesto de lo que sí que han dicho, lo que tendría como consecuencia que se impediría así, la condena del, entre otras cosas, traficante de drogas, traficante de armas, traficante de niños, homicida, corruptor de funcionarios, espía telefónico, violador de derechos humanos y malversador, Vladimiro Montesinos.