

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVI
FASCICULO III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE
MCMXCIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.^º

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.^ª del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Ex-Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Ex-Presidente de la Sala 2.^ª del Tribunal Supremo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex-Presidente de la Sala 2.^ª del Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático Jubilado de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 — 8.º — 28013 Madrid.
Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 5.000 ptas. Extranjero: 5.400 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.980 ptas. Extranjero: 2.400 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 — 8.º, teléfono 547 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVI
FASCICULO III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE
MCMXCIII

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la
suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

I.S.B.N.: 84-7787-350-X (Fascículo III)
I.S.B.N.: 84-7787-351-8 (Obra Completa)
N.I.P.O.: 051-93-019-9
I.S.S.N.: 0210-3001
Depósito Legal: M-126-1958

Solana e Hijos, Artes Gráficas, S.A.
Teléfono 6 10 90 06 MADRID

SECCIÓN DOCTRINAL

Responsabilidad por lesiones deportivas

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: I. Introducción.-II. La responsabilidad administrativa por el uso de la violencia en el deporte, desde la perspectiva del Derecho Penal.-III. La responsabilidad penal por las lesiones cometidas en el desarrollo de una actividad deportiva, o con motivo de un espectáculo deportivo.-IV. La responsabilidad civil derivada del uso de la violencia en el deporte.

I. INTRODUCCIÓN

Los problemas que la actividad deportiva puede plantear desde la óptica de mi especialidad docente, el Derecho penal, es un análisis que me ha atraído desde hace años, al que he dedicado mi atención en alguna publicación científica (1), y al que he tenido incluso la oportunidad de enfrentarme desde la tribuna enjuiciadora del Comité Superior de Disciplina Deportiva. De ahí, el empeño de acotar, con estructuras jurídicas, el esencialmente lúdico mundo del Deporte.

Convencido del interés del tema, ha de considerarse, así, el siguiente planteamiento, que condensa la esencia del problema: lesionar a otro es, en nuestro Derecho, una conducta sancionada penalmente, ya como delito, ya, en los casos más livianos, como falta, pero la experiencia nos demuestra que, si la lesión se realiza en el ámbito de una actividad de-

(1) Cfr. GARCÍA VALDÉS. «Deporte y Derecho penal», en *«Cátedras Universitarias de tema deportivo-cultural 1975»*, núm. 30, Universidad Complutense de Madrid, pp. 21 y ss. y «El Derecho Penal y disciplinario y la Ley del Deporte», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, pp. 703 y ss.

portiva, el reproche penal sólo en supuestos excepcionales llega a pronunciarse. Golpear con dureza en el boxeo para lograr la victoria por K.O.; plaçar en el rugby para impedir un avance; o hacer caer o cargar al jugador que tiene el control de la pelota en el fútbol son, entre otros tantos ejemplos imaginables, comportamientos idóneos para provocar lesiones en una persona, que permanecen, sin embargo, ajenos a la jurisdicción penal.

Los penalistas estamos obligados a analizar jurídicamente esta realidad, a fin de constatar si nuestro Derecho positivo consiente o no esta aparente desigualdad de los ciudadanos ante las normas punitivas. Y si, como a primera vista parece, existe un ámbito de impunidad de las conductas lesivas de la integridad de otro que se produzcan en el desarrollo de una actividad deportiva, debemos acotar su fundamento y contenido porque, de lo contrario, entraríamos en una inadmisibles justificación de la violencia deportiva. Téngase en cuenta que, en el marco de una actividad o espectáculo deportivo, podemos encontrar conductas lesivas realmente heterogéneas, de imposible reducción a categorías comunes, por lo que no en todos los casos parecen posibles las mismas soluciones. Piénsese, así, si la impunidad penal debe o no alcanzar también al jugador que, en una competición de fútbol, agrede, por despecho, a otro cuando éste no está en posesión de la pelota, causándole una grave lesión. O al jugador que golpea repetidamente al árbitro en desacuerdo con una decisión sobre las reglas del juego. O al espectador que lanza un objeto contundente sobre un portero y le provoca una conmoción. O, recogiendo el ejemplo de una vieja sentencia, al boxeador que provoca ceguera en su contrincante por utilizar guantes previamente tintados con belladona.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Creo, sin embargo, que los expuestos son suficientemente expresivos del problema, y con base en ellos voy a desarrollar mi lección, que trasciende del concreto aspecto de las lesiones causadas en el desarrollo de actividades deportivas y exponer también qué soluciones, preventivas y represivas, ofrece el Derecho penal a la violencia que se genera en torno a los espectáculos deportivos.

La exposición tiene, además, un prólogo y un epílogo. En el primero intento delimitar, a propósito de la nueva Ley del Deporte, el marco de actuación del Derecho Penal en este ámbito, que es tan adecuado a la reglamentación administrativa. En otros términos, quiero delimitar en qué supuestos, para la represión de las conductas de violencia deportiva, es suficiente la aplicación de las normas que regulan la competición o, en su caso, el régimen sancionador que establece la nueva Ley del Deporte, y en qué supuestos debe acudir al Código Penal. La delimitación no siempre es clara porque ambos ordenamientos, el administrativo y el penal, sancionan en muchas ocasiones unas mismas conductas.

En el epílogo apunto las cuestiones referidas a la responsabilidad civil que puede derivarse de la comisión de actos de violencia en el desa-

rrollo de actividades deportivas o con motivo de espectáculos de este carácter, y los problemas que puede plantear su exigencia, cuestiones éstas que exceden, posiblemente, del objeto de este trabajo.

II. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR EL USO DE LA VIOLENCIA EN EL DEPORTE, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

Se ha aprobado el 15 de octubre, la Ley 10/1990, nueva Ley del Deporte, en cuyo Título XI se regulan diversas cuestiones referentes a la disciplina deportiva (2). Es preciso, por ello, analizar en primer lugar, si la protección que otorga esta norma excluye, en todo caso, la aplicación del Derecho penal, o si deben observarse algunas reglas de articulación entre ambos ordenamientos.

El artículo 73 de la Ley extiende el ámbito de la disciplina deportiva a las infracciones de las reglas de los respectivos juegos o competiciones y, asimismo, a las infracciones de las normas generales deportivas, que pueden estar tipificadas en ese mismo texto, en sus disposiciones de desarrollo y en los Estatutos o Reglamentos de Clubes Deportivos, Ligas Profesionales y Federaciones Deportivas españolas. El segundo párrafo de este mismo precepto delimita concretamente su objeto al señalar que :

«Son infracciones de las reglas del juego o competición las acciones u omisiones que, durante el curso del juego o competición, vulneren, impidan o perturben su normal desarrollo.

Son infracciones a las normas generales deportivas las demás acciones u omisiones que sean contrarias a lo dispuesto por dichas normas.»

De esta manera, se excluyen, en principio, del ámbito objetivo de aplicación de las normas penales un conjunto de conductas contrarias al buen orden deportivo que el legislador ha entendido suficientemente reprimidas ya por el ordenamiento administrativo. En efecto, la configuración, en este Título de la Ley del Deporte, de un específico Derecho sancionador en materia deportiva indica suficientemente que el legislador no ha considerado preciso acudir al Derecho penal para la protec-

(2) Vid. CAZORLA PRIETO (Dir.) «Derecho del Deporte». Madrid, 1992, pp 341 y ss.

ción del buen orden de las competiciones deportivas, siguiendo así una concepción del ordenamiento penal como forma subsidiaria de tutela que se inspira, directamente, en el texto constitucional. En su virtud, el Derecho penal se concibe como *ultima ratio* estatal, limitándose a sancionar los más graves ataques a bienes jurídicos esenciales para la existencia y desarrollo de la comunidad, en tanto que las restantes agresiones a bienes o valores socialmente relevantes pasan a ser reprimidas mediante técnicas de tutela extra-penal.

Esta concepción del ordenamiento penal ha provocado, como efectos fundamentales, por un lado, el desarrollo de un amplio proceso despenalizador, a través del que se ha suprimido de las normas penales un considerable número de conductas hasta entonces delictivas; por otro, la intensificación, por parte de las Administraciones Públicas, de la asunción y el ejercicio de competencias represoras del Estado, lo que ha generado un notorio incremento de las figuras de ilícitos parapenales y una evidente ampliación de la entidad de sus sanciones.

La Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, es el más actual exponente de aquella primera faceta de ese proceso (3). En su Exposición de Motivos destaca este texto que «nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos».

Por su parte, la nueva Ley del Deporte, y específicamente su Título XI, es un ejemplo significativo de la segunda faceta del proceso despenalizador: la protección del orden jurídico-deportivo queda, así, íntegramente deferido al ámbito del Derecho disciplinario.

Nada puede objetarse hoy a que el ordenamiento administrativo ostente plenas competencias en la protección de determinados bienes o valores dignos de la tutela estatal ya que, tal y como refleja el artículo 25.3 de la Constitución, y ha respaldado una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (4) y del Tribunal Supremo (5), tanto el ordenamiento penal como el administrativo sancionador se configuran como «manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado», de tal manera que un

(3) Cfr. GARCÍA VALDÉS, «La reforma del Libro III del Código Penal», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 1989, pp. 323 y ss.

(4) Ejemplo de esta jurisprudencia son las sentencias de 8 de junio de 1981, 21 de enero y 7 de abril de 1987 y 14 de diciembre de 1988.

(5) Así, entre tantas otras, en sus sentencias de 29 de septiembre y 10 de noviembre de 1980.

mismo bien o interés pueden ser protegidos por técnicas administrativas o penales. Es más, una constante doctrina jurisprudencial (6) ha establecido que los límites y garantías inspiradoras del orden penal son plenamente aplicables al administrativo sancionador, ya que «el Estado, en el ejercicio de su potestad punitiva, sea cual sea la jurisdicción o campo en que se produzca, viene sujeto a los mismos principios».

La aplicación del ordenamiento administrativo sancionador requiere, en todo caso, el respeto de unos tasados límites que ya han quedado suficientemente detallados por la jurisprudencia constitucional. En su Sentencia de 3 de octubre de 1983, por ejemplo, el Tribunal Constitucional destacó, como límites de inexcusable observancia por las normas sancionadoras de Derecho administrativo, los siguientes: primero, la legalidad, a la que en su momento haré más cumplida referencia, y que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal; segundo, la interdicción de las penas de privación de libertad -ya directa, ya indirectamente establecidas-, límite establecido expresamente en el artículo 25.3 de la Constitución; tercero, el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, y de plena aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones; y, finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.

Esta última limitación implica que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse necesariamente en favor de la primera. Ello, a su vez, provoca las siguientes consecuencias: por un lado, el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; por otra, la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellas; y, por último, la necesidad de respetar la cosa juzgada.

Aplicando estos criterios a la nueva Ley del Deporte, es posible destacar los siguientes aspectos:

a) El artículo 83 recoge expresamente el principio de preferente aplicación del ordenamiento penal, al establecer que:

«Los órganos disciplinarios deportivos competentes deberán, de oficio o a instancia del instructor del expediente, comunicar al Mi-

(6) De la que, como meros ejemplos, pueden citarse las sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981, 30 de junio de 1988 y 29 de marzo y 15 de noviembre de 1990; y del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1987 ó 13 de mayo de 1988.

nisterio Fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal.»

En estos casos, la necesidad de respetar la cosa juzgada exige la paralización del procedimiento administrativo iniciado, y así lo recoge igualmente este precepto cuando indica en su número 2:

«En este caso, los órganos disciplinarios deportivos acordarán la suspensión del procedimiento, según las circunstancias concurrentes, hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial.»

b) Si el fallo de la jurisdicción penal es absolutorio, o se decreta el archivo de las actuaciones por carecer los hechos denunciados de la suficiente trascendencia penal, el expediente administrativo puede seguir su curso, con el único límite, en este caso, del respeto a los hechos que, en su caso, hayan sido declarados probados.

c) Si el fallo es condenatorio, la cuestión se torna más problemática, ya que, como es conocido, el principio *non bis in idem* impediría, al menos en principio, aplicar una doble sanción (penal y administrativa) por los mismos hechos (7).

Este principio, cuya justificación última radica en la defensa de los derechos de los sancionados, puede, no obstante, pretender ser utilizado para provocar la inaplicabilidad de la sanción más grave de las que hipotéticamente pueden concurrir en el castigo del mismo supuesto de hecho. Piénsese, de esta manera, en la hipótesis de un espectador de un partido de fútbol que, en un determinado momento, arroja una botella al terreno de juego y ocasiona a un jugador una herida de la que cura con una primera asistencia facultativa. La nueva Ley del Deporte permitiría sancionar esta conducta como infracción muy grave, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.3 A) f) de su texto, con una hipotética clausura de recinto deportivo, de conformidad con lo previsto en su artículo 69.4 B); sin embargo, el infractor podría -apremiado por su club o a instancia propia, para salvar a aquél de la clausura- autodenunciarse ante la jurisdicción penal, como autor de una falta contra las personas de las tipificadas en el artículo 582 del Código penal, y sancionada con arresto menor, es decir, con pena de privación de libertad de duración teórica no superior a treinta días. No hay duda de que, en tal caso, el principio *non bis in idem* podría ser utilizado como argumento para impedir la sanción de clausura.

(7) Los límites y contornos de este principio han sido definidos ya por una abundante jurisprudencia constitucional, de la que son expresivas las sentencias de 30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983, 27 de noviembre de 1985, 23 de mayo de 1986, 27 de octubre de 1987 y, entre tantas otras, 5 de octubre de 1990.

Este resultado parece chocar con la lógica jurídica y, en realidad, entiendo que no es ajustado a Derecho. Por el contrario, en supuestos como éstos, ese principio no podría ser acogido para fundamentar la inaplicabilidad de las sanciones administrativas. Las razones parecen contundentes: en primer lugar, debe destacarse que el principio *non bis in idem* tan sólo puede ser estimado para impedir la aplicación de una determinada sanción en los supuestos en los que el desvalor del hecho es idéntico en ambos ordenamientos y éstos, a su vez, sancionan la infracción de un mismo deber y la vulneración de un idéntico interés jurídico. Y ello es así porque, en estos casos, la necesidad social de tutela se satisface con la imposición de la pena, quedando entonces inoperante la sanción prevista en el otro ordenamiento.

Sin embargo, los supuestos de identidad absoluta entre los objetos de las sanciones administrativas y penales se me ocurre que no son frecuentes. Para la más adecuada comprensión del alcance de este principio no puede dejar de considerarse, en segundo lugar, que la doble sanción no está prohibida en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción: la Sentencia de 30 de enero de 1.981, del Tribunal Constitucional, destacó, en este sentido, la interdicción de la «duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecia la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...) que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, la potestad sancionadora de la Administración».

En tercer lugar, en los supuestos de coincidencia sólo parcial de los intereses jurídicos que tutelan cada uno de los ordenamientos que pudieran resultar de aplicación para la sanción de una misma conducta, nada impide la acumulación de ambos. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1.986, es suficientemente expresiva de esta realidad; en ella se declaró que no vulneraba el principio *non bis in idem* la negativa a la concesión del beneficio de redención de penas por el trabajo establecido en el artículo 100.1 del Código penal al preso o condenado que hubiera cometido el delito de quebrantamiento de prisión o condena tipificado en el artículo 334 del Código penal, «ya que ambas consecuencias operan en planos sustancialmente diferentes: la pena, en el castigo del quebrantamiento cometido, y la privación del beneficio (en la ejecución de la pena impuesta por otro delito), en el de consecuencia del incumplimiento de una condición» (configurándose así el no quebrantamiento de prisión o condena como una *conditio legis* para el otorgamiento de aquel beneficio).

En el mismo sentido, la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de diciembre de 1991, expresa en su fundamento jurídico segundo que «para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección».

Con base en estos pronunciamientos, es fácil concluir la inadmisibilidad jurídica de la aplicación del principio *non bis in idem* al ejemplo propuesto. En el mismo, en efecto, sería posible aplicar cumulativamente las dos sanciones, penal y administrativa, ya que aquélla se dirige a la represión de la lesión al bien jurídico «integridad personal», y ello con independencia de las restantes consecuencias que puedan generarse de tal agresión (en este caso, interrupción del encuentro, perjuicio de las condiciones de juego de uno de los equipos, etc.). La infracción administrativa, por su parte, no pretende proteger ese mismo bien jurídico, sino el buen orden deportivo, en este caso concreto, a través de la interdicción del uso de la violencia. En consecuencia, los intereses protegidos por cada una de esas normas sería, así, distinto y su aplicación cumulativa, posible y lícita. Ésta es, pues, mi opinión.

Desde otro punto de vista, el Título XI de la nueva Ley del Deporte, supone la plasmación del reconocimiento del respeto al principio de legalidad en la tipificación de las infracciones administrativas en materia deportiva, garantizado, con carácter general, en el artículo 25.1 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha reiterado (8) que aquel precepto prohíbe que la punibilidad de una acción o una omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a la legislativa. El rango de la nueva Ley del Deporte cumple suficientemente, así, esta limitación constitucional.

El régimen disciplinario establecido en el Título XI de la nueva Ley del Deporte está adecuado al principio de tipicidad de las infracciones. Este principio, como es conocido, figura en el artículo 25.1 de la Constitución, y establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa de acuerdo con la legislación vigente. La jurisprudencia constitucional (9) ha concretado que el mismo, que está íntimamente conectado con el principio de seguridad jurídica, exige del legislador el máximo esfuerzo posible para que esta seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos.

Los artículos 67,69 y 76 de la Ley realizan, en este sentido una importante tarea de delimitación de las conductas sancionadas. El legislador ha seleccionado los comportamientos que estima inaceptables para el buen orden de las competiciones (selección que no puede cuestionarse desde una perspectiva exclusivamente jurídica) y ha descrito con claridad cuáles son éstos.

(8) Así, entre otras, en sus sentencias de 30 de marzo de 1981, 3 de octubre de 1983, 7 de abril y 21 de julio de 1987, y 15 de febrero, 15 de noviembre y 17 de diciembre de 1990.

(9) De la que pueden citarse, a título de ejemplo, las sentencias de 15 de octubre de 1982, 14 de julio de 1987 u 8 de junio de 1988.

La previsión expresa de una graduación de la entidad de las infracciones, que se clasifican legalmente en muy graves, graves y leves, constituye otra destacable descripción normativa, que supone el pleno reconocimiento de las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad que rige también en el Derecho sancionador. En su virtud, los comportamientos que se estiman merecedores del mayor reproche se configuran como presupuestos de hecho para la imposición de las sanciones de mayor gravedad, disminuyendo la entidad de la sanción de manera pareja a la pérdida de intensidad del ilícito deportivo.

En este diseño general de los tipos sancionables debe hacerse, finalmente, una sola consideración: el artículo 76.1.e) de la nueva Ley considera como infracción muy grave:

«Los comportamientos, actitudes y gestos agresivos y antideportivos de jugadores, cuando se dirijan al árbitro, a otros jugadores o al público, así como las declaraciones públicas de directivos, técnicos, árbitros y deportistas o socios que inciten a sus equipos o a los espectadores a la violencia»;

pero sería erróneo aplicar las sanciones previstas para este tipo en los supuestos que dan lugar a lo que se han denominado «lesiones deportivas». Veremos a continuación por qué.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAS LESIONES COMETIDAS EN EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD DEPORTIVA, O CON MOTIVO DE UN ESPECTÁCULO DEPORTIVO (10)

El Código penal vigente sanciona todas las lesiones que se causen a otra persona, desde las más graves (mutilaciones, inutilización de órganos principales, causación de enfermedades somáticas o psíquicas incurables) a las más livianas (lesiones que sólo exigen una primera

(10) Vid., al respecto, la siguiente bibliografía: P. PEREDA, «Las lesiones del boxeo en su aspecto jurídico», en *Razón y Fe*, enero, 1928; MAJADA, «El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas», Barcelona, 1946; VILLAGÓMEZ, «Delitos deportivos», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1958; CHARLES, «Le Sport et le Droit pénal», Bruxelles, 1964; COBO DEL ROSAL, «Significación jurídico-penal de las lesiones deportivas», en *Cátedras Universitarias de tema deportivo-cultural 1974*, núm. 21, Universidad de Valencia; MIR, «Lesiones deportivas y Derecho penal», en *Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 36, mayo-junio, 1987; ALBOR SALCEDO, «Deporte y Derecho», México, 1989; y PAREDES «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», en *Anuario de Derecho Penal*, II, 1990.

asistencia facultativa), e incluso las lesiones que, paradójicamente, no causen lesión a otro (el maltrato de obra). La sanción, aunque de diversa entidad, se extiende tanto a las conductas dolosas (esto es, aquéllas en las que el autor persigue el resultado que causa, o lo sabe o lo acepta como necesariamente vinculado a su acción) como a las culposas o imprudentes (aquéllas que derivan de un comportamiento negligente, imperito o, sencillamente, por debajo del estándar medio de diligencia).

Sin embargo, es realmente extraño recurrir al Derecho penal para sancionar las conductas que causen cualquiera de esos resultados, si éstas han tenido lugar en el ámbito de una competición deportiva. En efecto, la irrelevancia penal de estos hechos ha sido declarada tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia, aunque su fundamento no encontrase siempre un criterio unánime. Así, en la doctrina clásica, Liszt, Garraud o Peco hablaban para ello del «fin justificado por el Estado», es decir, de la licitud oficial del deporte y sus consecuencias, doctrina no muy lejana a la de «normas de cultura» de Ernesto Mayer, mediante la cual se mantenía que en el actual acervo cultural de los pueblos, el deporte y sus riesgos es algo reconocido socialmente por el Estado y, en consecuencia, su ejercicio y aún sus resultados dañosos, en cualquier caso, no serían antijurídicos, sin necesidad de descender ya a la esfera de la culpabilidad a efectos de resolver la cuestión. Es la postura que, entre otros, mantuvieron Jiménez de Asua, Majada, monografista español del tema, Gabardini y Méndez o Brouder y, muy recientemente, Díaz Palos (11).

Desde otra perspectiva, Petrocelli destacaba, para justificar la irrelevancia penal de las lesiones causadas en el deporte, el consentimiento eventual de la víctima, que destruiría la responsabilidad penal, excluyendo lógicamente la punición. Entendía para ello que quien practica un deporte violento es consciente del riesgo que corre y, en la medida en que compete, lo acepta, no pudiéndosele reprochar al adversario las contingencias lesivas que aquél pueda sufrir. Esta doctrina, que también destruye la antijuridicidad, se incorporó al Código penal alemán mediante la Ley de Reforma del año 1933.

Una tercera vía, seguida en España por autores como los desaparecidos profesores Cuello Calón y Quintano Ripollés, ha buscado la solución al problema por la vía de las causas de exculpación y justificación, acudiendo para ello, respectivamente, a las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal en los apartados 8 y 11 del artículo 8 del entonces vigente Código penal. La primera tesis, expuesta por Cuello, justificaba la impunidad mediante la aplicación de la circunstancia ex-

(11) Cfr. DÍAZ PALOS. «La Jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal», Madrid, 1991, p. 69.

culpante del caso fortuito que, de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente artículo 8.8 del Código penal, señalaba:

«El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo.»

Quintano, por su parte, se inclinaba por la circunstancia justificante del ejercicio legítimo de un derecho u oficio, previsto en el artículo 8.11 de ese mismo texto, alegando que en los deportes violentos el mal que se causa no es por mero accidente, pues precisamente se da la expresa intención dañosa, prefiriendo, en consecuencia, la precitada eximente, que extendía no sólo a deportistas profesionales («ejercicio legítimo de un oficio»), sino también a los aficionados o amateurs, pues lo que en aquellos era un oficio, se convertía en un derecho para los demás, cuyo ejercicio legítimo se encontraba, asimismo, recogido en la Ley.

Con un criterio parcialmente coincidente, el profesor Rodríguez Devesa optaba también por la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, precisando cómo la lesión inherente a la práctica de un deporte está legitimada por el consentimiento en el riesgo o por la autorización administrativa que permite el espectáculo, concluyendo en este sentido:

«En virtud del principio de antijuridicidad general, al que responde nuestro Derecho punitivo, lo que es lícito administrativamente, no puede ser ilícito penalmente.»

En nuestra moderna doctrina, Muñoz Conde significa, además de la adecuación social de los deportes -lo que rechaza Quintero expresamente-, el que las lesiones causadas en éstos se atengan a los límites de las reglamentaciones propias; Bajo sostiene que es el consentimiento causa justificante de las lesiones deportivas, siempre que se realicen cumpliendo las reglas del juego; Queralt también habla previamente del consentimiento, para concluir en la atipicidad de la correcta actuación deportiva; Roldán Barbero la adecuación social la sitúa en la interpretación del art. 8.11, que entiende como regulador general de la tipicidad, en materia de práctica deportiva (derechos deportivos) y González Rus (en *VVAA*, «Manual de Parte Especial». I.) se atiene al caso concreto para aplicar unas veces el consentimiento, otras la adecuación social, el riesgo permitido o el ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión.

Si muchos de los tratadistas de la Parte Especial han tomado postura acerca de la eficacia excusante de la lesión deportiva, también sustentan criterios semejantes los autores que han abordado la Parte General.

Y así, Díaz Palos argumenta que las lesiones en los deportes carecen de antijuridicidad material, quedando cubierta la formal por los reglamentos deportivos; Cerezo acude a la causa de justificación del ejercicio

legítimo de un derecho, en las lesiones, cuando el deportista ha observado el reglamento y ha actuado con el ánimo de practicar el deporte (el aficionado) o la profesión (el profesional). Cobo-Vives se habían ya referido en su Manual al reconocimiento estatal como legitimador de la actividad deportiva y, consecuentemente, del ejercicio de un oficio y lesiones que puedan producirse o derivarse, sin excluir el consentimiento de esta problemática, especificando en la obra posterior, firmada con Boix, Orts y Carbonell, que negar el ejercicio legítimo de un derecho en las lesiones deportivas, es negar la evidencia, operando el consentimiento a través de dicha causa de justificación; y Mir acude a las ideas de la adecuación social y de insignificancia como excluyentes del tipo, haciendo antes referencia al art. 8.11 y elaborando su postura final con la admisión del consentimiento de la víctima.

Al consentimiento, en fin, del eventual lesionado, acude Berdugo para sostener la irrelevancia penal del riesgo deportivo.

La línea de argumentación recogida, ha sido manejada sustancialmente, aunque no citada, por el más reciente especialista francés del tema, el prof. Lassalle (12), el cual con ejemplos deducidos de deportes violentos, concluye con la crítica a la eficacia del consentimiento del lesionado en la práctica deportiva y expresa la necesidad de acomodar la conducta justificante al ejercicio legal de un derecho, ley que permite, y aún fomenta, el deporte en Francia.

Por su parte, razona D'Ambrosio (13) que las lesiones deportivas están justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho y el respeto a las reglas del juego, señalando como males permitidos la contusión costal de un portero de fútbol en lance de juego; y como lesiones sancionables las producidas acabada la jugada. De igual modo, acude el autor mencionado al caso de la muerte por golpes prohibidos en el boxeo, como supuesto perseguible penalmente.

Personalmente, creo que la doctrina acierta cuando excluye de responsabilidad penal a los deportistas que, en el ámbito de su competición, causan lesión a otra persona, pero pienso, no obstante, que el fundamento de la exculpación es un tanto más complejo, y debe construirse desde la exigencia de la *lex artis* deportiva y la teoría del riesgo permitido. Conforme a esta tesis, la exculpación se viene a producir por esta vía: si el reglamento deportivo se ha respetado por los participantes en el juego o competición, y con arreglo al mismo no se advierte infracción extradeportiva alguna, aunque sí resultado de las acciones precisamente reconocidas reglamentariamente (los ejemplos con los que arrancaba esta exposición: golpear con dureza en el boxeo; placar en el rugby; entrar al

(12) Vid. «Sport et délinquance». Aix-Marseille, 1988.

(13) Cfr. D'AMBROSIO, «Diritto penale per l'attività di Polizia Giudiziaria». Padova, 1991, p. 95.

jugador que tiene la posesión de la pelota en el fútbol, etc.), no cabe hablar de conducta penalmente ilícita, y ello aunque las consecuencias de la acción puedan ser de la mayor gravedad (piénsese en muerte del boxeador, rotura de la pierna del futbolista o persistente conmoción cerebral con secuelas en el jugador de rugby).

En cambio, si la *lex artis* deportiva no se respeta, y existe una agresión claramente al margen del aspecto deportivo de la competición y del riesgo tolerado en la misma, no existe dificultad alguna para reconocer la reprochabilidad (penal y/o administrativa, conforme a las reglas de atribución que ya hemos visto) de esas conductas, y ya sea a título de dolo o de imprudencia. Parece obvio, conforme a esta tesis, que exista responsabilidad penal en el denominado «caso Kid Sullivan», boxeador que cegó a su adversario en pleno combate por haber aplicado a sus guantes tintura de belladona.

Este criterio no es muy diferente del que ha sido utilizado por la jurisprudencia. En su momento, fue empleado en la muy importante sentencia de 3 de diciembre de 1912, del Tribunal de Apelación de Douai, en la que acordó la atipicidad penal de las lesiones boxísticas que se habían causado «según el sistema enseñado por los entrenadores y observando las reglas de la profesión», insistiendo esta resolución en que si «las reglas de este género de lucha son obedecidas», los accidentes que pueden ocurrir constituyen el riesgo común de todos los ejercicios violentos que sean, como el boxeo, deportes lícitos.

En España, la jurisprudencia también ha recurrido a esta tesis, en las contadísimas ocasiones en las que ha enjuiciado lesiones producidas en actividades deportivas. Por Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 1940, fue sobreseída la muerte de un boxeador por los golpes recibidos en el combate y en la sentencia de 1 de junio de 1951, a cuyo supuesto de hecho ya hice referencia al comenzar esta exposición, el Tribunal Supremo condenó al jugador que, irritado porque otro jugador se le había adelantado en la posesión del balón, agredió a éste dándole una patada entre el costado derecho y la espalda, produciéndole rotura de hígado y riñón derecho, que le tuvo que ser extirpado. En esta sentencia se precisó, correctamente, que si bien en el fútbol es jugada brillante el arrebatar reglamentariamente el balón a un adversario, no puede serlo el agredirle y lesionarle cuando no se encuentra en posesión de aquel, y por ello no aceptó, rechazándolo expresamente, el caso fortuito alegado por la defensa.

Recientemente, el profesor Eser (14) ha desarrollado meticulosamente este principio general, distinguiendo el ámbito de lo punible, y la intensidad de la sanción, atendiendo a tres factores que inciden en la

(14) Cfr. ESER, «Lesiones deportivas y Derecho penal», en *La Ley*, núm. 2.499 de 1 de junio de 1990, pp. 1 y ss.

producción del resultado lesivo: la entidad del resultado (desde el maltrato de obra a la lesión mortal), la entidad de la infracción reglamentaria (leve o grave) y la actitud del jugador (conducta negligente o dolosa). La finalidad del presente escrito permite obviar este minucioso desarrollo. Lo importante, en el presente momento, es la determinación de un criterio objetivo para distinguir el ámbito de la impunidad en la causación de las lesiones deportivas.

De todo lo expuesto, resulta fácil concluir que no existe ninguna dificultad en fundamentar la responsabilidad criminal, a título de dolo o culpa, en los casos de no observancia de las reglas del juego y en las lesiones extradeportivas, si bien en estos casos pienso que pudieran aplicarse, si resultara procedente, las atenuantes de preterintencionalidad, arrebatado u obcecación, o relativos al estado pasional, como dice Quintero, o arrepentimiento espontáneo.

Tampoco existe dificultad en sancionar, conforme a sus respectivos tipos penales, las conductas vandálicas que se realicen en las gradas o alrededores de los locales donde se celebren espectáculos deportivos, es decir, «la violencia de los espectadores con ocasión de manifestaciones deportivas» (15).

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 5 de febrero de 1988, castiga por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, a quienes arrojaron contra la zona de tribunas del estadio de fútbol un cohete, que impactó contra el pecho de otro espectador, que le produjo el fallecimiento. De igual manera, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de febrero de 1989, sanciona por desórdenes públicos a los seguidores de un equipo de fútbol que, para celebrar su victoria, interrumpen el tráfico y arrojan objetos a la fachada de un establecimiento, causando desperfectos.

El «Dictamen de la Comisión Especial de Investigación de la violencia en los espectáculos deportivos, con especial referencia al fútbol» del Senado (16) recomienda que «el proyecto de nuevo Código Penal contemple para los condenados por delitos de acciones violentas cometidas con ocasión de espectáculos deportivos una pena que impida su asistencia a tales espectáculos». La pena de arresto de fin de semana, además de sanciones económicas por los daños en los recintos, se muestra, así, especialmente adecuada para los autores de esta modalidad típica de desórdenes públicos en los espectáculos deportivos. En este sentido, se expresan los arts. 501.2 y 599 del Anteproyecto de Código Penal de 1992.

(15) Cfr. RÉMY «Le Sport et son Droit», París, 1991, pp. 242 y 243.

(16) Ob. cit. en texto, Madrid, 1990, p. 231. Vid., asimismo, el reciente Real Decreto 75/1992, de 31 de enero, sobre la Comisión Nacional contra la violencia en los espectáculos deportivos.

No obstante, ninguno de estos supuestos puede calificarse, evidentemente, de lesiones deportivas.

Tampoco lo son, propiamente, las causadas, por ejemplo, por un participante en un rallye que, saliéndose de la calzada en tramo cronometrado, alcanza y hiere a varios espectadores situados en el borde de una curva del recorrido, al no reducir la elevada velocidad, conducta calificada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de noviembre de 1989, como imprudencia simple (falta), postura jurisprudencial discutible, pero que no varía, en todo caso, mi consideración de no tratar el caso como un supuesto de lesión de los aquí estudiados.

También, en este sentido amplio, al razonar acerca de las reglas del juego, menciona, a contrario, Lasalle el caso del tenista que arroja la bola de saque contra el público. Estos casos se deben resolver como supuestos de lesiones causadas con dolo eventual o imprudencia, sin necesidad de añadir el calificativo de deportivas.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA VIOLENCIA EN EL DEPORTE (17)

Existe una última cuestión que, aunque excede de los límites que me he marcado en este escrito, debe apuntarse, al menos. Es el problema de la responsabilidad civil derivada de las lesiones que se producen con motivo de los espectáculos deportivos.

Si el acto lesivo tiene carácter delictivo, la responsabilidad civil nace directamente de este delito, y así lo establecen los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del Código Penal.

Existen, además, otras dos fuentes de responsabilidad: la contractual, definida en el artículo 1.101 del Código Civil, nacida de una acción u omisión voluntaria, por la que resulta incumplida una obligación anteriormente constituida; y la responsabilidad extracontractual, a la que se refieren los artículos 1.902 y siguientes, y por la que se responde de aquellos hechos que, sin previo contrato, producen un daño o perjuicio por acción u omisión culpable sólo civilmente.

Y por último, debe hacerse referencia a la responsabilidad administrativa, establecida en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

(17) Vid. FERNÁNDEZ COSTALES, «La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos» en *La Ley*, tomo 3, año 1985, pp. 948 y ss.

Delimitar, con base en estos principios, si debe responder el aficionado, el jugador, el organizador de la prueba, el Club deportivo, la Federación o el Estado por cada uno de los resultados lesivos que se produzcan en el marco de las competiciones deportivas es una cuestión que, por su complejidad, merecería, por sí sola, otro trabajo, y por ello lo dejo ahora sólo apuntado.

Crítica formal del concepto de la omisión (1)

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS

Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

In memoriam Prof. Dr. Ulrich Klug

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La omisión final. Crítica: A) desde el punto de vista de la metalógica de la norma; B) desde la perspectiva de la teoría de la definición; C) del contenido del requisito «capacidad de acción final». III.- La omisión típica. Crítica: A) desde la perspectiva de la metalógica de la norma; B) desde el punto de vista de la teoría de la definición. IV.- Consideraciones en torno a la viabilidad de un suprapreconcepto de la acción y de la omisión. V.- Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

1. En la actualidad nadie duda que la labor científica no puede prescindir de la lógica. Ésto resulta particularmente evidente en la ciencia penal, como lo corrobora el amplio desarrollo de sus construcciones sistemáticas.

Un sistema consiste en la ordenación lógica de los conocimientos propuestos. De lo que se deduce que el método de análisis lógico se con-

(1) Este artículo es parte del trabajo de investigación realizado en el Kriminalwissenschaftliches Institut de la Universidad de Colonia durante el curso 1992/93 sobre el tema: «La participación en los delitos de omisión». Deseo expresar mi agradecimiento más sincero a su Director Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans-Joachim Hirsch y al personal del Instituto por las atenciones prestadas. Mi estancia en Alemania ha sido posible gracias a la beca concedida por la D.G.C.T. del Ministerio español de Educación y Ciencia.

vierte en un instrumento indispensable para el avance y desarrollo teórico de cualquier ciencia.

A pesar de tal evidencia, los esfuerzos encaminados a procurar una adecuada sistematización de nuestra ciencia no son siempre bien comprendidos. Es frecuente escuchar críticas calificando tal discurso de ininteligible (2), alejado de la realidad o cuando menos superfluo. Pero, si tal cosa sucede, la confusión proviene de las carencias y no de los excesos en el uso de la lógica formal.

En dogmática penal el contenido de los enunciados usados son de tres tipos, términos jurídicos definidos legalmente, términos técnicos dotados de un contenido sumamente abstracto, como el de «injusto» o «imputación», y conceptos procedentes del lenguaje común a los que se atribuyen determinados efectos jurídicos.

Una de las tareas más difíciles en la construcción sistemática de la ciencia penal la constituye, precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre sí independientes y comprensivas.

Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos. Con ello se logra proteger las garantías de las desagradables sorpresas, como dice KLUG, «que provienen de los supuestos tácitos» (3). Este ejercicio, por tanto, procura una mayor aproximación y no lejanía de la vida cotidiana.

Así pues, a la construcción teleológica de la Ciencia penal debe vincularse por necesidad la lógica, salvo que se quiera convertirla en un simple ejercicio escolástico.

Por lógica formal se entiende *aquella parte de la teoría de la ciencia que proporciona la técnica de la prueba científica* (4). Su contenido, por tanto, es aplicable a cualquier área del conocimiento científico. Si bien, los diferentes contenidos determinarán la aparición de particularidades específicas a la hora de aplicar los principios lógicos.

Es evidente, que la lógica matemática opera sobre un sistema convencional distinto que el jurídico, pues este último lo hace sobre la «inabarcable complejidad de la vida social» (5). Pero, ésto no habilita para sostener que tal situación determina la aparición de dos lógicas diferentes. Se trata simplemente de una misma lógica general que parte de premisas con contenidos diversos.

(2) SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», traduc. J. M.^a Silva, Madrid, 1991, p. 31.

(3) ULRICH KLUG, «Juristische Logik», Berlin-Heidelberg-New York, 1982, p. 195. Existe una traducción de J. C. GARDELLA, «Lógica Jurídica», Bogotá, 1990.

(4) KLUG, «Juristische...» p. 1 y 2.

(5) SCHÜNEMANN, «Introducción...», p. 35.

SCHÜNEMANN advierte contra la posible intención de orientar según un modelo matemático de axiomas la sistematización de la Ciencia penal (6). De hacerlo, supondría «cerrar el sistema», impidiendo la necesaria adaptación jurídica a la evolución social (7).

No es deseable porque no es posible. El lenguaje utilizado en las matemáticas es convencional y susceptible de formulación simbólica. El lenguaje jurídico es natural y no admite tal descripción. Por eso, se dice, que el primero es un sistema axiomático y, el segundo cuasi-axiomático (8). Pero, salvando la diferente naturaleza del objeto, las reglas más generales de la lógica son perfectamente aplicables en la Ciencia del derecho como concuerdan, con algunas excepciones, la mayoría de los autores (9).

Como es sabido, la dogmática penal viene utilizando como base técnica de sistematización los conceptos de la sintaxis lógica, de la semántica y de la pragmática (10).

La sintaxis lógica se refiere a la teoría de las relaciones entre los signos (palabras). Tendrían un contenido sintáctico, por ejemplo, la teoría de la definición, los problemas del método axiomático, los conceptos de inferencia y deducción, etc. La semántica se ocupa de las relaciones entre los signos y lo designado. Todas las cuestiones relativas al significado e interpretación de los signos, tienen un contenido semántico. Por último, se entiende por pragmática, la teoría de las relaciones de los signos y el que los utiliza; así por ejemplo, las cuestiones acerca de la utilidad de la afirmación realizada, su novedad, etc. (11).

Por otra parte, el razonamiento dogmático debe recurrir con frecuencia al estudio de la estructura formal de las normas. Adquiere, en

(6) SCHÜNEMANN, «Razonamiento...», p. 35.

(7) Señala que las matemáticas constituyen un «sistema cerrado», mientras que la Ciencia del derecho es un «sistema abierto». Con ello, indica que los conceptos fundamentales y primitivos que integran el «sistema abierto» jurídico no forman un «numerus clausus». Lo afirmado es parcialmente cierto. K. GÖDEL demostró resultar indecidible la proposición de que la Ciencia matemática sea un «sistema cerrado» (véase: «Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica», Berlin, 1931).

(8) KLUG, «Axiomatisierung und Quasiaxiomatisierung des Rechts», en «Juristische...», p. 192 a 196.

(9) Además de KLUG, entre otros: ENGISCH, «Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens», en *Studium Generale* 12, 76, 1959; EMGE, «Einführung in die Rechtsphilosophie», Frankfurt-Main-Wien, 1955; RÖDIG, «Die Dekform der Alternative in der Jurisprudenz», Berlin-Heidelberg-New York, 1969. En contra, los representantes de la denominada «Escuela del Derecho libre» (KANTOROWICZ, STAMPE, EHRLICH, etc.).

(10) Esta clasificación proviene de la lógica moderna. La tradicional distinguía sólo entre lógica material y formal.

(11) KLUG, «Problemas de filosofía del Derecho», Buenos Aires, 1966, p. 81 y 82.

este ámbito, especial relevancia el problema de la pseudoinferencia desde premisas de ser a premisas de deber ser. Cuestión que corresponde a la metateoría de las normas en general y de la metalógica de las normas en particular (12).

2. Este trabajo intenta realizar una «crítica formal» del concepto de omisión. En otros términos: verificar si las teorías más importantes sobre la omisión han utilizado correctamente las técnicas que proporciona la lógica jurídica.

Para ello he seleccionado desde una perspectiva ontológica o axiológica las más representativas: la teoría de la omisión final y la teoría de la omisión típica.

La crítica realizada a la concepción finalista de la omisión la he realizado desde un punto de vista sintáctico, comprobando que el concepto adjudicado a esta categoría no es verificable. Asimismo, desde un punto de vista semántico llego a la conclusión de la falta de plenitud de su significado. Y, por último, he tratado de demostrar que la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas, como se sostiene, encuentra su fundamento en una pseudoinferencia de ser al deber ser.

La crítica realizada a los que sitúan el juicio axiológico en el marco de la tipicidad, la he realizado desde la única perspectiva lógica posible: la sintáctica. Señalando que la construcción conceptual de la omisión por ellos propuesta, no permite acceder al concepto general conformado por la noción de «comportamiento».

Por último, admito la posibilidad de que el «comportamiento» se constituya en el supraconcepto que englobe tanto a su manifestación activa como pasiva.

II. LA OMISIÓN FINAL

1. A grandes rasgos, el debate doctrinal en torno al concepto de omisión se resuelve mediante el uso de dos metodologías diferentes: la ontológica y la axiológica.

Dentro de la primera tendencia se agrupan todas aquellas teorías que consideran que es la propiedad de ser, la realidad en sí, la que conforma el contenido de sentido de la omisión (y de la acción). Las propiedades inmanentes a la realidad pueden provenir de fuentes muy

(12) KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen», en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, T.I., Berlin-Heidelberg-New York, 1981, p. 99.

diversas. Por ejemplo, la causal naturalista (13) o la derivada de la propia estructura final de la acción u omisión (14).

La segunda, aparece integrada por otro grupo de teorías, de las que me ocuparé más adelante, que fundamentan el concepto de omisión desde la perspectiva del deber ser, desde la norma jurídica (15).

Es necesario advertir, que tal clasificación no es tan diáfana ni simple como aparenta. Entre ambos extremos se sitúan posiciones doctrinales intermedias que, más o menos, participan de una u otra teoría. Así sucede con el neokantismo o con aquellas que introducen el momento valorativo desde una perspectiva extrajurídica o social (16).

De todas formas, las dos posiciones doctrinales seleccionadas, la final y la normativa jurídico-penal reúnen por su rigor sistemático, las condiciones necesarias para convertirse en válidos puntos de referencia. Desde la perspectiva lógico formal, las objeciones que puedan hacerse sobre ellas, como se verá, son aplicables al resto.

2. Puede considerarse que el finalismo conforma dentro de la Filosofía del derecho una escuela ontológica (17). Su tesis de partida, no aje-

(13) Cito como autor más representativo a BELING, «Die Lehre vom Verbrechen» Tübingen. 1906; «Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen», 11.^a Edic. Tübingen 1930. La superación del rígido enfoque naturalístico de la omisión, «no hacer» (Körperbewegungskriterium), por el de, «la no realización de la acción posible», se debe a RADBRUCH, «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Straftssystem», Berlin. 1904.

(14) Los máximos exponentes de esta tendencia son WELZEL, «Das Deutsche Strafrecht» 11.^a Edic. Berlin 1969, versión española, «Derecho Penal Alemán. Parte general» 11 edic. 1969, 2.^a Edic. traduc. J. Bustos/S. Yáñez. Santiago de Chile, 1976; y Armin KAUFMANN, «Dogmatik der Unterlassungsdelikte Erfolgsabwendungen und Strafgesetz», Köln-Berlin-Bonn-München 1974; ZIELINSKI. «Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff», Berlin 1973.

(15) Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria. ROXIN. «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. Luzón Peña. Madrid 1976. p. 84 y ss.; el mismo, «Literaturbericht», ZStW 82, 1970, pp. 675-692; OTTER. «Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau?», Bonn 1973; SCHMIDHÄUSER, «Begehung, handlung un Unterlassung im Strafrecht», en «Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann», 1989, p. 131; SCHÜNEMANN, «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre» Göttingen 1971. En España. BUSTOS, «Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Barcelona, 1989, p. 243; COBO VIVES, «Derecho Penal. Parte General», 2.^a edic. 1987, p. 326; GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito». Madrid 1984, p. 175; HUERTA, «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», 1987, p. 308.; MIR PUIG, «Derecho Penal. Parte General, 3.^a edic. Barcelona 1990; SILVA SÁNCHEZ, «El delito de omisión. Concepto y sistema», Barcelona, 1986.

(16) Como más representativo, MAIHOFER. «Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem», Tübingen, 1953.

(17) KLUG. «Der Legalitätsbegriff», en «Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht» Vol. I, Berlin-Heidelberg-New York 1981, pp. 26.

na al razonamiento fenomenológico, dice que la realidad posee en sí los contenidos de sentido.

Desde este punto de vista, la acción y la omisión son propiedades inherentes a la estructura de ser. Se trata de categorías ontológicas en las que subyace un juicio de valor previo al injusto (18).

Esta inmanencia reside en la cualidad «final» que posee toda acción u omisión humana. Con ello se pone en evidencia la enorme importancia que esta escuela adjudica a los elementos subjetivo-cognoscitivos eficientes o potenciales del obrar humano (19).

El finalismo distingue esta propiedad final con el nombre de «estructura lógico-objetiva». Y afirma, que la misma mantiene con cualquier tipo de regulación social o jurídica una relación de necesidad. En otros términos, la «naturaleza de la cosa» vincula lógico-objetivamente las libres posibilidades de regulación del legislador, quien sólo puede mandar o prohibir acciones finales (20).

De acuerdo con este sistema de conocimiento, WELZEL considera que la omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta (21). Por lo tanto, la naturaleza de la omisión, su contenido de sentido, sólo será aprehensible por la interacción de sus dos elementos constitutivos: la concreta capacidad de acción final y la ausencia de la realización de esa acción (22).

La «capacidad de acción final» debe reunir además del requisito impuesto por los causalistas, posibilidad física de acción, la capacidad de conducción final y la posibilidad de motivación. KAUFMANN, a su vez, añade otros de carácter intelectual, conocimiento de la situación, discernimiento sobre los medios a emplear, etc. (23).

3. Descrito así el concepto de omisión surge el problema de buscar un criterio que permita seleccionar de entre las innumerables posibles acciones finales no realizadas por el sujeto, aquellas que guarden cierta relación con la acción esperada. Pues, a falta del mencionado criterio, el sujeto «omite» siempre que no lleve a cabo cualquier acción que, con «poder del hecho posible o final potencial» mediante, no realiza (24).

(18) KAUFMANN. «Die Dogmatik der...», pp. 20 y 21.

(19) SILVA, «El delito de omisión...», p. 35.

(20) A. KAUFMANN. «Die Dogmatik der...», p. 27; HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip», Berlin-New York, 1972, p. 188.

(21) WELZEL, «Das Deutsche...», p. 201.

(22) A. KAUFMANN. «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte». Göttingen. 1959. p. 50.

(23) KAUFMANN, «Die Dogmatik...», pp. 35 a 49.

(24) Este punto ha sido profusamente señalado en la literatura alemana. Véase, GIMBERNAT, Sobre los conceptos..., p. 580 y 581; SILVA, «El delito de...», pp. 35 y ss.

Esta cuestión constituye uno de los puntos débiles de la teoría final de la omisión. Es evidente, que la referencia buscada es externa al ámbito de las estructuras de ser. Por eso WELZEL confiere al «interés» del que formula la pregunta, ¿cuál era la acción esperada (o debida)?, la capacidad de selección ausente en el concepto de omisión final (25).

Sin embargo, surge de inmediato la cuestión de si ese «interés» es un elemento constitutivo de la omisión (26). Pregunta obvia a todas luces. Pues, de ser así, ¿qué queda del concepto ontológico de la omisión? De lo contrario, tiene razón HERZBERG al decir que lo que se ha elaborado es un concepto de omisión sin límites (27).

Crítica:

La crítica que voy a efectuar se dirige en tres direcciones: a) desde el punto de vista de la metalógica de la norma, examinaré si la inferencia desde el ámbito de ser al deber ser se ha realizado respetando las reglas que posibilitan la aparición de un razonamiento lógico; b) desde la perspectiva sintáctica o de la teoría de la definición, si el concepto de «omisión final» se trata de la «explicación de una cosa» o de una simple «explicación de un uso lingüístico»; c) por último, lo haré en relación al contenido semántico del requisito «capacidad de acción final», comprobando su aptitud para comprender todas las posibles conductas susceptibles de valoración jurídico-penal.

a) *Crítica del concepto de omisión desde el punto de vista de la metalógica de la norma.*

Un punto especialmente importante en torno a la lógica interna de la norma es la discusión sobre si está permitido o no separar ser y deber ser. Es decir, si de uno o varios enunciados de ser - el ente- se pueden o no inferir uno o varios enunciados de deber ser- la norma.

Quizás debido a «la inseguridad fundamental del conocimiento jurídico» (28), es frecuente en la teoría del derecho admitir la inferencia del ser al deber ser. Así sucede cuando se afirma, que el derecho «está determinado», «debe respetar» o «tener en cuenta» ciertas propiedades adjudicadas al ser. Por ejemplo, cuando se dice, el Derecho depende de: «las legalidades sociales» (argumento sociológico), la «esencia de las cosas» (argumento fenomenológico), las «estructuras lógico-materiales» (argumento ontológico), los «intereses de los hombres» (argumento económico), etc.

Lo que a continuación vamos a discutir es si tal conexión es posible desde un punto de vista lógico, sin entrar a considerar el contenido de las premisas. Veámoslo con un ejemplo.

(25) WELZEL «Das Deutsche...», pp. 201 y 202.

(26) SILVA. «El delito de omisión...», p. 50, n.º 309.

(27) HERZBERG. «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip» Berlin 1972, p. 203.

(28) KLUG. «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», p. 100.

Cuando se dice:

a) La madurez biológica (29) se alcanza a los 14 años de edad.

b) Cuando se alcanza la madurez biológica se tiene capacidad para contraer matrimonio. Entonces:

c) Se tiene capacidad para contraer matrimonio cuando se cumplen los 14 años. Estamos sólo realizando afirmaciones sobre el ser.

En efecto, las dos premisas iniciales a) y b) enuncian dos propiedades y la proposición final c), contiene una nueva propiedad inferida de los dos primeros axiomas. Como vemos, en ninguna de ellas se expresa deber ser alguno.

El mismo ejemplo planteado desde el ámbito de deber ser sería (30):

d) Se debe contraer matrimonio cuando se alcanza la madurez biológica.

e) Se alcanza la madurez biológica a los 14 años de edad. Entonces: f)

Se debe contraer matrimonio a partir de los 14 años de edad.

Aquí estamos ante un silogismo lógico normativo. De una premisa inicial normativa d) -se debe- y la no normativa e) obtenemos una proposición de deber ser f).

Ambas secuencias, las efectuadas por separado en el ámbito de ser y en el de deber ser son correctas. Ahora bien, la cuestión a dilucidar es ver si es posible, partiendo de una propiedad atribuida al ente, inferir directa y tácitamente de ella una proposición normativa. La respuesta es negativa (31). Desde una o varias premisas que enuncian únicamente propiedades de ser, sólo podemos concluir en otra proposición de ser, salvo que desde afuera se introduzca en la cadena deductiva una premisa de deber ser (32). En la lógica moderna, esta atribución expresa se conoce con el nombre de «axioma normológico de regresión» (normenlogisches Regress-Axiom (33)).

(29) BOBBIO menciona la propiedad de ser «la madurez biológica» como un argumento que se inscribe en «la naturaleza de la cosa» (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 44, 1959, p. 313. Cit. KLUG en «Die Reine Rechtslehre...», n. 10, p. 114). El desarrollo del contenido de las premisas es mío.

(30) He seguido en este ejemplo el silogismo normológico propuesto por KELSEN, aunque modificando el contenido de las premisas (En el original: a) Verträge sollen gehalten werden; b) Verlöbnisse sind Verträge; c) Verlöbnisse sollen gehalten werden). Citado por KLUG. «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», pp. 102 y 103.

(31) De esta opinión, KELSEN, «Reine Rechtslehre», Wien, 1960, pp. 5 y 6; KLUG. «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», p. 103; N. PRIOR, «Logic and the Basis of Ethics», Oxford, 1944, p. 18 (citado por Kelsen, op. cit. n.º ** p. 5); N. BOBBIO, «Archiv für Rechts...» p. 313; STRATHENWERTH, «Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache» Tübingen 1957.

(32) Utilizando la teoría de conjuntos se puede demostrar más allá de toda duda lo afirmado. KLUG, «Die Reine Rechtslehre...» pp. 103 a 106.

(33) Se define así: «Alles, was notwendige Bedingung für das Sein dessen ist, was seins soll, soll ebenfalls sein» (Todo lo que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe asimismo ser). (KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...» p. 102).

Así pues, para llegar de a) y b) a f), del «se» al «se debe», hay que hacerlo necesariamente a través de la premisa d) que opera como el mencionado «axioma normológico de regresión». En la misma, «desde afuera», se conviene en que: es condición necesaria para que se deba contraer matrimonio el alcanzar la madurez biológica.

En resumen, desde un punto de vista lógico, repito, la secuencia final idónea sería la siguiente: a), b) y d) entonces f).

Por el contrario, como antes se dijo, en la ciencia del derecho es muy frecuente simplificar la secuencia deduciendo tácitamente de las propiedades de ser la proposición normativa:

a) A los 14 años de edad se alcanza la madurez biológica

b) Se tiene capacidad para contraer matrimonio cuando se alcanza la madurez biológica. Entonces: f) Se debe contraer matrimonio a partir de los 14 años de edad.

Esta forma de razonar se llama en lógica «entimema». Y consiste en una conexión de inferencia abreviada en la que se han eliminado una o varias premisas intermedias. De esta forma se produce el «milagro» de convertir lo que es, en lo que debe ser.

El razonamiento entimemático, asimismo, limita la libertad de pronunciamiento adjudicada al legislador en la elaboración de la norma.

En efecto, lo que se está afirmando es que la «naturaleza de la cosa», el dato biológico, *vincula al legislador* a la hora de otorgar capacidad jurídica para contraer matrimonio. Situación distinta, caso de utilizar un silogismo normativo: el *legislador decide* conceder efectos jurídicos a la madurez biológica y convenir en virtud de ciertas propiedades reconocidas del ente fijarla en los 14 años de edad.

Pues bien, las anteriores consideraciones pueden aplicarse al «argumento ontológico», basado en las estructuras lógico-objetiva de la acción y omisión final.

Cuando más arriba se hablaba de la doctrina finalista se decía que la naturaleza óntica de la acción (omisión) mantiene una relación de necesidad con el Derecho. O, lo que es lo mismo, que el legislador está vinculado lógico-objetivamente a la estructura final de la acción. Esta aseveración admite, sin embargo, una doble interpretación:

a) Que determinadas leyes naturales están dadas de antemano al legislador. Esto es trivial y no admite discusión.

b) Que tal vinculación significa que el legislador partiendo de conocimientos ontológicos puede inferir proposiciones de deber ser (34). Si ello es así, como parece, nos encontramos con un argumento justna-

(34) En lo que sigue. KLUG, «Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», pp. 107 y 108.

turalista consistente en una pseudoinferencia desde el ser al deber ser (35).

B) *Crítica desde la perspectiva de la teoría de la definición.*

La Lógica moderna distingue dos clases de definiciones: definiciones auténticas e impropias o pseudodefiniciones (36).

Se dice que una definición es auténtica cuando establece una convención sobre las expresiones («signos») que se van a emplear. Se suelen distinguir cuatro clases de definiciones propias: Explícitas, implícitas, por abstracción y coordinadas. Desde el punto de vista lógico estas definiciones no son vinculantes ya que se basan en «convenciones» arbitrarias.

En el campo de la Lógica jurídica la definición dada por el legislador se considera explícita o auténtica. En ella se lleva a cabo una determinada convención sobre el sentido que se debe adjudicar a un conjunto de palabras. Aquí, no cabe plantear la cuestión de la verdad o falsedad de la aserción formulada, en todo caso sólo se puede discutir sobre su conveniencia (37). Un ejemplo de definición explícita es el concepto de «cómplice» dado en el art. 16 CP en coordinación con el art. 14 CP.

Toda otra definición que no se base en una convención es impropia. La Lógica moderna distingue, entre otros, dos clases: la explicación de

(35) WELZEL, propone una variante más débil del argumento ontológico cuando afirma que desde la naturaleza de la cosa se impone una barrera infranqueable al legislador: la de ordenar algo que sea imposible de cumplir («Naturrecht und materiale Gerechtigkeit», 4.^a edic. Göttingen, 1962, p. 197); A. KAUFMANN, combina argumentos ontológicos y fenomenológicos cuando al hablar sobre la ontología del derecho hace referencia a las «esencias jurídicas» («Naturrecht und Geschichtlichkeit», Tübingen, 1957, p. 28).

(36) DUBISLAV, «Die Definition», Hamburg 1981; NEINBERGER, «Rechtslogik», Wien, 1970; CARNAP, «Der Logische Aufbau der Welt» 3.^a Ed., Hamburg, 1966; del mismo, «Abriss der Logistik mit besonderer Berücksichtigung der Relationstheorie und ihrer Anwendung» Wien, 1929; KLUG «Zur Problematik juristischer Definitionen», en «Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht», T.I., Berlin Heidelberg New York, 1981, pp. 138 a 150.

La lógica clásica, distinguía dos clases de definiciones: las nominales y las reales. Se decía que una definición era nominal cuando describía el exacto significado de una expresión lingüística. La técnica empleada consistía en «fijar» con exactitud el nombre del objeto, en otras palabras, «bautizarlo». La real, en cambio, aprehende su esencia, establece el concepto de la cosa. Para ello, toda definición real debe cumplir dos requisitos: describir el «genus» próximo en el que debe estar contenido lo que hay que definir y, además, enumerar sus características propias. Por diversos motivos, que no vienen al caso mencionar, esta clasificación ha sido hoy en día abandonada.

(37) Saliendo al paso de una posible crítica de positivismo, hay que tener en cuenta que lo que se discute son aspectos lógico-formales relativos a la teoría de la definición. Aspectos, que nada aclaran sobre el contenido de la norma o acerca de su legitimidad.

una cosa (Sacherklärung);y, las explicaciones de signos (Zeichenerklärungen).

Por «explicación de una cosa» se entiende el conjunto de proposiciones científicas que describen sus propiedades o su «esencia». Por ejemplo, la definición de «vida orgánica» o, en lo que nos atañe, la de «injusto penal». A diferencia de la definición auténtica, este concepto es vinculante y, por tanto, sujeto a comprobación. En este caso, es preceptivo preguntarse si las afirmaciones hechas son verificables, pues se trata de conocimientos que están sometidos a la prueba de la verdad. Este método definitorio es el utilizado, en general, por la ciencia del Derecho y, en particular, por la Dogmática penal.

Por el contrario, las «explicaciones de signos» tienen como único cometido establecer con exactitud un «uso lingüístico», por ejemplo, que se entiende por «buenas costumbres», «pudor», «honor», etc. (38); o, asimismo, se consideran «explicaciones de signos» las consideraciones vertidas en las sentencias judiciales en las que se investiga sobre lo que el legislador ha establecido de manera expresa (39). Aquí, como se puede suponer, no se exige ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente sociológico o legal utilizado.

Pues bien, lo que a continuación vamos a discutir es a que clase de definición de las más arriba mencionadas corresponde el concepto de omisión dado por los finalistas.

Los mismos sostienen, en términos de la lógica clásica, que se trata de una definición real -de una «explicación de la cosa» utilizando la terminología moderna-, pues su contenido establece la esencia del ente (40). Para demostrar tal aserto, como se sabe, se requiere que tal concepto pueda de algún modo ser verificado. De lo contrario, se tratará de una simple definición nominal o explicación de un uso lingüístico. A continuación examinaré los posibles argumentos que a tales efectos pueden ser utilizados:

i) Es evidente, que el carácter ontológico atribuido a la omisión impide su verificación desde una perspectiva lógico-matemática. Por lo dicho antes, el carácter convencional y el lenguaje simbólico usado en las matemáticas no es adecuado para la Ciencia del derecho.

ii) Lo mismo puede decirse desde un punto de vista empírico, aunque como a continuación se verá por distintos motivos (41).

(38) Como se verá más adelante, a pesar de que estos términos son utilizados por el legislador no pueden ser considerados como «definiciones legales de uso».

(39) Un ejemplo ya clásico es la definición de «ferrocarril» dada por el Tribunal Supremo alemán (RGZ I. 252. citado por KLUG. nota 180. p. 148 en «Zur Problematik...»).

(40) KLUG. «Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem». T. II. pp. 155 a 173, en «Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht». Berlin Heidelberg New York, 1981.

(41) KLUG. «Der handlungsbegriff des...», p. 169.

En efecto, un suceso queda verificado empíricamente cuando es susceptible de observación y medición. Situación inadmisibles cuando se trata de «observar» «la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción» (42).

No obstante, cabe argumentar lo siguiente: si se conocen suficientemente las condiciones externas es factible predecir la reacción del sujeto (observación indirecta) (43). Que, en términos de la conducta omisiva sería: lo que pudo ser, lo pudo en referencia a algo concreto y, de acuerdo con ello, se valora la potencialidad de lo que dejó de hacer o hizo y dejó de hacer.

Si la concreta referencia consiste en la acción final no realizada poco o nada hemos adelantado. Veámoslo con un sencillo ejemplo tomado de GIMBERNAT (44): cada vez que un alumno en una biblioteca de 100.000 volúmenes toma un libro (actúa finalmente) está realizando 99.999 omisiones (también finales).

Tampoco nos sirve el argumento aducido por SCHÖNE en el sentido de que las críticas hechas sólo toman en cuenta un punto de vista físico. Pero que, introduciendo el correctivo del «componente psicológico de la acción posible», este concepto finalista de la omisión es el más restringido de los posibles (45). A esto sólo cabe responder, que el grado de concreción queda al arbitrio de la abundante o escasa capacidad imaginativa del omitente.

Así pues, se puede convenir en lo siguiente: dado que las «condiciones susceptibles de conocimiento» (acciones finales posibles) son ilimitadas la omisión final no admite verificación empírica. Y, asimismo, el contrario: conociendo el referente, un comportamiento pasivo puede ser identificado como omisivo. Este referente, como veremos, no puede ser otro que la norma.

iii) Por último, queda por ver si es suficiente para nuestro propósito una verificación efectuada desde la perspectiva fenomenológica.

HUSSERL (46) y sus seguidores sostienen, que una visión inmediata del resultado (Wesensschau-Ergebnisse), la «intuición esencial», posibilita la aprehensión directa de la esencia de la cosa. En la medida, que la «finalidad» es una característica inmanente del hacer humano y admite su visión inmediata, la acción/omisión final en tanto que epifenómeno sería directamente cognoscible.

(42) WELZEL, «Das Deutsche...», p. 202.

(43) Brockhaus Enzyklopädie, 7.^a edic. T. XIX, Wiesbaden 1974, p. 504.

(44) GIMBERNAT, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento» ADPCP, 1987, p. 583.

(45) SCHÖNE, «Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit», JZ, 1977, pp. 150 y 151.

(46) HUSSERL, «Jahrbuch für Philosophie und Phänomenologische Forschung», T. XI, 1930.

Lamentablemente, este modo de verificación no es controlable desde un punto de vista racional (47). Que ello es así, lo demuestra este ejemplo en el que la «intuición», el uso de este método, nos lleva a dos «evidencias» encontradas: la tesis -«por razones ontológicas el dolo pertenece al tipo»- y, su antítesis -«por razones ontológicas el dolo es un elemento de la culpabilidad»- (48).

En resumen, si el concepto de omisión (y el de acción) dado por el finalismo es inverificable será una «*Zeichenerklärungen*» (Explicación de signos). Con ello se quiere señalar: primero, que este aserto se fundamenta sobre instituciones subjetivas (49); segundo, que la adecuación del sistema, no es otra cosa que «la conformidad con el uso lingüístico propuesto».

C.- *Crítica semántica del requisito «capacidad de acción».*

La mayor parte de las críticas efectuadas al concepto de omisión final se han venido realizando desde una perspectiva semántica. En este sentido, se objeta que el contenido atribuido al requisito «concreta capacidad de acción final» carece de plenitud. El concepto propuesto no comprende a todas las posibles conductas omisivas con relevancia jurídico-penal.

Este preponderante enfoque semántico de la crítica realizado por los más acérrimos detractores de la teoría final de la acción, en especial ENGISCH (50) y MEZGER (51), ha producido consecuencias no siempre deseables desde un punto de vista metodológico.

En efecto, quizás con la excepción de GALLAS, la crítica soslayó el punto esencial del debate: la posibilidad de verificación del concepto ontológico propuesto por el finalismo (52). En cambio, todo el esfuerzo giró en torno a demostrar que el dolo eventual o la imprudencia no entran en el «sistema final de la acción». Objeciones que no constituyen

(47) KLUG. «Die Reine Rechtslehre von...» p. 107. La intuición esencial... «un analogon lírico-conceptual parecido al concepto teológico de la revelación» (ein gedankenlyrisches Analogon zum theologisches Offenbarungsbegriff). No es necesario mencionar las copiosas críticas que ha merecido el método fenomenológico desde un punto de vista científico.

(48) KLUG. «Der Handlungsbegriff des...», p. 168.

(49) Subjetivismo al que un eminente discípulo de WELZEL, HIRSCH, ha mostrado recientemente un claro rechazo (Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln», Köln, 1988, pp. 309.

(50) ENGISCH. «Der finale Handlungsbegriff», en Festschrift für Eduard Kohler, Berlin, 1944, pp. 141 a 179.

(51) MEZGER. «Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik», Berlin-München 1950.

(52) Por esta razón, GALLAS, un representante del finalismo, apercibido de la falta de base lógica de la definición renuncia sin más a la fundamentación ontológica de la acción (GALLAS. «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen» Berlin, 1955, pp. 7 y 32; cita de KLUG. «Der Handlungsbegriff des...», p. 170).

por sí mismas prueba suficiente de que el sistema sea incorrecto desde un punto de vista lógico.

Por lo tanto, dado que sobre este tema, ya tradicional de la crítica, existe abundante bibliografía (53), la mención que haré del mismo será muy breve.

Mas arriba se había señalado que el finalismo considera como un elemento de la capacidad de acción el «conocimiento de la situación» por parte del sujeto que omite. Este requisito, como no podía ser menos, se desprende de la propia estructura de la acción final. Para alcanzar el fin de la acción el sujeto debe conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos (54).

En principio, parecería que tal exigencia no ofrece mayores problemas en el ámbito de las omisiones dolosas. No obstante, aparecen serias dificultades al tratar de incorporarla a la forma básica y más extendida de imprudencia (55), la omisión por culpa inconsciente (56).

En efecto, aquí ya no se trata de la «posibilidad» de que el sujeto conozca los medios aptos para llevar a efecto el objetivo («Planungsfähigkeit»), sino de que «efectivamente» conozca el fin de su acción («potentiell-finale Tatherrschaft»)- (57).

De acuerdo con la teoría finalista, difícilmente podría ser desvalorada la conducta de la enfermera que perjudica la salud del paciente al olvidar la dieta prescrita unos días antes por el médico (58).

(53) Un preciso estado de la cuestión puede consultarse en «El delito de omisión...» de J. M.^{al} SILVA, p. 35 a 52.

(54) WELZEL. «Das Deutsche...», p. 201; KAUFMANN. «Unterlassungsdelikte...», p. 35.

(55) MEZGER, «Tratado de Derecho Penal...», p. 173.

(56) En este sentido se expresa la mayoría de la doctrina. Entre otros: CEREZO MIR. «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española». ADPCP 1975, p. 41-56. NIESE, «Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit» Tübingen, 1951; HERZBERG. «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip». Berlin-N. York, 1972; del mismo autor, «Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der Vorsätzlichen Straftat». JZ. 1987, pp. 536-541.

(57) WELZEL. «Das Deutsche...», p. 201.

(58) Ejemplo tomado de HERZBERG, «Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der Fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat», JZ 1987, p. 537. ARTHUR KAUFMANN («Das Schulprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung». 1.^a Edic. Heidelberg 1961, p. 156 y p. 162) propone la punición de estas conductas recurriendo a la institución de la «actio libera in causa». En contra, por considerarlo innecesario, CORCOY BIDASOLO. Señala que la creación del riesgo típico debe ser entendida objetivamente. Es decir, desde el momento en que la enfermera alimentó inadecuadamente al paciente. Y no subjetivamente, el juicio de imputación se realizaría a partir del momento del olvido. Solución en concordancia con la tesis que considera al resultado en los delitos imprudentes como una «condición objetiva de punibilidad («El delito imprudente». Barcelona 1989, p. 243 y 244).

Es obvio, que tal consecuencia, materialmente inaceptable, sea profusamente criticada por la doctrina mayoritaria (59). Un concepto de omisión semánticamente válido debe cumplir con la regla lógica de complitud. Por lo tanto, debe abarcar todo tipo de conducta omisiva, la dolosa y la imprudente.

III. CONCEPTO DE LA OMISIÓN TÍPICA

I. Hoy por hoy, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que la omisión es un concepto exclusivamente jurídico-penal. Lo que escuetamente significa que la expectativa de acción encuentra su punto de referencia en la tipicidad.

Esta teoría, por lo demás, no es ajena a las distintas concepciones mantenidas en torno al propio sistema del derecho penal. En efecto, ya los penalistas neokantianos se habían propuesto elaborar un «sistema teleológico» del Derecho penal mediante la introducción de «decisiones valorativas» en la teoría de la acción. Esta aspiración truncada por el advenimiento del nazismo en Alemania y tras el lapso que supuso una orientación de la dogmática hacia las pacíficas «estructuras lógico-objetivas», encuentra su desarrollo en la denominada doctrina «social de la acción». Doctrina recientemente superada por la orientación «político-criminal» contenida en la obra de ROXIN: «Política criminal y sistema del Derecho penal» (60).

De acuerdo con esta tesis se consideran irrelevantes todos los esfuerzos encaminados a elaborar un concepto de omisión previo al tipo.

Por una parte, se descartan las propuestas ontológicas, en su versión naturalista o finalista, por no reunir las condiciones de concreción y comprensión exigidas a un concepto jurídico de la omisión. «Su produc-

(59) En realidad, KAUFMANN admite sólo en el ámbito de la imprudencia el «intento defectuoso de cumplimiento del mandato» («Dogmatik...» p. 109). SCHÖNE sostiene que el problema no radica en el concepto de omisión, sino en la determinación de la norma de cuidado. Así, pues, utilizando el ejemplo más arriba mencionado, la no determinación de la norma de cuidado se debe a la omisión de una acción final. «recordar» la dieta prescrita. Con lo cual selecciona «ex post» aquella omisión, la debida, que pondrá efectivamente en peligro la vida del paciente, de entre otras muchas, que «ex ante», son ontológicamente válidas: no recordar que tiene una cita, que debe ir al cine, etc. Con lo que queda en evidencia una contradicción. (Unterlassungsbegriff...» p. 156 y ss.). Para más detalle, SILVA. «El delito...» p. 37 y ss.

(60) ROXIN. «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a Edic. Berlin-New York, 1973; «Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, traduc. de Muñoz Conde, Barcelona 1972; también, SCHMIDHÄUSER. «Strafrecht Allgemeiner» Vol. I, 2.^a Edic. 1975.

to final no presenta la menor utilidad para el penalista» o «carecen de valor sistemático», son algunos de los argumentos mas frecuentemente esgrimidos.

Por la otra, y casi aduciendo las mismas razones, como veremos mas adelante, se objetan las propuestas dirigidas a fundamentar un concepto unitario de acción y omisión. Sea el supraconcepto construido sobre la base de un concepto «negativo de la acción» (61) o, sobre consideraciones sociológicas en general (62).

En definitiva, se propone que la unidad de la acción y de la omisión sólo puede salvarse en un plano jurídico-normativo, típico (63), y que el principio que les es común no es otro que el «normativo de imputabilidad personal» (64).

2. Como no podía ser menos, es en la omisión donde con mayor nitidez se aprecia el valor sistemático de tal concepción. Pues, si aún cabe discutir sobre la naturaleza ontológica de la acción, difícilmente lo permita el concepto de omisión. En efecto, MEZGER, entre otros, suministró el argumento básico al decir que: «la omisión sólo puede ser fundamentada desde afuera (externa, normativamente)» (65).

Abstenerse de ejecutar una acción, por muy final que sea, es una condición necesaria, pero no suficiente para convertirse en omisión.

(61) HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip». Berlin-New York. 1972.

(62) Bajo tal denominación incluimos a todos los que sustentan, aunque con distintas matizaciones, una doctrina social de la acción: MAIHOFER, «Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem», Tübingen 1953.

(63) Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria. ROXIN, «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. Luzón Peña, Madrid 1976, p. 84 y ss.; el mismo, «Literaturbericht», ZStW 82, 1970, pp. 675-692; OTTER, «Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau?», Bonn 1973; SCHMIDHÄUSER, «Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht», en «Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann», 1989, p. 131; SCHÜNE-MANN, «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre» Göttingen 1971. En España, BUSTOS, «Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Barcelona. 1989, p. 243; COBO VIVES, «Derecho Penal. Parte General», 2.^a edic. 1987, p. 326; GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito», Madrid 1984, p. 175; HUERTA, «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», 1987, p. 308.

(64) ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts» en «Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch» Göttingen 1968, pp. 260-267.

(65) MEZGER, «Tratado de Derecho...», p. 293. Véase además, RADBRUCH «Zur Systematik der Verbrechenlehre» en Festgabe für R. v. Frank zum 70 Geburtstag. I. Tübingen 1930, pp. 158-173; GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», ZStW, 1955, pp. 1-48; WELZEL, referencia en nota n.º.

Salvo, que consista, además, en la no realización de la acción «socialmente esperada», «normativamente debida», etc.

ROXIN, no obstante, efectúa una rigurosa crítica a este grupo de teorías diversas englobadas en lo que se conoce por «Doctrina social de la acción». Y lo hace, no porque el punto de partida sea erróneo, sino porque no llegan en sus conclusiones hasta el final. A saber: que la acción «esperada» es sólo la «imputable» normativamente. De tal suerte, que un no hacer será considerado omisión sólo si contradice una expectativa jurídica de acción. «Acción e injusto son la misma cosa» (66).

Por fin ROXIN se decide, comenta sobre ello GIMBERNAT, a llamar a las cosas por su nombre: «ese concepto de acción no es tal concepto de acción, sino, en el fondo, el de *acción típica*» (67).

Así pues, la normativización jurídica de los conceptos de omisión y acción ha conducido a desechar cualquier intento de elaboración de un supraconcepto fuera y antes de la tipicidad (68).

Para concluir, merece la pena hacer un poco de historia. Estos argumentos no son nuevos. El mérito de los mismos debe adjudicarse a los Hegelianos (69) que ya habían identificado imputación con acción: «La imputación es el juicio por el que se expresa que el acto es una acción» (70).

Crítica:

Pasemos ahora a examinar críticamente tal teoría. Lo primero que hay que dilucidar es si desde la perspectiva de la metalógica de la norma este concepto de omisión, como «clase de realizaciones típicas», constituye un razonamiento entimemático. En segundo lugar, si se aviene con los principios lógicos de la teoría de la definición.

a) Crítica desde la perspectiva de la metalógica de la norma.

Respecto a la primera cuestión la respuesta no ofrece duda. Aquí no se produce una conexión que posibilite la producción del deber ser a partir del ser. No es de una propiedad de ser, como se pretendía con la

(66) ROXIN, «Einige bemerkungen zum...», p. 266.

(67) GIMBERNAT, Sobre los conceptos de omisión... p. 603.

(68) «Pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad» (BACIGALUPO, «Delitos impropios de omisión», Buenos Aires, 1970, p. 70).

(69) La actualización de la vieja teoría hegeliana de la imputación se debe a HÖNIG. «Kausalität und objektive Zurechnung», en «Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag», Tübingen 1930, T.I. pp. 174-202. «Imputable es por tanto aquél resultado que puede ser valorado como merecedor de pena» (p. 184).

(70) «Zurerechnung ist das Urteil, daß die Tat eine Handlung sei», RADBRUCH. «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem», Berlin 1904. de la misma opinión: MEZGER. «Lehrbuch des Strafrechts», München und Leipzig, 1931, p. 102; GIMBERNAT, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad». Madrid. 1966, p. 607.

estructura lógico-objetiva, que «surje» la obligación de hacer, sino de la norma preceptiva recogida en el tipo penal.

Caso distinto es la situación de aquellas teorías que fundamentan axiológicamente la omisión en una expectativa de contenido social (71). En efecto, una cosa es sostener que también es omisión la no ejecución de una acción esperada desde ámbitos normativos distintos al jurídico, lo cual es correcto. Y otra, que la omisión está *determinada* por la defraudación de esa expectativa normativo-social (72).

Esta tesis, de la que surgen tres corrientes diferentes de pensamiento, respondí a una argumentación filosófica más general de contenido sociológico (73).

i) Una de ellas sostiene que las proposiciones de deber ser son simplemente hechos, proposiciones de ser (74). De esta conclusión se derivan importantes consecuencias: las proposiciones de deber ser carecen de sentido; la norma es un «hecho jurídico»; la Ciencia del derecho es una parte de la Sociología del derecho. Si bien, tal opinión es inaceptable desde el punto de vista de los fines de la norma, el razonamiento es irreprochable: de una proposición de ser sólo se infieren proposiciones de ser.

ii) Otra, utilizando consideraciones de índole pragmático busca promover una mejor adecuación del derecho con las necesidades sociales. Los resultados de la filosofía del derecho deben quedar vinculados a las «regularidades tendenciales» (tendenziellen Regelmäßigkeit), observadas en la sociedad (75). En la medida que las regularidades tendenciales son determinantes se vuelve a razonar entimemáticamente.

iii) Por último, también razona entimemáticamente cuando se afirma, que la superestructura ideológica, conformada por las proposiciones de deber ser, está determinada por una clase social materialmente interpretada. Es decir, bajo la forma de proposiciones de ser.

b) *Crítica desde el punto de vista de la teoría de la definición.*

Pasemos a la segunda cuestión. Veamos si el concepto normativo jurídico-penal de la omisión desde la perspectiva de la teoría de la defini-

(71) ENGISCH, «Der finale ...», p. 161; MAIHOFFER, «Der soziale Handlungsbe-griff» en Festschrift für Schmidt zum 70 Geburtstag. Göttingen 1961, pp. 170 y ss.; MAI-WALD, «Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbe-griff?», en ZStW 1974, pp. 625 a 655; WESSELS, «Strafrecht» AT. 6.^a edic. 1976, pp. 16 y ss.

(72) BLOY, usando una terminología formalmente distinta llega, no obstante, a la misma conclusión: la acción socialmente esperada, si no está referendada por un mandato jurídico, nada dice sobre su naturaleza omisiva («Finaler und sozialer Handlungsbe-griff» en ZStW, 1978, p. 619).

(73) KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans...», p. 112.

(74) GEIGER, «Arbeiten zur Soziologie», Neuwied, 1962.

(75) GURVICH, «Grundzüge der Soziologie des Rechts», Neuwied, 1960.

ción es correcto. Para efectuar este análisis es preciso completar algunas de las nociones generales sobre la definición efectuadas más arriba (76).

I. En general, toda definición puede ser escrita en forma de una ecuación. La parte izquierda está constituida por el definiendum (X), el nuevo signo a introducir y la parte derecha por el definiens (Y), el signo ya conocido. A su vez el signo de igualdad que media entre ambas indica que se trata de una definición. Por último, agregando el símbolo Df al definiens, literalmente $X =_{Df} Y$, significa que X podrá siempre ser sustituido por Y.

Así, por ejemplo, en el art. 284 CP se da el concepto legal de «moneda», definiens, y en el art. 286 CP se hace referencia a tal término en el contexto de: «expedición de moneda falsa, cercenada o alterada», definiendum. La expresión «moneda» empleada en el art. 284 puede ser sustituida por el complejo de palabras utilizado en el art. 286. Esto quiere decir que todas las definiciones son en general eliminables mediante la sustitución del definiendum, allí donde aparezca, por su correspondiente definiens.

Estos frecuentes supuestos se conocen con el nombre de «construcciones conceptuales legales» y, como es fácil suponer, se tratan de cadenas de definiciones explícitas en sentido estricto. Es muy importante aclarar que el primer definiens puede también constituirlo una «**definición de uso**» (Gebrauchsdefinitionen). Es decir, aquellas expresiones que utiliza continuamente el legislador y que, a pesar de no estar definidas, no obstante, el contexto en el que se emplean permiten sin dificultad establecer su contenido (77). Como sucede, por ejemplo, con el concepto de «pena». Si bien, el Código penal no establece su definición, el contexto en el que el legislador la utiliza permite interpretarla siempre como «sanción impuesta por el Estado» o similar. Existe acuerdo en considerar a la definición de uso del legislador como una definición legal más.

Pero, no sólo en el Código se utilizan las construcciones conceptuales. También lo hace la Jurisprudencia y la Ciencia del derecho. A diferencia de las anteriores se trata, por el contrario, de «explicaciones de signos», en los que se investiga un uso lingüístico, como precisamente sucede con las nociones de «comportamiento» y de «omisión». En general, son expresiones utilizadas en el lenguaje común y tácitamente su significado se presupone al ser usadas en el lenguaje jurídico. Asimismo, se diferencian de las anteriores en que la lectura de la cadena definitoria conduce a un concepto jurídico general o fundamental y no a un concepto legal.

(76) En lo que sigue, KLUG, «Zur Problematik juristischer...», pp. 138 y ss.

(77) KLUG. «Zur Problematik...», p. 142.

EMGE (78) facilita un claro ejemplo de construcción conceptual propia de la Ciencia del derecho, cuando desarrolla el concepto del «derecho» como condición de todo lo jurídico. Su investigación parte de un «uso lingüístico» existente, «derecho». A partir de aquí busca las ecuaciones definitorias constitutivas del material inicial hasta llegar al extremo izquierdo de la secuencia, «jurídico». Naturalmente, este análisis conceptual lo único que persigue, no es poco, es aclarar el significado de un signo y, por tanto, se debe inquirir sobre la corrección de sus resultados.

2. Pues bien, entiendo que la omisión, al carecer de definición legal, es una construcción conceptual de la Ciencia del derecho y en particular de la dogmática penal. Por lo tanto su análisis admite investigar los pasos que conforman la cadena definitoria. Como ya sabemos, la lógica de la misma depende de que el primer definiens de la derecha pueda sustituir al resto de los términos situados a su izquierda. En otras palabras, que la propiedad adjudicada al primer definiens se repita en todos los términos de la ecuación.

La hipótesis de la que aquí se parte es la siguiente: **el material inicial que conforma el primer definiens lo constituye el concepto general de comportamiento (79)**. Si ésto es así, la crítica que cabe hacer al concepto jurídico-normativo de la omisión es la de haber elaborado una construcción conceptual de la omisión abreviada.

La comprobación de esta hipótesis exige como primer paso dilucidar si la omisión constituye una «definición de uso» utilizada por el legislador. Si fuera así, quedaría suficientemente probado, que el concepto jurídico-normativo de omisión es correcto desde un punto de vista formal. Caso contrario, nos encontraríamos con un «concepto jurídico fundamental» no definido.

Como ya sabemos, la condición que se exige para la existencia de una definición de uso es que los diferentes contextos en los que aparece la expresión permitan interpretar su contenido unívocamente.

No es éste el caso de la omisión. En primer lugar, el término, creo haber contado bien, sólo es utilizado cinco veces en nuestro Código pe-

(78) EMGE. «Einführung in die Rechtsphilosophie», Frankfurt/Main, Wien, 1955, pp. 227 y 228 (citado por KLUG, «Zur Problematik...», p. 144). Se puede encontrar una exposición más general sobre la interacción de «usos lingüísticos» y Ciencia del derecho en el mismo autor, «Philosophie der Rechtswissenschaft», Berlin, 1961.

(79) Comparto la misma opinión sobre los conceptos de omisión y comportamiento mantenidas por GIMBERNAT. Soy del parecer que desde un punto de vista formal las conclusiones a las que llega son totalmente correctas. Si bien discrepo en algunos puntos esta falta de acuerdo no es esencial. (Véase su artículo ya citado: «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento»).

nal (80). No obstante, sería un número más que suficiente, si se considera que el delito queda definido en el art. 1.º. Pero, nada claro hay al respecto, como lo demuestra la fuerte polémica doctrinal relacionada con la interpretación (81) del mencionado artículo.

En segundo lugar, existe un nutrido grupo de preceptos legales en los que se hace mención, sin utilizar la expresión «omisión», de conductas pasivas susceptibles de sanción penal (82). Y, por último, otro, en el que el hacer típico descrito admite la posibilidad de su ejecución mediante un «no hacer». Con la salvedad de que, a falta en nuestro Código de una cláusula de transformación, como la del §13 del StGB, la tarea de establecer la identidad estructural entre la omisión y la correspondiente realización típica comisiva resulta en extremo dificultosa.

En definitiva, todas las razones apuntadas indican que sería forzado considerar al término «omisión», utilizado explícita o implícitamente en el Código, como una «definición de uso».

Así pues, nos encontramos ante un **concepto jurídico fundamental**. En otros términos, un definiendum que describe lo siguiente: comportamientos pasivos, consistentes en un no hacer, jurídico-penalmente desvalorados.

El segundo paso para demostrar la viabilidad de nuestra hipótesis es averiguar si a este concepto le sigue otro que, al menos, conserve alguna de sus propiedades.

Ello es fácil. La exigencia de actuar de determinada manera puede provenir de otras fuentes normativas distintas a la jurídica. El «no honrar a los padres», por ejemplo, constituye también una omisión de acuer-

(80) En el art. 1.º: en el anunciado del Capítulo V, Tit. IV, L. II, se dice, «Omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad»; a propósito del funcionario público que no prestare la debida cooperación para la Administración de Justicia... se añade en el párrafo segundo del art. 371 «si de su omisión resultare...»; en el L. II, Tit. XIII, Cap. IV, titulado: «De la omisión del deber de socorro»; y, por último, en este mismo capítulo, en el art. 489 ter. «el que omitió el auxilio...».

(81) Un sector de la doctrina atribuye un significado dogmático al art. 1.º: CEREZO (Curso de Derecho penal español, 3.ª edic. 1985, p. 299). RODRÍGUEZ DEVESA (Derecho penal español, 8.ª edic. 1981, p. 331). COBO-VIVES (Derecho penal, 2.ª edic. 1987, p. 175). Otros, entre ellos SILVA. («El delito de omisión...», p. 143), proponen una lectura del mismo en el sentido de tipo total del injusto. Por fin, algunos consideran que el art. 1.º cumple una función político-criminal: BUSTOS (Manual de Derecho penal, 3.ª edic. 1989, p. 152). MIR (Los términos «delito» y «falta» en el Código penal. ADP, 1973, p. 319).

(82) Por ejemplo: en los delitos contra la seguridad del trabajo, «no exijan» (art. 348 bis a); delitos contra la Hacienda pública, «no hubieran anotado» (art. 350 bis c); en el ámbito de la familia, «el que dejare de prestar asistencia», «el que dejare de pagar» (arts. 487 y 487 bis), «el que dejare de prestar los deberes de guarda» (art. 584), etc.

do con un código de conducta social o religioso e incluso, en algunos casos, penal. Sobre este punto no existen discrepancias doctrinales (83).

Sin embargo, es conveniente hacer aquí hincapié en una observación hecha más arriba. Sería volver a razonar entimemáticamente *deducir de lo afirmado lo siguiente: el contenido de la omisión jurídicamente delimitada ya lo estaba en el ámbito extrajurídico* (84). Si así fuese, convertiría la «expectativa social» en un requisito común a ambas clases de omisión (85). Como ya sabemos, el legislador dispone de posibilidades extraordinariamente amplias para regular su lenguaje y, por lo tanto, crear omisiones directamente o atribuir a las que ya existían en el ámbito extrajurídico relevancia jurídica (86).

Así pues, al concepto de omisión típica y por extensión jurídica, le sigue otro extrajurídico. Definiens que admite la siguiente formulación: **Comportamiento pasivo, consistente en un no hacer, normativamente desvalorado.**

Los elementos comunes, por tanto, en ambos tipos de omisión son dos: uno, que se refiere a una propiedad de ser del comportamiento -la pasividad; y, otro a una propiedad del deber ser proveniente de un juicio axiológico (normativo) negativo. La diferencia radica en que este último surge de dos ámbitos distintos: el extrajurídico y el jurídico.

En resumen, la omisión consiste en un comportamiento pasivo merecedor de un juicio axiológico negativo. Se trata de una categoría normativamente valorada y no ontológica. Si tal juicio desaparece nos quedará tan sólo una propiedad de ser neutra: el comportamiento pasivo.

Es importante insistir en esta idea. **Omisión no es una forma de comportamiento, sino una proposición de deber ser (norma) atribuida a una forma de comportamiento.** Esta «atribución» equivale a introducir, desde la perspectiva de la metalógica de la norma, lo que denominamos un «axioma normológico de regresión». Proposición de deber ser que opera como propiedad de ser en la omisión. Si se eli-

(83) SILVA. «El delito de omisión...», p. 95.

(84) Realizar tal afirmación implica además, considerar como prejurídico lo que en realidad es extrajurídico. «Existe una omisión extrajurídica, no una omisión prejurídica» (GALLAS. «Beitrag zur Verbrechenslehre», Berlin, 1968, p. 16).

(85) LENCKNER en Schönke-Schröder, 21.^a Edic., n.º 37, §13; SCHÜNEMANN. «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten». Göttingen, 1971, p. 18; SILVA. «El delito de omisión...», p. 95 y ss.

(86) «...el legislador puede muy bien declarar que una comerciante es un comerciante, como se deduce del art. 1 del Código de Comercio alemán». KLUG, «Die Reine Rechtslehre...», p. 108.

mina esta inferencia, nos encontraremos con un concepto natural de la omisión (87) y todo lo dicho respecto al finalismo le es aquí aplicable.

Pues bien, el tercer elemento que conforma la construcción conceptual de la omisión lo constituye el mencionado comportamiento pasivo por contraposición al activo. Y, por fin, el primer definiens, cuarto término de la construcción conceptual, lo constituye el comportamiento mismo. Concepto general fundamental que engloba tanto a los activos como a los pasivos. Sobre ello volveré brevemente más adelante.

De ser cierto lo aquí expuesto, la crítica que merece la teoría que nos ocupa es la de que el análisis conceptual de la omisión se detiene arbitrariamente en el ámbito jurídico-penal. El definiendum «no hacer típico» lo transforma en el único término de su construcción conceptual.

3. Digamos por último, que desde un punto de vista material este corte efectuado a partir del ámbito jurídico-penal no es tan pacífico y tan «útil» como se pretende.

Y no lo es, si se interpreta que la función preponderante del tipo es hacer cumplir las exigencias derivadas del principio «nullum crimen sine lege» (88). AMELUNG señala que tal cometido atribuido al tipo es exclusivamente formal. Ya que el principio «nullum crime» determina sólo la forma, pero no el contenido del tipo penal. Ello conduce, como señala el citado autor, a una no deseable «neutralización de la política criminal en el plano de la tipicidad». Consecuencia que pudiera evitarse si en el tipo también se atiende a la finalidad político-criminal perseguida por el legislador. Función, que no contradice, por una parte, la exigencia de una interpretación literal de la norma y, por otra, permite efectuarla desde una perspectiva, como debe ser, jurídico-constitucional (89).

Pues bien, tales excesos formales son consecuencia directa de considerar a lo típico, sin hacer las debidas matizaciones, como lo único que confiere utilidad dogmática al concepto de la acción y omisión. Este re-

(87) Tanto da en su versión intransitiva, la omisión como un «no hacer nada» (BELING. «Die Lehre vom Verbrechen», Aalen 1964, p. 9) o transitiva, «no hacer algo posible» (RADBRUCH. «Der handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem», Darmstadt 1967 (VER PAGINA).

(88) ROXIN, «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1.^a edc., Berlin 1970, p. 15. (Existe traducción española e introducción realizada por MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972).

(89) AMELUNG, «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems vom Roxin», en JZ 18. 1982, pp. 617 y 618. (Existe traducción de SILVA en «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», Madrid, 1991).

celo de positivismo (90) puede ser eliminado evitando en la tipicidad la disociación de la forma jurídica y del contenido político, de la dogmática y de la política-criminal (91).

IV. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA VIABILIDAD DE UN SUPRACONCEPTO

¿Existe un supraconcepto que incluya la acción y la omisión? Muy brevemente, paso a examinar este punto objeto de amplias discusiones doctrinales.

a) Un sector significativo de la doctrina defiende la viabilidad del supraconcepto si bien manejando razones diversas.

Un grupo, liderado por Armin KAUFMANN (92), desde una perspectiva ontológica sostienen que «la capacidad de acción» constituye el elemento común de la acción y de la omisión.

Por el contrario, otros autores señalan que tal supraconcepto sólo puede ser elaborado desde el ámbito jurídico-normativo. No obstante, cabe aquí diferenciar dos corrientes de pensamiento. Una constituida por lo que mantienen una concepción «negativa de la acción» y la otra por los que señalan, que es en la tipicidad el lugar en el que tal supraconcepto tiene su asiento.

Para terminar, diremos que entre los autores más representativos de la Teoría negativa de la acción, cabe destacar a HERZBERG (93) y BEHRENDT (94) que sitúan el requisito común a la acción y omisión en la «posición de garante», si bien BEHRENDT lo matiza aduciendo razones materiales de contenido psicológico; y JAKOBS (95) que enfoca el problema a partir de la función motivadora de la norma penal.

(90) Aún cuando lo «positivo» haya de entenderse en el sentido dado por LUHMANN, es decir, en «política destilada». (AMELUNG, «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin», JZ, 1982 p. 617).

(91) AMELUNG, «Zur Kritik...», p. 618.

(92) KAUFMANN, «Die Dogmatik der...», p. 83.

(93) HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip», Berlin-New York, 1972 y ss.; del mismo, «Täterschaft und Teilnahme. Eine System Darstellung anhand von Grundfällen», München, 1977, p. 97. Acción y omisión se pueden definir de la misma manera: «evitable no evitar en posición de garante» (vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung).

(94) BEHRENDT, «Die Unterlassung im Strafrecht», Baden-Baden, 1979, p. 93 y ss.

(95) JAKOBS, «Strafrecht. AT.» 1983, p. 119 y ss. Comparte una concepción negativa de la acción, aunque se muestra crítico al rol adjudicado por HERZBERG a la posición de garante.

Crítica:

Pues bien, desde un punto de vista formal la concepción de KAUFMANN es inaceptable. Valga decir, que si los conceptos finales de la acción y de la omisión ofrecen fuertes reparos, difícilmente podrá verse libre de ellos un supraconcepto elaborado a partir de los mismos (96).

Las razones aducidas por los que mantienen un concepto negativo de la acción (97), son asimismo rechazables desde una perspectiva semántica. La propuesta manejada por HERZBERG y BEHRENDT adolece de falta de comprensión, ya que la exigencia específica de la «posición de garante» deja afuera del supraconcepto a los delitos puros de omisión. Asimismo, la hecha por JAKOBS (98) debe ser criticada por su ambigüedad. En efecto, el autor sostiene que la norma penal *sólo* puede motivar a no realizar aquello que es evitable o a evitar la no evitación de un resultado, y construye, sobre esta capacidad motivadora de la norma, el supraconcepto. En realidad, lo que hace, utilizando otras palabras, es argumentar igual que WELZEL, cuando afirmaba que: las normas *sólo* pueden mandar o prohibir una conducta final. El legislador puede dictar también normas sumamente «inconvenientes» sin que por ello dejen de ser auténticas.

Caso distinto es el de un supraconcepto construido sobre bases, no particularizadas, jurídicas o jurídico-penales. Aquí ya no se le puede criticar de entimemático al razonamiento, pues claramente se conviene en que la existencia de ambas categorías surge de una misma atribución de índole normativa general. El problema, sin embargo, se sitúa en otros terrenos.

Si consideramos que el supraconcepto sólo puede ser construido a partir de la tipicidad, las razones aducidas anteriormente, desde la óptica de la teoría de la definición, le son igualmente aplicables. Si situamos el límite en el ámbito normativo general debemos darles parcialmente la razón.

Ciertamente, la omisión y la acción se sustentan en sendos juicios axiológicos negativos y, desde este punto de vista, se puede sostener que tal requisito conforma el elemento común de ambos comportamientos. No obstante, cabe preguntarse si hemos llegado al final del camino, o quizás exista un concepto más primitivo y común a ambos tipos de conducta.

La opinión que aquí se mantiene es la de que este supraconcepto se debe situar en un plano previo al axiológico y que radica en una

(96) Desde un punto de vista material véase SILVA, «El delito de omisión...», p. 52 y ss.

(97) Véase SILVA, «El delito de omisión...», p. 57 y ss.

(98) JAKOBS, «Strafrecht...», p. 120.

idéntica *propiedad de ser* común a ambos tipos de conducta: el comportamiento.

Como es sabido, RADBRUCH, seguido por la mayoría de la doctrina, considera inviable un supraconcepto que englobe tanto a la acción como la omisión. Su argumentación se basa en que ninguna de las propiedades que contiene la acción —un hecho, una voluntad y una relación de causalidad— se repiten en la omisión. La naturaleza de ambas categorías es tan opuesta, dice, que «el sistema (penal) queda de arriba a abajo dividido en dos partes» (99). Afirmación que suscitó, sea dicho de paso, el irónico comentario didáctico de LISZT: «Con ese designio escriba un día un libro de texto» (100).

Pues bien, a estas dificultades pedagógicas se añade otra de mayor entidad. Y es, que RADBRUCH confronta la acción con la omisión en un ámbito en el que **la omisión aún no existe**. En efecto, si bien el autor mantiene un concepto transitivo de la misma, no deja por ello de ser ontológico. Y, consecuentemente, infiere directamente de ciertas propiedades de ser, proposiciones de deber ser. Por eso llama «omisión» a lo que en realidad es «comportamiento pasivo». Y ésto es falso, pues como sabemos, la omisión desde un punto de vista formal y material es un concepto normativo.

Aclarado este punto, cabe discutir si el comportamiento pasivo y activo son categorías ónticas (propiedades de ser) carentes de un *genus* próximo y común. Podemos, para ello, sopesar los argumentos aducidos por RADBRUCH, siempre que leamos «comportamiento pasivo o activo» allí donde él dice «acción» u «omisión».

GIMBERNAT (101) trata en profundidad el tema y creo que demuestra sobradamente que la presencia o ausencia de la voluntad no se constituyen, respectivamente, en diferencias encontradas de ambas conductas. Además, se puede argumentar de la forma siguiente: si bien RADBRUCH ha señalado dos características esenciales, existencia de un hecho y relación causal (no tres como pretendía) que las distinguen, ello no habilita para deducir que la naturaleza óntica de ambas es absolutamente independiente entre sí. En efecto, tal afirmación sólo es plausible si demuestra que **todas las propiedades de ser** constitutivas de tales conductas son efectivamente distintas (102).

(99) RADBRUCH. «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem». Berlín. 1094. p. 143. (Véase nota siguiente).

(100) Cita recogida en G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie I*. Edición a cargo de Arthur Kaufmann. Heidelberg 1987, p. 62.

(101) Remito al lector al artículo de GIMBERNAT ya citado. «Sobre los conceptos de omisión y...», pp. 595 a 600.

(102) RÖDIG, «Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz», Berlín, Heidelberg, New York. 1969. p. 91.

En definitiva, es en el comportamiento entendido como manejo no determinista de procesos causales, el lugar en el que se encuentran ambas conductas. Ésta es su característica común. El sujeto se relaciona con el mundo exterior mediante procesos causales, bien provocándolos, no iniciándolos o dejando que sigan su curso. Esta relación adquiere la cualidad de humana siempre que la susodicha interacción sea consciente, y no determinada físicamente (103).

Se puede objetar que tal concepto es obvio, quizás trivial. Tales consideraciones pragmáticas no afectan, sin embargo, a la delimitación del «concepto general» y el esclarecimiento de su contenido (104).

V. CONCLUSIÓN

1. Entiendo que la omisión desde un punto de vista formal puede definirse como **aquella proposición de deber ser que se atribuye a determinadas formas pasivas de comportamiento.**

Con ello se indica:

a) Que son dos las propiedades constitutivas del concepto: una propiedad de ser —el comportamiento—, en este caso pasivo; y otra propiedad de deber ser, consistente en un juicio axiológico de carácter normativo.

b) La fuente normativa confiere la cualidad de omisión al comportamiento pasivo, sea en un ámbito extrajurídico, jurídico o, en lo que nos atañe, jurídico-penal. Ámbitos que no necesitan coincidir.

c) La formación de un supraconcepto que englobe tanto a la acción y a la omisión, sólo puede realizarse en un plano ontológico: el de ser. El elemento común lo constituye el comportamiento. Primer definiens y cuarto término de la construcción conceptual de la omisión.

2. La importancia de una revisión formal de esta categoría está relacionada estrechamente con el concepto que se tenga de «legalidad».

(103) Para más detalles, GIMBERNAT, «Sobre los conceptos de omisión...», pp. 583 y ss. Comparto el concepto de comportamiento dado por el autor: «relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales» (p. 587), con la siguiente salvedad: prefiero hablar de «conducta no determinada», que «libre». Pues, en la medida que la «libertad» es una proposición «indecidible», la atribución de su contenido debe hacerse negativamente.

(104) «...el comportamiento humano es el primer presupuesto del injusto penal y el punto de partida de la definición dogmática y legal de delito» (MIR PUIG, «Derecho Penal. PG. Barcelona 1990, p. 193).

Cuando se habla de las vinculaciones lógico-objetivas del legislador, se recurre a una «legalidad ontológica». Al no ser tal hipótesis verificable hará que nos movamos en el campo de la fe filosófica (105).

Si la legalidad se refiere sólo a la Ley misma, habrá que convenir que se trata de una «legalidad positiva».

Por último, si la actitud del que caracteriza una conducta humana no se refiere sólo a las leyes, sino al Derecho, estaremos ante una «legalidad ética» y, como dice KLUG, ésta es la que precisamente define a un verdadero jurista (106).

(105) KLUG. «Der Legalitätsbegriff», p. 30.

(106) KLUG. «Der Legalitätsbegriff», p. 31.

Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal (I)

FCO. JAVIER ALVAREZ GARCÍA

Prof. Derecho Penal Universidad Complutense

Las relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho penal vienen a reflejar parecidos problemas a los que se planteaban en los procesos de interacción entre los conceptos abstractos y los concretos o, si se quiere, entre «lo general» y «lo particular» (1). Problemas éstos metodológicos-que han encontrado muy diferente respuesta a lo largo de la historia, en una contradicción que no ha dejado de tener importantes consecuencias prácticas.

Así, para la escuela histórica (2) se trataba de construir una lógica jurídica que llevara al jurista, del mismo modo que al matemático sus números, a calcular con conceptos; en este sentido escribía SAVIGNY: «...en nuestra ciencia todo el éxito se basa en la posesión de los principios rectores; pues bien: esta posesión es justamente la base de la talla de los juristas romanos. Los conceptos y preceptos de su ciencia no son para ellos un producto de su arbitrio, son entes reales, cuya existencia y cuya genealogía han llegado a conocer a través de un trato íntimo, prolongado.- Por ello, todo su procedimiento tiene una seguridad como no se encuentra en otra parte, fuera de las matemáticas, pudiendo decirse

(1) Véase, N. BOBBIO *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 230 y ss.

(2) Véase, J. BMS. VALLET DE GOYTISOLO *Metodología de las leyes*, Madrid 1991, pp. 113 y ss.

sin exageración que calculan con sus conceptos» (3). El conocimiento, pues, se alcanzaba con el método (4).

El problema, sin embargo, de la construcción de SAVIGNY es que se desentendió de las consecuencias que para la vida real podían llegar a tener sus construcciones (5) (6), insistiendo en la «prerrogativa del jurista frente al legislador» (7); el Derecho comenzó a flotar por encima de las relaciones sociales, convirtiéndose la ciencia del Derecho en «finalidad en sí» (8), limitando «el pensamiento, conceptual, al modo de la lógica formal, a la comprensión de las reglas jurídicas necesariamente abstractas», abriendo, por ello, el camino a la «Jurisprudencia conceptual» de PUCHTA (9) (10). Contra semejante concepción del Derecho que pretendía que se ajustara la realidad a las construcciones teóricas, y no al contrario, no resultó extraño que se rebelaran tanto los que tenían

(3) «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» en *Thibaut Savigny. La codificación*, a cargo de Jacques Stern (Trad. JOSÉ DÍAZ GARCÍA), Madrid, 1970, p. 69. Naturalmente, esta concepción procede del último SAVIGNY: para las diferencias entre sus postreros escritos y los de su juventud, véase ARTHUR KAUFMANN «Paranámica histórica de los problemas de la filosofía del Derecho», en A. KAUFMANN y W. HASSEMER *El pensamiento jurídico contemporáneo* (ed. española a cargo de GREGORIO ROBLES; trad. MARÍA VIRGINIA MARTÍNEZ BRETONES y GREGORIO ROBLES MORCHÓN), Madrid, 1992, pp. 114 y s.

(4) Véase. HERNÁNDEZ GIL. A. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.^a ed., vol. I, Madrid, 1971, p. 121 y s.

(5) En el mismo sentido, RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Trad. Wenceslao Roces), 4.^a ed., México, 1974, p. 117.

(6) «Ciertamente, Savigny hablaba de un «avecinamiento» entre teoría y práctica, pero se trataba de una aproximación que, en última instancia, funcionaba exclusivamente en interés de la ciencia. No era, en otros términos, una relación de recíproca interacción, sino únicamente la tentativa de someter la praxis al control de la teoría. La auspicada unificación de teoría y práctica no se alcanzaba; lo que se lograba era, solamente, una total subordinación de la práctica a las exigencias de la ciencia» (P. BECCHI «Anselm Feuerbach e la polemica sulla codificazione», en *Studi in memoria de Giovanni Tarello. Volume I. Saggi storici*, Milano, 1990, p. 92).

(7) P. BECCHI «La polemica sulla codificazione in Germania attraverso la storia delle interpretazioni», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXI, 1991, p. 72.

(8) HATTENHAUER, H. *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia* (Trad. MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA), 2.^a ed., Madrid, 1981, p. 208. Véase también, W. WILHELM *La metodología jurídica en el siglo XIX* (Trad. ROLF BETHMANN), Madrid, 1980, pp. 32 y 43 y ss.

(9) LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho* (Trad. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO), Barcelona, 1980, p. 35.

(10) Afirma LEGAZ Y LACAMBRA (*Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., Barcelona, 1975, p. 110), que «La índole misma del Derecho privado, que ya desde los romanos presenta un grado maduro de elaboración técnica, ha sido causa de que la construcción jurídica se haya dejado guiar demasiado por preocupaciones puramente lógicas y que en ella haya predominado la abstracción y la sistematización con olvido de la consideración de

encargada la diaria práctica del Derecho —v. KIRCHMANN (11)—, como los teóricos de las ciencias jurídicas —el IHERING del *Bromas y veras en la jurisprudencia* (12)—; de esta forma se abriría el camino a la jurisprudencia de intereses, desde la que HECK reclamaría la vuelta

la dimensión vital de la realidad jurídica y de la función práctica que, por ello, compete a la ciencia del Derecho». Para GONZÁLEZ VICEN, F. E. («Orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1961, p. 70). «Los conceptos [...], se transforman en entidades lógicas con leyes propias, de tal manera que de ellos pueden extraerse por el análisis nuevas consecuencias, cuyo carácter y validez jurídicas se basan tan sólo en la corrección formal con que han sido derivados de ellos [...]. La conexión lógica se convierte en fundamentación de la validez normativa y el proceso entero se mueve en un círculo cerrado: los principios superiores son inferidos de las proposiciones jurídicas y todo lo que se halla implícito en ellos es tenido, a la vez, como consecuencia dotada de validez jurídica». Véase también, VALLET DE GOYTISOLO, J. *Metodología jurídica*, Madrid, 1988, pp. 293 y ss.

(11) «Preguntad a un campesino en qué punto está su proceso; os responderá: todavía ondea; una excelente palabra para el serpenteante proceder del asunto, y para su total incomprendibilidad para la parte litigante. El campesino que ha perdido el caso no dice que ha habido injusticia, sino mas bien: he jugado mal. La pérdida del caso y la devastación de su campo por el granizo, son para él eventos de la misma naturaleza: ausencia no de Derecho sino de fortuna.- Este es, por lo tanto, el triunfo de la ciencia del Derecho: la creación de un Derecho que el pueblo no reconoce, que no tiene poder sobre su sentimiento, que viene para él puesto sobre el mismo plano que las fuerzas brutas de la naturaleza. [...] Nada teme más la gente del campo y de las provincias que tener como juez un joven asesor, adornado del esplendor de la doctrina y del conocimiento de las leyes, que decide los litigios partiendo en cuatro un cabello.» (J. H. v. KIRCHMANN «La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza», en J. H. v. KIRCHMANN Y E. WOLF *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, pp. 27 y 29).

(12) Sobre el «primer» IHERING véase, en cambio, el juicio crítico de A. HERNÁNDEZ GIL en su *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pp. 152 y s. Sin embargo, y como indica A. FALZEA, «Una vez que se hubo aclarado que el derecho es un fenómeno práctico de la vida social, Jhering no podía seguir aceptando el principio de la autonomía del pensamiento jurídico y el predominio absoluto del conceptualismo: es decir, no podía seguir admitiendo que el dato positivo tuviese que ser tratado como una verdad de orden lógico, y que el conjunto del derecho hubiese de considerarse como una creación de la dialéctica conceptual al margen de preocupaciones de carácter práctico. Por ello le parece grotesco atribuir a los conceptos jurídicos una existencia abstracta y practicar con ellos un método de tipo matemático, pretendiendo obtener por deducción y consecuencialidad proposiciones secundarias de otras primarias más generales ya sean de origen legal o consuetudinario. A este orden de ideas, Jhering opone la concepción de la jurisprudencia como ciencia práctica» (*Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, 4.^a ed., Milano, 1992, p. 213). Véase también, K. LARENZ *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pp. 65 y ss.; E. WOLF *Rudolf von Ihering. Otto von Gierke* (Trad. Antonio Truyol Serra), Madrid, ?, pp. 31 y ss.; R. v. IHERING *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, 1978, pp. 210 y ss., y A. MERKEL *Derecho penal* (Trad. P. Dorado), T. I. Madrid, pp. 17 y ss.

de la dogmática hacia la influencia en la vida (13), asignando a la sustancia un mayor peso en relación con el momento formal de la actividad legislativa, lo que no podía hacer IHERING dado los planteamientos metodológicos de los que partía (14).

En la contraposición entre la jurisprudencia de conceptos y de intereses (15), el Derecho penal se inclinó por la primera. «No se había encontrado todavía —escribe BETTIOL (16)— una fórmula metodológica

(13) Criticaba HECK a la jurisprudencia de conceptos afirmando que, ésta, había concebido los conceptos científicos generales, como dotados de potencialidad causal para producir normas jurídicas (*Interessenjurisprudenz*, p. 11). Afirma ENGISCH de la «jurisprudencia de intereses», «Desde el momento en que se libera de los conceptos basados en sí mismos y de las construcciones de la ley, trasciende la ley. Coloca a esta última al igual que la teoría del derecho libre en un campo de fuerzas sociales, económicas y culturales cuya observación hace comprensible sobre todo la función jurídica ordenadora de la ley» (*Introducción al pensamiento jurídico*) (Trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, 1967, p. 229. Sobre la significación ideológica, tanto de la jurisprudencia de conceptos como de la de intereses, véase PORZIO, M. «Sulla scelta del metodo nella interpretazione», en *Archivio Penale*, 1961, pp. 419 y ss.

(14) Véase, DE LOS MOZOS, J. L. *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pp. 132 y ss.

(15) Se ha mantenido por algunos autores (véase por todos, K. LARENZ *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado* [Trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra], Madrid, 1942, pp. 43 y s.) que la tesis básica de HECK según la cual el Derecho sería el producto de los intereses en pugna en el seno de una sociedad, correspondiendo al juez dar la preferencia al interés que en la ley ha alcanzado hegemonía, «atina sólo respecto del Derecho de obligaciones como agudización culminante del Derecho común, en el cual aparecen siempre contrapuestos de hecho el acreedor y el deudor con intereses pugnantes» (p. 44), pero que no sirve para todas las relaciones reguladas por el Derecho. Todo lo cual no significa que la corriente de la «jurisprudencia de intereses» haya quedado, definitivamente, superada por el tiempo; a este respecto, LARENZ distingue entre la jurisprudencia de intereses como teoría del Derecho, y la jurisprudencia de intereses como método de aplicación del Derecho (p. 221). «Como teoría del Derecho, la teoría de la jurisprudencia de intereses no puede mantenerse hoy, porque presupone una realidad política y social totalmente distinta, a saber, la "sociedad burguesa" del siglo XIX... En cambio, como método de aplicación del Derecho, la jurisprudencia de intereses, en una época de predominio del concepto jurídico formal y de un estrecho positivismo, ha prestado grandes servicios a la jurisprudencia, al enseñarle a mirar el fin de la norma legal y a tener en cuenta las relaciones vitales de índole económica, a las que habrá de referirse la decisión que se ha de adoptar» (p. 221).

(16) *Diritto penale. Parte generale*, 12.^a ed., Padova, 1986, p. 79. Véase también, del mismo autor, «Giurisprudenza degli interessi e Diritto penale» en *Scritti giuridici*. Tomo I. Padova, 1966, pp. 330 y ss. Esa oposición de la jurisprudencia de intereses a la metodología propia de la de conceptos, no supone que aquélla prescindiera de los conceptos abstractos ya que, como indica BETTIOL (ob. ult. cit., p. 333), «No habría cosa más injusta que el considerar a la corriente metodológica de la jurisprudencia

capaz de superar las dos tendencias, es decir, una fórmula que tratase de armonizar entre ellas la *psicología* de la doctrina de los intereses y la *lógica* de la de los conceptos, para ofrecer una elaboración de las instituciones penales que no fuese únicamente esquema o solo contenido» (17). Y es

de intereses como contraria a la necesidad de conceptos y de categorías generales, por decir que ella afirma la sola legitimidad de la concreta valoración de los particulares intereses en contraste. Combatir la jurisprudencia de conceptos, como hace la jurisprudencia de intereses “no quiere decir negar el valor de los conceptos, a pesar de que ésto haya podido parecer por incapacidad polémica de algunos juristas, sino aquélla particular *forma mentis* que preside a la formación de los conceptos en los secuaces de aquélla escuela. En efecto ¿como sería posible una jurisprudencia sin conceptos?” (BOBBIO, N. *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, p. 22); en este último sentido, véase también ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*, ob. cit., p. 229.

(17) Por referirme únicamente al Derecho penal de v. LISZT. entiende A. A. CALVI («Introduzione» a F. von LISZT *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Milano, 1962, p. XXII) que «...Franz von Liszt sin duda empujado por el Zweckgedanke hacia una dogmática penal adherida a la *Interessenjurisprudenz* se limita, en este sentido, a fundar materialmente el concepto de antijuridicidad (véanse las observaciones de GEORGAKIS en *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 123, Leipzig, 1940, pp. 50 y 61 y ss. RADBRUCH en «Franz v. Liszt - Anlage und Umwelt» en *Elegantiae iuris criminalis*, Basel, 1950, pp. 230 y ss., sostiene decididamente el carácter conceptualístico de la dogmática liztiana y de ella afirma la derivación ideológica política. Que la fundación «material» del concepto de antijuridicidad signe, en cambio, para von Liszt la superación de la *Begriffsjurisprudenz*, es mantenido por Eb. SCHMIDT en *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 354 y 378; cfr. en el mismo sentido, v. WEDEL «Franz v. Liszt geschichtliche Bedeutung als Ueberwinder des strafrechtlichen Positivismus» en *Schweizerischer Zeitschrift fur Strafrecht*, vol. 47, 1933, pp. 324 y ss.); por el resto, y no se puede dejar de ver en ello un reflejo de su pensamiento político liberal, permanece todavía anclado en los viejos esquemas de la *Begriffsjurisprudenz*. Lo que confirma que el paso de una a otra metodología no puede, sobre el terreno de la ciencia penal, ser visto como necesario reflejo del pensamiento político criminal positivista». Véase también, J. M. SILVA SÁNCHEZ *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 52, para el cual, «A diferencia de BINDING, VON LISZT entiende el sistema dogmático como un sistema lógico (no teleológico), en el que prima la vinculación a la “ley”. La idea de fin, de bien jurídico material (que LISZT entiende como «interés que crea la vida») despliega sus efectos en la política criminal o en la sociología criminal, pero no en la dogmática. En otras palabras, la cuestión del «Derecho correcto» es, en VON LISZT, una cuestión política y no jurídica, para cuya respuesta es competente el legislador o el político, no el juez o el dogmático».

en este período intermedio (18) cuando se propaga aquélla «mágica

(18) Aunque bien es cierto que la introducción de la elaboración teleológica de los conceptos por parte del neokantismo, supuso la superación de la jurisprudencia de conceptos (véase, en este sentido, B. SCHUNEMANN «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en B. SCHUNEMANN *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* [Trad. J. M.^a Silva Sánchez], Madrid, 1991, p. 51), no debe olvidarse que el neokantismo es la versión, para la metodología jurídico-penal, de la jurisprudencia de intereses en el Derecho civil (K. LARENZ *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 114); y aunque sus elaboraciones supongan, desde el punto de vista teórico, la postergación del naturalismo positivista en la ciencia del Derecho penal (en el tipo, mediante el papel central otorgado al bien jurídico en la interpretación de todos los elementos; en la antijuridicidad, por medio de la introducción de la doctrina de la «antijuridicidad material», y en la culpabilidad, a través de su concepto normativo), no es menos cierto que no se habían terminado de imponer cuando adviene la época nacional socialista con la cual se compromete la inmensa mayoría de los juristas alemanes.

Por lo que se refiere a nuestro país, sólo a partir de los años treinta (aunque la traducción del tratado de LISZT se publica en 1914, la introducción de la dogmática jurídica no se produce hasta la obra de L. JIMÉNEZ DE ASÚA *La teoría del delito (Discurso leído en la solemne inauguración del Curso académico de 1931 a 1932)*, Madrid, 1931) puede comenzar -sólo comenzar- a hablarse de un interés que supere la mera curiosidad o la referencia erudita, por las construcciones dogmáticas realizadas allende los Pirineos. Por supuesto que hablar en aquella época, en la ciencia del Derecho penal española, de movimientos neokantianos o de superación del positivismo naturalista, resulta fuera de lugar (quizás la primera crítica seria y rigurosa desarrollada por penalistas, y teniendo en cuenta planteamientos como los de STAMMLER u otros, no se produce en nuestro país hasta la obra de QUINTILIANO SALDAÑA: *La última fase del positivismo jurídico en Italia*, Madrid, 1935). Y lo acabado de decir se muestra inmediatamente con sólo consultar las obras que, en aquellos años, reclamaban mayoritariamente la atención de los juristas o de los aspirantes a serlo. Tomemos el ejemplo de JOSÉ M.^a VALDÉS RUBIO (*Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, 5.^a ed., Madrid, 1913, pp. 19 y ss.): para este autor el Derecho penal debe ser definido como «la Ley moral social necesaria para la prevención de las infracciones dolosas o culposas, para la reparación de la justicia violada por el delito o la falta, para el restablecimiento posible del orden perturbado y para la corrección del delincuente» (pp. 25 y s.) -esta definición, al decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, afectaba «un carácter descriptivo, con un cierto sabor metafísico» (*Derecho penal (Obra ajustada al Programa de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal, de 5 de Enero de 1922)*, 3.^a ed., Madrid, 1924, p. 8); ni una sola referencia a la norma (habla, en cambio, de la «Ley moral social»), y ello a pesar de que VALDÉS RUBIO tenía conocimiento de la obra de ALIMENA (el cual adoptaba una definición de Derecho penal con «sentido jurídico», al decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., p. 8), lo que se evidencia por la bibliografía que incluía en la Lección II de su obra, donde cita expresamente los «Principii de (sic) Diritto penale». Bibliografía ésta donde, por cierto, no figura, por más que fuera como mera referencia, el Tratado de v. LISZT -cuya cita sí incluirá más adelante, en la versión portuguesa de la obra- o trabajo alguno de BELING (sí se cita, sin embargo, el «Derecho penal» de MERKEL en la traducción de DO-RADO). En cuanto a su concepto de delito, y tras atacar el «materialismo positivista» con argumentaciones de tipo religioso -sigue manteniendo la subordinación de la «ley humana» respecto de la «eterna» (p. 167)-, rechaza la exigencia del perjuicio para

droga, irracional y anticonceptual» (19) que se plasmó en el Derecho penal en una decidida desvalorización de la Parte general a favor de la Parte especial.

Este «despegue» de la ciencia del Derecho penal alemán del estudio de los conceptos generales en favor de los tipos delictivos concretos, se debe, al menos en su formulación (20), a Carl SCHMITT y a su «pensamiento concreto de ordenación» plasmado en su obra *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, 1934) (21). En este escrito, el jurista alemán propugnaba la desvinculación en la solución del caso de la contemplación de la entera realidad del Derecho, op-

afirmar la existencia de ilícito (pp. 110 y s.), distingue entre aspecto interno y externo de la conducta -no ha descubierto aún el «tipo»- (pp. 119 y ss.) y manifiesta la ausencia de capacidad analítica, en la teoría del delito, propia de épocas anteriores a aquélla en la que ejerció su actividad como penalista. El mayor problema es que diez y seis años más tarde poco más se había avanzado: en este sentido constituye todo un ejemplo la obra de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS *Derecho Penal. Obra adaptada al programa de judicatura de 18 de julio de 1929*, Madrid, 1929, en la que, aunque se llega a introducir algún nuevo concepto -como «tipicidad»- ni se desarrolla, ni se nota su influencia en la sistemática de la teoría del delito. Lo mismo sucede con algún otro autor como J. MASAVEU (*Nuevo Derecho penal*, Madrid, 1929) o E. CUELLO CALÓN (*Derecho Penal. Tomo I. Parte general*, 2.^a ed., Barcelona, 1930), aunque en este último caso se evidencia un mayor nivel de información de lo que está sucediendo allende nuestras fronteras; sin embargo CUELLO CALÓN no consigue ser más, en la obra citada, que un epígono de un cierto modo de comprender el Derecho penal.

(19) RADBRUCH, G «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», en *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167.

(20) Sobre la evolución de la dogmática alemana inmediatamente anterior al período nazi, véase: BARATTA, A *Positivismo giuridico e scienza del Diritto penale*.

(21) No obstante lo dicho, y con anterioridad a la obra citada de C. SCHMITT aunque seguramente no de forma tan acabada, ya en los años veinte se había extendido, en Italia, suficientemente esta corriente anticonceptualista y antiformalista aunque, como indica HERNÁNDEZ GIL (*Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 326), sin llegar a formar escuela. Entre estos pioneros del anticonceptualismo cita HERNÁNDEZ GIL (ob. cit., pp. 326 y ss.) a DE FRANCISCI, MAGGIORE, PERTICONE, PAGANO, PUGLIATTI y JEMOLO, y con ciertas matizaciones, también a ANTOLISEI y LORENZO MOSSA; véanse, también, las consideraciones realizadas a este respecto por F. ANTOLISEI en su «Per un indirizzo realistico nella scienza del Diritto penale», en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937-XV, pp. 121 y ss., y especialmente en las pp. 132 y s. en las que hace las siguientes afirmaciones: «Inconvenientes no menos graves se han derivado del abuso de la lógica abstracta que es una de las principales, incluso la principal, característica de la orientación formalística. De tal abuso como, por lo demás, se ha verificado en general en el campo de la dogmática jurídica ha nacido la tendencia exagerada a la formulación de conceptos y categorías generales, a las clasificaciones y a la construcción de sistemas, con constante preocupación por la arquitectura lógica. De ello ha venido el uso excesivo del procedimiento deductivo con inclinación a considerar válidas las ilaciones por el solo hecho de que derivan lógicamente de las premisas, sin verificar su correspondencia con las necesidades concretas de la vida jurídica. De ello ha derivado la suprava-

tando por reglas deducidas de una ordenación concreta. «Estas ideas de Carl Schmitt —indica ENGISCH (22)— han hecho escuela en gran medida en el mismo año de la aparición de su escrito... Por lo que hace, p. ej., al *derecho penal*, se había ya comprobado anteriormente un desplazamiento del interés por la parte general, hasta entonces preponderantemente cultivada, en favor de la parte especial. Pero la expresión de Schmitt «pensamiento ordenalista concreto» y algunas aclaraciones marginales sobre los conceptos generales en el derecho penal han facilitado sin duda el lema que los juristas se han apropiado, dando muestras de agradecimiento, a fin de considerar aquél desplazamiento de interés como exigencia de una «sana» mentalidad jurídica abocada a lo concreto».

Este desplazamiento del punto central de interés, para la dogmática penal, desde el estudio de «lo general» a la investigación de «lo concreto», provoca —con autores como DAHM y SCHAFFSTEIN (23)— la construcción de categorías como «tipos concretos de delitos», «antijuridicidad concreta» o «tipos concretos de delincuentes» (24). En definitiva, se mantiene la idea de que hay que abandonar las categorías generales porque en ellas es imposible que se refleje, por su abstracción, la realidad vital; de esta forma, se llega a esos «tipos concretos de delitos» que requieren una elaboración teórica particular, de la cual se derivarán, también, «tipos concretos de delincuentes» (25). Semejante

loración de los conceptos y de las categorías generales, los cuales han sido asumidos como dogmas, válidos en todo tiempo y lugar. De aquí la rigidez de las construcciones, de aquí ese inflexible dogmatismo que, como bien ha dicho De Francisci, ha creado una infinidad de fórmulas conceptuales vacías, situadas en el cielo de las abstracciones, más allá de la realidad y de los hechos. Cualquiera que juzgue serenamente, no puede evitar reconocer que han sido precisamente estas degeneraciones formalistas del método técnico jurídico las que han alejado la ciencia de la vida y excavado aquél abismo entre la teoría y la práctica al cual se ha hecho referencia al inicio del presente escrito».

(22) *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (Trad. Juan José Gil Cremades), Pamplona, 1968, p. 290?

(23) Véanse: DAHM, *G Verbrechen und Tatbestand*, Berlín, 1935; y SCHAFFSTEIN, *F. Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935.

(24) No debe entenderse, por lo apuntado, que los juristas de la Escuela de Kiel desarrollaran la metodología propia de la jurisprudencia de intereses. Su elaboración contacta, más exactamente, con la fenomenología de HUSSERL. Véase, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pp. 135 y ss.; BETTIOL, G. «Giurisprudenza degli interessi e Diritto penale», ob. cit., pp. 333 y s., y SCHWINGE-ZIMMERMANN, *Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937, *passim*.

(25) Véase, CALVI, A. A. *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, 1967, pp. 502 y ss. Resulta especialmente aleccionador el análisis que CALVI realiza (ob. cit., p. 507, n. 94) de la posición ostentada por MEZGER, en relación a la teoría del *Tätertyp*, en los años posteriores al golpe de estado de 1933 en Alemania: «Su posición (la de MEZGER) corre el riesgo de aparecer entre las más extre-

concepción del Derecho penal, arrumba con los principios del Derecho penal liberal y, en primer lugar, con el principio de tipicidad. Así, juristas autoritarios como H. WELZEL proclamarán: «el Estado está dispensado, en situaciones excepcionales, de todos los vínculos jurídicos como el de la tipicidad de las normas del Derecho penal» (26); resulta evidente, en esta frase, el predicamento que tuvieron las ideas de C. SCHMITT.

Sin embargo, las exageraciones de la dirección acabada de aludir, y el que se empeñara con el Estado nacional socialista, no nos debe hacer

mistas, por no decir la más extremista de todas. La apariencia cae, enseguida que se recuerda un dato fundamental: la vocación del insigne autor por los estudios criminológicos, y su constante esfuerzo dirigido a crear un nexo objetivo entre valoración jurídica y criminológica de la personalidad. Dirijámonos, por lo tanto, a los escritos de Mezger, aunque lamentándonos por no haber podido consultar el último, sobre la materia, publicado en 1944. Cfr. MEZGER, «Die materielle Rechtswidrigkeit im Kommenden Strafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 55 (1936), p. 1 s.; IDEM, «Die Straftat als Ganzes», cit., loc. cit. [ZStW Bd. 57, 1938], pp. 680-682, p. 686 s. y p. 696 s.; IDEM, «Tatstrafe und Täterstrafe [insbesondere im Kriegsstrafrecht]», cit., loc. cit. [ZStW Bd. 60, 1941], p. 357 y p. 363 s.; IDEM, «Tattypen, Tätersypen und Charaktertypen im Kriegsstrafrecht», en *Deutsches Strafrecht*, Bd. 9 (1942), p. 108 y p. 115.- No nos parece posible equivocarnos sobre la posición de este autor, por lo demás bastante clara en sus desarrollos legalistas. En el primer escrito, tomando nota de la marcada subjetivización a la cual viene siendo sometido el ilícito, Mezger reclama, abiertamente, el necesario respeto por el principio de «tipicidad». En el segundo, él restringe la importancia práctica del «Tätertypus»: afirmando que este serviría, a lo más, para interpretar ciertas especies «de posición», para medir la pena en algunos otros casos, así como para orientar principalmente la aplicación de medidas preventivas a delinquentes habituales peligrosos, también en clave criminológica. En el tercer ensayo, Mezger pone hábilmente el acento sobre la capacidad funcional del «Tätertypus» para contener la extensión analógica de las normas incriminadoras. En el último, en fin, la disputa sobre el «Tätertypus» es dejada de lado, con igual habilidad, sobre el terreno criminológico: las «leyes de guerra» se aplicarían solamente allí donde la acción reflejase la personalidad del autor, en sentido criminológico, mostrando su adhesión al tipo normativo correspondiente».

La respuesta a las supuestas propiedades «taumaturgicas» del «Tätertypus» por lo que se refiere a la analogía, viene dada por GUARNERI («Nuovi sviluppi della teoria del delinquente tipo», en *Giustizia Penale*, I, 1943, cols. 101 y 102, cit. por CALVI, p. 510, nota [101]): «Estamos en presencia, si se me permite el uso del lenguaje de los patólogos, de una cura *omeopática*. Se ha opinado que la analogía se debería curar con la antianalogía representada por el delincuente tipo. Así, primero, se concede al juez la facultad de crear nuevas figuras delictivas y después se le ofrece la posibilidad de evadirse del avispero, en el cual se le manda caer, mediante aquél hilo de Ariana [...]. Si la justicia penal no se funda sobre leyes generales y abstractas, establecidas con anterioridad, obligatorias para todos y por lo tanto también para los jueces, no hay otra cosa que fuerza, violencia, tiranía».

(26) «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en AA.VV. *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín, pp. 118 y ss.

olvidar los excesos cometidos en el estudio de la Parte general en relación con la escasa atención dedicada a la Parte especial. No en vano, GRISPIGNI —aún después de terminada la II.^a Gran Guerra— afirmaba: «...quien considere las condiciones de la ciencia penal no sólo en Italia, sino también en Alemania, debe constatar que, mientras que para la parte general aquélla ha realizado progresos verdaderamente conspicuos, desde cualquier punto de vista, en cambio por lo que se refiere a la parte especial del Derecho penal se encuentra todavía en la fase de la exégesis» (27). A este lamento se unió en nuestro país el de QUINTANO RIPOLLES, para el cual al decaimiento de la Parte especial contribuyó tanto la jurisprudencia de conceptos como el positivismo: «En

(27) *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947, p. V y s.; del mismo autor, véase: *Diritto Penale italiano. Volume secondo. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1952, p. 129, para el cual «En tanto que la disciplina penalística no haya elaborado una teoría general de la parte especial, no podrá decirse que haya entrado en la fase verdaderamente científica, lo que se logra cuando de la exégesis se pasa a la dogmática»; en el mismo sentido: PISAPIA, *GD Introduzione alla Parte speciale del Diritto penale*, Milano, 1948, pp. 9 y ss. Todavía recientemente, autores como HIRSCH («Tendencias en la evolución de la reforma de la Parte Especial, en particular desde la perspectiva del Derecho penal de la República Federal de Alemania», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua*, n.º 11, monográfico, 1986, p. 381) afirman que, «... a la parte Especial se le presta escasa atención en la discusión internacional sobre el Derecho penal. El interés de ésta se dirige sobre todo a las instituciones jurídicas de la Parte General, desde el concepto de imprudencia y los presupuestos de los delitos de omisión hasta la construcción de la condena condicional y la diversificación del catálogo de sanciones [...]. La postergación de la Parte Especial se debe a que, naturalmente, en los contenidos de los concretos tipos penales, las concepciones valorativas de cada país se expresan con más fuerza en las instituciones de la Parte General, que están más influidas por la situación del conocimiento científico y por ello son más neutras desde el punto de vista nacional».

Con anterioridad ERIK WOLF en su *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre von besonderen Teil des Strafrechts*, Breslau, 1931, p. 3, afirmaba que «Mientras en el ámbito de la parte general del Derecho penal alemán ha dominado un método desarrollado sistemáticamente, se contenta, todavía, la presentación de la parte especial con la explicación o comentario de la ley. De ello, no se extrae una construcción arbitraria y contradictoria del Código, sino que se construyen grupos de bienes jurídicos afines, y dentro de ellos, entonces, se tratan los tipos concretos. En ello se puede reconocer un principio de sistematización, pero un verdadero sistema teóricamente fundado de la parte especial, no existe todavía. Existirá sólo esperanza de una construcción provechosa, cuando el conocimiento de las propiedades generales de los tipos legales se haya adelantado considerablemente. Hoy sólo puede decirse que tal sistematización debe ser la meta final de todo trabajo con la dogmática de la parte especial, siempre que esta dogmática quiera satisfacer las exigencias del método científico».

ambas direcciones, en efecto, la cientificidad de la Parte especial quedaba harto mal parada, sobre todo en la segunda, ya que, al reducir la vida del derecho a un mero capricho del legislador y situar la ciencia al margen de la jurisprudencia, se minimizó hasta límites insospechados el papel de la parte especial, que incluso desaparece pura y simplemente en el famoso Proyecto FERRI, de 1921, y en su sucedáneo ruso soviético de KRYLENCO, de 1930, paradigmas de “Códigos sin parte especial”» (28); he de indicar, sin embargo, que exagera QUINTANO RIPOLLES al menos por lo que al Proyecto FERRI se refiere, ya que el autor italiano había indicado paladinamente su intención de elaborar la Parte especial del Código penal, lo que las circunstancias políticas vinieron, a la postre, a impedir (29).

De cualquier forma, con la dirección inaugurada por los juristas nacional socialistas el círculo se había cerrado. Pues si históricamente, como indica RODRIGUEZ DEVESA (30), la Parte especial antecede a la general —lo cual, en opinión de QUINTANO RIPOLLES (31), no debe extrañar ya que en la vida y en lo lógico «el *noumeno*, es anterior a lo conceptual y al fenómeno»— después de casi siglo y medio —desde finales del XVIII hasta los años treinta del presente— en que toda la relevancia fue concedida a la Parte general, se terminó, con el «movimiento de renovación del Derecho alemán», por olvidarse de las construcciones necesariamente abstractas.

Después de tan agitada evolución histórica es necesario aceptar, en orden a la fijación de las «nuevas» relaciones entre Parte general y Parte especial, buena parte de las críticas que los juristas nazis dedicaron a la dogmática de la Parte general. Efectivamente, y como indica MARI-NUCCI, en el proceso dogmático de la Parte general se había llegado a una peligrosa mentalidad del «sí mismo», «una mentalidad que ha llevado a una especie de entificación de aquellos conceptos»; olvidando que —como indica PISAPIA (32)— el Derecho está en función de la solu-

(28) *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Tomo I. Infracciones contra las personas*. Madrid, 1962, p. 3.; véase también, FINCKE, M. *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit., p. 5.

(29) Véase a este respecto el «Epílogo» de QUINTILIANO SALDAÑA al *Proyecto preliminar del Código Penal para Italia*, a cargo de C. JIMÉNEZ ESCRIBANO, Madrid, 1925, p. 176.

(30) *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1983, p. 3.

(31) *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Tomo I. Infracciones con las personas*, ob. cit., p. 2.

(32) *Introduzione alla Parte speciale del Diritto Penale*, ob. cit., p. 10.

ción de cuestiones concretas, «y no para afirmar principios que constituyan un fin en sí mismos» (33) (34).

Así, la «tentativa», el «dolo», la «imprudencia», el «encubrimiento», etc., desconocen momentos autónomos, esto es: que no estén en correlación con la figura del delito consumado (35). No existe un «delito de imprudencia» —de la misma forma que no existe un «delito de dolo»—, sino un homicidio imprudente; la referencia a la imprudencia únicamente nos señala la parte subjetiva del tipo (aunque sin determinarla en todos sus extremos), pero todos los elementos objetivos han de ser integrados en referencia —combinación, pues, entre el artículo 565 y aquél, que admita versión culposa, que se contemple en cada caso— a las distintas figuras de la Parte especial. Otra forma de entender el problema, es decir: olvidándose de la dependencia de los conceptos generales en relación con los concretos tipos delictivos, nos lleva a la distorsión incluso en el plano meramente interpretativo; «basta pensar en la “reducción” de los distintos “*crimina culposa*” en un único e indistinto “*crimen culpae*” (“precisamente un delito omisivo” (36)), con la consiguiente total “abstracción de la ‘culpa’ de los “*crimina culposa*”

(33) En el mismo sentido afirma T. WÜRTEMBERGER (*La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, p. 11): «Hoy, frecuentemente, el desarrollo de los conceptos dogmáticos y la sistematización se han convertido, incluso, en fin en sí mismos, en la actividad cognoscitiva propia de la ciencia: consecuentemente aumenta el peligro de que los conceptos y los valores sistemáticos, adquiridos *ex novo* en este esfuerzo, no puedan ser plenamente reconocidos por la praxis jurídica en su valor dogmático y en sus consecuencias».

(34) Lo dicho, sin embargo, no nos puede llevar a abrazar afirmaciones, como la realizada por FINCKE (*Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit., pp. 26 y ss.), de que las normas de la parte general constituyen una forma ciega, mientras que las de la parte especial son las que llevan consigo las opciones de política criminal. Por el contrario, en las normas de la parte general también se realizan opciones de política criminal; así, mediante la tipificación de la tentativa, cuyo castigo, obvio es decirlo, no sería posible con el único recurso de las normas de la parte especial —fuera de los casos de expresa consideración en la parte especial de supuestos de imperfecta realización—, opta el legislador por otorgar una mayor protección a los bienes jurídicos considerados relevantes, frente a los ataques de que pudieran ser objeto. Sin embargo este criterio, el de la punición de la tentativa, no se mantiene, en nuestro Derecho, en el ámbito de las faltas, lo que muestra también una opción de política criminal: en este último caso, la impunidad de la tentativa constituye «una decisión de política-criminal, que afecta a la punibilidad del hecho y no al injusto del mismo» (E. FARRE TREPAT *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, p. 466).

(35) Véase, PETROCELLI, B. *Il delitto tentato*, Padova, 1955. Véase también, E. BELING *El rector de los tipos de delito* (Trad. y notas por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas), Madrid, 1936, p. 10.

(36) Véase al respecto de la equiparación entre imprudencia y delito omisivo, las reflexiones de M. CORCOY BIDASOLO *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 64 y ss.

de los cuales forma necesariamente parte, y con la consiguiente “irrelevancia” entre otros, de los “resultados típicos” en el sentido de las distintas figuras culposas lo que ha servido para hacer, si posible, todavía más “misterio” e incomprensible la ya discutida “relación” entre culpa y resultado» (37).

En definitiva, es necesario aceptar teóricamente lo que en la práctica no deja de ser una realidad: que distintas figuras de la Parte general —como las englobadas en la teoría de la participación o de las formas imperfectas de ejecución— son tributarias de los distintos y concretos tipos delictivos, y que junto con ellos —al suponer una extensión en la tipificación de conductas (38)— contribuyen a una adecuada protección del bien jurídico contra los ataques más intolerables que contra el mismo puedan suceder (39), (40).

Esta idea de dependencia de la Parte general respecto de la especial, resulta avalada por la génesis histórica de aquella (41). En este sentido indica DEL ROSAL que, «hasta finales del siglo XVI no fue posible, en virtud de la carencia de un método adecuado, como, por otro lado, por el estado de evolución de nuestro Derecho, la instauración de una *Parte General* del Derecho penal... Es a partir del instante en que el pensamiento intelectual elabora una síntesis, cuando tropezamos con rudimentarias *Partes Generales* de nuestro Derecho. En Francia, con

(37) MARINUCCI, G. *Il reato come «azione»...* ob. cit., p. 45.

(38) Y la mejor demostración de esta ampliación es que, en casos concretos, el legislador decide limitarla, precisamente por respetar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. En este sentido, el artículo 5 de nuestro vigente Código punitivo constituye todo un paradigma: «Las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas.- Se exceptúan las faltas frustradas contra la persona o la propiedad».

(39) Véase, en el mismo sentido, PEDRAZZI, C. *In concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 6.

(40) Esta interacción entre los dos ámbitos normativos se manifiesta más claramente en cuanto se observe, como indica L. STORTONI (en T. PADOVANI y L. STORTONI *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, pp. 16 y s.), «como las opciones realizadas por el legislador en sede de parte general, tienen un efecto inmediato respecto a las normas de la parte especial y viceversa; por otro lado, el carácter no ontológico de la distinción entre los dos grupos de normas hace que su ubicación en una de las dos partes no sea constante, sino que, por el contrario, pueda variar con el cambio de los tiempos».

(41) En la actualidad esta idea sigue siendo avalada, como indica L. STORTONI (en T. PADOVANI y L. STORTONI *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, ob. cit., p. 14), por los sistemas del *common law*. En ellos, por lo menos hasta épocas muy recientes, los códigos no pasan de ser una mera recopilación de normas incriminadoras, aunque recientemente, y de forma especial en los países de lengua inglesa, se inició un vasto movimiento dirigido a integrar en los respectivos códigos penales, y antecediendo a la «parte especial», una «parte general».

TIRAQUELLUS, 1558; en España, con COVARRUBIAS, 1557 y en Alemania, con VIGETIUS, 1600» (42). Sin embargo, ese «desprendimiento» de las «formas fenoménicas» como la tentativa, proposición y conspiración que, originariamente, se dan insertas de manera «concreta» en el tipo de delito de que se trate (43), tardará en producirse en la legislación (44); y ello a pesar del optimismo de JESCHECK, para el cual «...se encuentra una Parte General en todas las codificaciones penales europeas ya desde mediados del siglo XVIII, primeramente en el *Codex iuris Bavarici criminalis* de A. Kreittemeyer (1751) y más tarde también en la ALR —*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*— (1794)» (45). Y califico de optimista a JESCHECK porque considero que no es exacta su afirmación — con la que, por otra parte, concuerdan autores como RADBRUCH (46)— de que el ALR contenía una Parte general. En este sentido dice HATTENHAUER (47) que «es inútil buscar la Parte general en las codificaciones del siglo XVIII. El Código General de Prusia era tan extenso debido, en gran parte, a que carecía de Parte General. Cada objeto jurídico debía exponerse allí completamente desde sus fundamentos, sin que fuese posible basarse en las doctrinas de una Parte General. Es cierto que también el Código General prusiano tenía una Introducción en la que cabe ver un precedente de la Parte General. En ella, no obstante, se exponían únicamente doctrinas sobre el Derecho en general. Faltaban, en cambio, objetos tales como los presenta la moderna Parte General, especialmente los fundamentos de la teoría de las personas y de la teoría del negocio jurídico. Pues cada esta-
 mento tenía su Derecho propio. No existía ningún motivo ni posibili-

(42) Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal», en *Estudios penales*. Madrid, 1948, p. 21. Véase también, DEL ROSAL, J., COBO, M. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho penal español (Parte especial)*. «Delitos contra las personas». Madrid, MCMLXII, pp. 43 y ss.

(43) ENGISCH, K. *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ob. cit., p. 254, nota (6).

(44) En opinión de FINCKE ello no se ha producido, aún hoy en día, de forma completa; véase, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit., p. 5.

(45) *Tratado de Derecho penal. Parte general* (Traducción y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), vol. I. Barcelona, 1981, p. 25.

(46) Véase, sin embargo, RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Trad. Wenceslao Roces). Madrid, 1974, pp. 111 y s.

(47) *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, ob. cit., pp. 55 y ss.

dad para formular un Derecho que comprendiese todos los estamentos» (48).

No es, efectivamente, hasta el momento en que se consagra el principio de igualdad —y eso únicamente se produce con Napoleón que de un solo golpe termina en Austerlitz con los ejércitos prusianos, austríacos y rusos y, de paso, con toda la estructura jurídica del viejo Sacro Imperio Romano Germánico, que firma su acta de defunción en los primeros días de 1806 (49)— cuando podemos hablar de partes generales; hasta esa fecha —y en ese sentido el ALR constituye todo un ejemplo— la necesidad de tener en cuenta los privilegios de cada estamento habían provocado la imposibilidad de formular unos principios comunes a todos los tipos de, por ejemplo, contratos. Parte general e igualdad se ha-

(48) A propósito de la «Introducción» del ALR, afirma G. TARELLO (*Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 495) que «las formulaciones de principio de la *Introducción* han tenido escasa importancia práctica, no proporcionando normas completas para la solución de controversias jurídicas, sino, por el contrario, aportando solo principios generales (y, normalmente, vacíos de un contenido concreto unívocamente confirmable) para la interpretación de las normas de los dos libros sucesivos; tanto es así, que aquellas formulaciones, normalmente, se sitúan mejor en una historia de las formulaciones verbales que en una historia de las ideologías operativas del Derecho».

En cuanto a la afirmación de HATTENHAUER de que en el ALR se consagraba el Derecho de cada estamento («cada estamento tenía su Derecho propio»), ha de tenerse en cuenta que en el referido cuerpo legal se reconocían tres estamentos principales (campesinos, burgueses y nobles) con dos subdivisiones en cada uno de los dos primeros. Pues bien, con semejante esquema resulta imposible componer una Parte general en el sentido dieciochesco del término, y ello por la sencilla razón de que frente al sujeto único (característica de los códigos del siglo XIX) se continuaba elevando el particularismo jurídico. Con lo dicho, no obstante, no se quiere llegar a la conclusión de que el ALR fuera una mera recopilación legislativa al modo del XVII; en realidad, nos encontramos con un *tertium genus* que bebe en dos fuentes: en la de las recopilaciones, y en la correspondiente a los códigos en el sentido moderno del término (algo parecido sucedía también con el *Westgalizisches Gesetzbuch* o Proyecto Martini de 13 de febrero de 1797 véase TARELLO, ob. cit. p. 525). Se apoya en las recopilaciones por causa del, ya señalado, particularismo jurídico; se acerca a la figura del código moderno en la afirmación del ALR como único Derecho no susceptible de ser integrado acudiendo a otras fuentes, constituyéndose así en el Derecho común del cual han de extraerse los principios necesarios para integrar todas las lagunas que pudieran observarse en la regulación particularizada de las distintas instituciones, presentándose, por tanto, como un sistema jurídico cerrado. Y no se conformaron los redactores del ALR en constituir a éste en el único Derecho común, sino que se separaron considerablemente del Derecho común por excelencia: el Derecho Romano (véase en este sentido: SCHULZ, *F Principios del Derecho romano* (Trad. Manuel Abellán Velasco), Madrid, 1990, pp. 41 y ss. Véase también, H. REICHEL *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último* (Trad. Emilio Miñana Villagrasa), Madrid, 1921, p. 3).

(49) Véase, P. BECCHI «Anselm Feuerbach e la polemica sulla codificazione», ob. cit., pp. 65 y ss.

llaban, en ese sentido, en una relación de dependencia directa. La falta de aplicación de ese principio es lo que provoca (50) que, por ejemplo, el Código General para los Estados Prusianos tuviera más de diez y siete mil preceptos, frente a los apenas dos mil del Código napoleónico.

En nuestro país, y por lo que a la legislación penal se refiere, las leyes históricas contemplaban en los particulares tipos delictivos aquéllas circunstancias —legítima defensa, por ejemplo— que en el caso concreto impedían la aparición de responsabilidad criminal alguna (51). Sirva como manifestación de lo afirmado la Ley II, Título VIII, de la Séptima Partida:

«Matando algun ome, o alguna muger, a otro a sabiendas, deue auer pena de omicida, quier sea libre, o sieruo, el que fuesse muerto. Fuera ende, si lo matasse en defendiendose, viniendo el- otro contra el, trayendo en la mano cuchillo sacado, o espada, o piedra, o palo, o otra arma qualquier con que lo pudiesse matar. Ca entonces si aquel, a quién acomete, mata al otro que lo quiere desta guisa matar, non cae por ende en pena alguna. Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome aya poder de amparar su persona de muerte, queriendolo alguno matar a el; e non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podría morir el que fuesse acometido, e despues non se podría amparar» (52).

En realidad no es hasta el Código penal de 1822 cuando se dispone en nuestro país, legislativamente, de una Parte general.

Sin embargo, el que los códigos estuvieran dotados ya en el siglo XIX de una Parte general, no significa que se hubiera logrado una perfecta síntesis entre los tipos concretos y los principios generales acogidos en el Libro I de los distintos códigos. Es decir, si bien en pura teoría

(50) Junto a algún otro factor; como, por ejemplo, el hecho de que el ALR, y a diferencia de lo que ocurriría con las codificaciones del XIX, acogía no sólo el Derecho civil, sino también parte del Derecho público —Derecho penal, así como normas que, unos años después, serían acogidas en los textos constitucionales—. De todas formas este hecho —no especialización de los códigos— no constituye el motivo fundamental de la extraordinaria amplitud del ALR: el problema era que se debía incluir la regulación que afectaba a tres estamentos distintos, con varias subclases, en un solo cuerpo legal.

(51) Lo mismo sucedía en la legislación aplicable a otros países; así, en la *Constitutio Criminalis Carolina* por lo que se refiere a Alemania (véase M. FINCKE *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit. p. 3).

(52) Véanse, asimismo: Ley 6, Título 4, Libro 6 del Fuero Juzgo; Ley 1, Título 17, Libro 4 del Fuero Real; Ley 2, Título 22, del Ordenamiento de Alcalá; Leyes 1 y 4, Título 23, Libro 8 de la Nueva Recopilación, y Ley 1, Título 21, Libro XII de la Novísima Recopilación.

al procedimiento de abstracción se llega desprendiendo notas distintivas constantes de los objetos de estudio (53), en el procedimiento legislativo no se procedió —por lo que al total sistema se refiere— de esta forma, sino que se llegó a la elaboración de las partes generales de los códigos a través del predominio de aproximaciones de corte filosófico a los problemas de la Parte general. De esta forma se crearon partes generales alejadas, en muchos casos, de la regulación concreta de los tipos delictivos. Este fenómeno se muestra especialmente en la dogmática de la Parte general del Derecho penal, que por su alejamiento de los problemas de la Parte especial no se percató hasta entrado el siglo XX de que la conclusión: «todo lo objetivo pertenece al tipo y todo lo subjetivo a la culpabilidad», chocaba frontalmente con la estructura de los tipos que incluían «elementos subjetivos de lo injusto».

Algo parecido sucede con los llamados «elementos normativos típicos» (54); para BELING, el tipo es valorativamente neutro (55) y contiene, exclusivamente, elementos descriptivos. Semejante concepción, sin embargo, no admitía, como puso de manifiesto M. E. MAYER (56), verificación alguna en los tipos contenidos en las partes especiales de los códigos (57).

(53) LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 440.

(54) Véase, ENGISCH, K. «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1954, pp. 127 y ss.

(55) Véase, sin embargo, la matización de H. WELZEL en *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, pp. 49 y s., *id.*, *Derecho penal alemán. Parte general* (Trad. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ), 2.^a ed., Santiago de Chile, 1976, pp. 79 y s.

(56) Frente a la opinión general de que fue M. E. MAYER quien introdujo los elementos normativos en la dogmática penal, SUAY HERNÁNDEZ, C. afirma que, «Sin embargo, Herberger señala como origen un trabajo de Eduard Kohlrausch publicado en 1904, en un libro colectivo en memoria del centenario de la muerte de Kant. En este trabajo, de inspiración neokantiana, Kohlrausch plantea la diferencia entre descripciones y valoraciones: diferencia que se corresponde con un dualismo metodológico referido a las ciencias de la naturaleza y a las ciencias del espíritu, propio de la filosofía neokantiana» («Los elementos normativos y el error» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 102).

(57) Véase, JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El delito*, 3.^a ed. (actualizada), Buenos Aires, 1965, pp. 905 y ss., donde incluye una lista interminable de los elementos normativos que, según él, se hayan presentes en distintos códigos penales. De todas formas, el número de tipos que contienen elementos normativos crecería desmesuradamente si aceptáramos, como hace MEZGER (*Tratado de Derecho penal*, T. I, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, p. 320) el planteamiento de ERIC WOLF para el cual «todos los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados» (cit. por MEZGER, ob. últ. cit., p. 320 y nota [20]).

De esta situación de mutua incomprensión entre Parte general y Parte especial, se vino a salir con la inauguración por BELING del concepto de tipicidad. Al centrar, el autor alemán, la atención de la teoría del delito en el tipo de lo injusto, obligó a que toda generalización pasara por un examen de los tipos en concreto, para a partir de esa operación inductiva, construir un cuadro conclusivo aplicado a los distintos tipos delictivos. No obstante, la relación no termina en el punto apenas indicado, sino que una vez obtenida la abstracción, ésta debía tenerse en cuenta a la hora de precisar los elementos de los distintos tipos delictivos. Se establece así una relación dialéctica entre Parte general y Parte especial, en base a la cual los tipos delictivos concretos determinan la elaboración de la Parte general, pero una vez construida ésta, esos conceptos abstractos se reflejarán a su vez en lo concreto, en lo particular, contribuyendo a la nueva redefinición de los tipos penales.

Es lo cierto, sin embargo, que esa operación inductiva no está exenta de dificultades y que, precisamente, una errónea realización de la misma puede conducir —y de hecho así ha sido— a elaboraciones teóricas que, lejos de aclarar el contenido de los tipos concretos, han impedido la comprensión de categorías fundamentales en la dogmática del delito. Pensemos, por ejemplo, en la omisión.

Respecto a la omisión, se ha intentado comprenderla, junto a la comisión, en un concepto general de acción, el cual tendría que desarrollar, «Todas las formas del actuar humano que puedan ser relevantes para el Derecho penal —comportamiento doloso e imprudente, hacer activo y omisión— han de tener cabida en el concepto de acción (*función de clasificación*). El concepto de acción debe, además, poseer el suficiente contenido material para que puedan referirse las ulteriores especificaciones representadas por las categorías sistemáticas jurídico-penales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (*función de definición*). Pero tampoco puede adelantar los elementos generales del delito, pues ello conduciría de nuevo a la confusión de los mismos en el concepto de imputación del derecho común (*función de enlace*). Finalmente, el concepto de acción debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso pueden poseer relevancia jurídico-penal (*función de delimitación*)» (58). Este superconcepto de acción se ha tratado de construir por distintas vías (59), pero, por lo que aquí interesa, voy a referirme, únicamente, a dos de ellas.

(58) JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. I, ob. cit., p. 291.

(59) Véase, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 3 y ss., y HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 25 y ss.

Para la primera, de base naturalística, se trataba de acentuar en los tipos omisivos aquéllas características atribuidas previamente a los delitos comisivos; y, así, se indicaba que lo fundamental era la acción verdaderamente ejecutada en lugar de la mandada (y omitida). Para la segunda, de base normativa, y en su esfuerzo de reconducir acción y omisión a un género común, se trataba de poner el acento en la dependencia de las distintas especies respecto a la norma.

Pues bien, la primera teoría —influida por el pensamiento del *aliud agere* en la elaboración del concepto general de acción (60)— lo que hace es dar un predominio absoluto a la estructura de las conductas comisivas; olvidando que en los delitos de omisión se sanciona, no por lo que el autor estaba haciendo sino por lo que ha dejado de hacer. La segunda teorización realiza, justamente, la operación inversa; es decir: construye el concepto sobre la base de la omisión. De esta forma olvida que mientras que no es posible concebir una omisión sin referencia normativa alguna (61), no sucede lo mismo con la acción que, por el contrario, preexiste a la norma, limitándose el legislador a acotar las que quiere considerar relevantes para el Derecho penal.

¿Cuál ha sido el problema? Seguramente un incorrecto planteamiento metodológico; una gran incomprensión del cómo debe construirse la dogmática de la parte general del Derecho Penal. Es decir: el olvido por parte del dogmático de que «el único punto de vista metódico en el cual él deberá situarse será aquél que parte desde el principio del plano normativo: mejor, sobre el plano de un *concreto* ordenamiento penal, vigente en un determinado país, en un cierto momento histórico (62). No basta, en efecto, hacer genéricas referencias a la “norma”, al “derecho”, o a los “sistemas normativos”; y ni siquiera basta esquematizar este o aquél concepto de norma (o de “derecho” o de “sistema normativo”), para después deducir de la “esencia” del uno o del otro concepto, el concepto de acción que “necesariamente” le soporta como “premisa”. De este modo —y aunque sea con un distinto grado de arbitrariedad— se termina en efecto con sustituir un apriorismo con otro apriorismo: en el puesto de la jurnaturalística referencia a la “naturaleza

(60) Véase, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *La omisión de socorro en el Código penal*. Madrid, 1966, pp. 21 y ss.; véase también: DELITALA, G. «Il “fatto” nella teoria generale del reato», en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, pp. 99 y ss., y CADOPPI, A. *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, pp. 166, y bibliografía allí indicada.

(61) Véase, por todos, CADOPPI, A. *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico-criminali*, ob. cit., pp. 172 y ss., y bibliografía allí citada.

(62) Véase también, en este sentido, RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., Madrid, 1959, p. 159. De cualquier forma, el juicio de MARINUCCI, aún siendo correcto en lo fundamental, debe ser matizado para no incurrir en un exceso de «particularismo jurídico» que impediría una correcta evolución de la ciencia del Derecho.

de las cosas” o “a la esencia del hombre” o de la “vida”, se pone otra apodíptica y jusnaturalística referencia a la “esencia” de la norma, del derecho o de los sistemas normativos» (63), (64).

También ha sido frecuente un manejo excesivamente ligero de la metodología de la dogmática penal, lo que, frecuentemente, lleva a errores e incertezas que no por inadvertidos dejan de ser graves. «Los más importantes síntomas de una falta de meditación teórica de los puntos de partida y de las conclusiones metodológicas, podían, ante todo, consistir en el hecho de que frecuentemente se varían conceptos gratuitamente, se confunden modos de representación y se cambian sin motivo planos conceptuales. Así, se permuta el ámbito ontológico con el normativo; se confunden puntos de vista jurídicos y morales; se desconoce la

(63) MARINUCCI, G. *Il reato come “azione”*. *Critica di un dogma*, ob. cit., pp. 31 y s.

(64) En el mismo sentido señala T. WÜRTENBERGER (*La situazione spirituales della scienza penalistica in Germania*, ob. cit., pp. 24 y s.) que «Es metodológicamente errónea la tendencia, que hoy se puede observar en la ciencia penal, de atribuir un carácter absoluto a ciertos contenidos conceptuales, remitiéndose irreflexivamente a su “estructura” “lógico sustancial” (*sachlogisch*) o a la “naturaleza de las cosas”. El punto de partida es la concepción según la cual al legislador y al penalista le son “dadas *a priori*” ciertas “estructuras ontológicas” del ser, a las cuáles ellos estarían vinculados, desde el punto de vista dogmático, al formular un juicio. Así, por ejemplo, se mantiene que el dolo finalísticamente determinado pertenezca por su estructura ontológica a la acción, motivo por el cual esta inserción en el sistema sería determinante tanto para la legislación como para la doctrina. Esta concepción que vincula las valoraciones penales a tales estructuras lógico objetivas, no ha logrado imponerse en la doctrina jurídica ni en la dogmática penal. Partiendo desde un punto de vista científico general, no se puede afirmar que estas estructuras lógico sustanciales, immanentes a los conceptos jurídicos, constituyan datos “al margen del tiempo” y verdades “eternas”. Con razón Erik Wolf sostiene que el considerar que tales nexos estructurales tengan carácter eterno, está en contradicción, precisamente, con la ontología moderna y con el conocimiento de la historicidad de todo aquello que es: estas verdades de la esfera lógico sustancial, por lo tanto, serían solamente “relativamente” vinculantes... La moderna dogmática penal, al considerar que las estructuras lógico sustanciales tienen carácter absoluto, debería tomar como ejemplo la filosofía del Derecho, donde, respecto a los precedentes y vanos esfuerzos por dar pleno fundamento a la “naturaleza de la cosa”, se encuentra hoy un creciente escepticismo sobre la posibilidad de alcanzar tales apriorísticos objetos del ser (*Seinsgegenstände*). También el desarrollo de la más reciente dogmática penal demuestra cada vez más la imposibilidad de sostener la tesis de la “preexistencia ontológica” de los conceptos jurídicos. Precisamente, la teoría de la acción final, en muchas partes de su sistema, tiene que abandonar el carácter ontológico de sus cogniciones a favor de una valoración normativa de su substrato. Como ejemplo se recuerde la tentativa, fallida, de predeterminar en forma “ontológica”, antes de realizar una decisiva valoración normativa, la esencia de la acción en el ámbito de los delitos culposos o de omisión o, incluso, en el ámbito del derecho penal disciplinario (*Ordnungsstrafrecht*). Aquí es válido el dicho: “Estigmatizar por medio de la norma lo dice todo, mientras que la estructura lógico sustancial no dice nada”».

diferencia entre consideraciones objetivas y subjetivas, o -cosa igualmente reprochable- se absolutiza un concepto a consta de otros, igualmente significativos a los fines de la dogmática... Si se consideran en su conjunto los sistemas penales ofrecidos por la ciencia moderna, en las exageraciones que con frecuencia se hallan, en la excesiva diferenciación en la formación de los conceptos y en la oscura estructura del sistema, se pueden encontrar asonancias con la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) hace tiempo superada. Tendiendo a la pureza dogmática del sistema, se esconden a veces los problemas sustanciales de la ciencia penal suscitados en nuestro tiempo. Existen hoy concepciones y teorías que, por decirlo con Rudolph von Ihering, en la tentativa de tomar impulso en la vida,... ofrecen rápidamente la prueba de no soportar el aire puro de la realidad» (65).

En otras ocasiones, y empleando como cobertura los medios generales de la lógica, el jurista define las conclusiones con anticipación a las premisas que supuestamente le han permitido llegar a aquéllas. De esta forma, cualquier conclusión le es alcanzable en su análisis «científico». En este sentido afirma KANTOROWICZ (66) que «...puede figurar como premisa del principio jurídico y con rigor lógico cualquier proposición; sea la «*lex legum*» de la escolástica o la «*ratio legis*» de sus seguidores. Así se puede lograr cualquier proposición jurídica como conclusión. Por esta razón debe haber, también en este caso, una instancia que escoja entre las premisas posibles aquellas que sólo suministran conclusiones deseadas. Esta instancia, conforme resulta de lo dicho, no es la razón sino la voluntad. El desconocimiento de la situación descrita se explica psicológicamente por el hecho de que las premisas inidóneas para el fin deseado ni siquiera pasan por el umbral de la conciencia jurídica».

Por otra parte, se han forzado los sistemas clasificatorios cuando, por el autor de los mismos, se comprobaba que en las categorías por él ideadas no encajaban exactamente todas las «especies» que en ellas quería incluir. Así, no se ha dudado, en algunos casos, en crear «zonas de sombra», «subespecies», casos «*sui generis*», especies «límite», etc., incurriendo, por ello, en contradicciones. De esta forma se ha olvidado que, como dice ENGISCH, «Un concepto genérico que, al desarrollarse en especies, de lugar a contradicciones *in adjecto*, no sirve. Pero no sólo contradicciones; también hay que evitar otros absurdos. El conocido concepto de acción, formulado por Liszt, como motivación de una “mo-

(65) T. WÜRTEMBERGER. *La situaciones spirituale della scienza penalistica in Germania*. ob. cit., pp. 9 y s.

(66) «La lucha por la ciencia del Derecho», en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN y KANTOROWICZ *La ciencia del Derecho* (Trad. Werner Goldschmidt). Buenos Aires, 1949, p. 348.

dificación en el mundo exterior” no resulta apropiada para una especie como la de los delitos de exteriorización que no dependen de modificaciones del mundo exterior, sino del sentido e importancia» (67).

Ciertamente no se me ocultan otras dificultades —aparte de las puramente metódicas— que se presentan, en muchos casos, para el establecimiento de la adecuada correlación entre una dogmática de la Parte general y los concretos tipos penales. Esas dificultades a las que ahora me refiero radican, especialmente —y como veremos detenidamente más adelante—, en la gran contingencia de los tipos de la Parte especial. Lo que provoca ya no solo discordancias con las elaboraciones teóricas, sino también con las normas contenidas en el Libro I del Código penal. Piénsese, para comprobar esta afirmación, en todas las reformas que ha sufrido nuestro Código penal, en su Parte especial, desde el texto refundido del 73, a cambio de las muy escasas que afectaron al Libro I hasta la reforma del 25 de junio de 1983.

Para concluir, indicar que con lo dicho no se pretende que el dogmático se limite a «copiar» el sistema legal; por el contrario, «Al profundizar, puede completar hacia arriba y hacia abajo el sistema dado por el legislador, ya mediante conceptos genéricos de más alto rango, ocultos al legislador o por él preferidos, ya mediante el desarrollo hermenéutico de grupos de casos específicos a incluir en los géneros y especies legales» (68).

(67) *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*. ob. cit., pp. 312 y s.; véase también, ERIK WOLF *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit...* ob. cit., pp. 14 y s.

(68) ENGISCH, K. *La idea de concreción...* cit., p. 310.

El «Insider Trading» (1)

JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

SUMARIO: I.- INTRODUCCION. 1. Presentación. 2. Importancia del secreto y de la tipificación del abuso de la información privilegiada. II.- SOLUCIONES. 1. Derecho comparado. 2. Directiva comunitaria. 2.1 Razón de ser. 2.2 Sujeto activo. 2.3 Personas físicas. 2.4 Personas jurídicas. 2.5 Prohibiciones. 2.6 Información privilegiada. 2.7 Valores negociables. 2.8 Sanciones. 2.9 Jurisdicción. 2.10 Cooperación. III.- SOLUCION ESPAÑOLA. 1. Ley del Mercado de Valores. 1.1 Información privilegiada: concepto. 1.2 Deberes. 1.2.1 Deber de salvaguardia. 1.2.1.1 Normativa legal. 1.2.1.2 Sujetos del deber. 1.2.1.3 Contenido de ese deber. 1.2.1.4 Murallas chinas. 1.2.1.5 Límite del deber de salvaguardia. 1.2.2 Deber de abstenerse de actuar. 1.2.2.1 Normativa legal. 1.2.2.2. Sujeto del deber. 1.3 Infracciones. 1.4 Sanciones. 2 Solución penal. 2.1 Antes de la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo que modificó los arts. 367 y 368 del Código penal. 2.2 Después de la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo que modificó los arts. 367 y 368 de Código penal. IV.- USO DEL SECRETO O DE LA INFORMACION PRIVILEGIADA. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 2.1 Sujeto activo. 2.2. La conducta típica. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación.

I. INTRODUCCIÓN

1. Presentación

Estratégicamente, una oferta pública de adquisición de acciones requiere que su lanzamiento sea preparado en secreto, pues, de otra mane-

(1) Texto de la Ponencia desarrollada en el Curso sobre «La nueva delincuencia (II)», organizado por el Consejo General del Poder Judicial, correspondiente al Plan estatal para 1993.

ra el precio de las acciones de la empresa que va a ser adquirida puede alzarse de forma espectacular. Una oferta pública o una fusión de empresas produce la subida de las cotizaciones de las acciones, por lo que aquella persona que, con conocimiento de la operación, se adelanta y adquiere acciones de la empresa que va a ser adquirida, a buen seguro que cuando se haga pública la operación y suban las cotizaciones, habrá conseguido ganar mucho dinero.

En otras ocasiones, si el informado ha adquirido las acciones y la operación no acaba de realizarse, también puede revelar la información a los periódicos especializados (anunciando, por ejemplo, la fusión de dos sociedades), consiguiendo de esa manera un alza en las cotizaciones.

De muy diversas formas puede actuar en el mercado una persona que posea información confidencial, y variados son los sistemas que puede utilizar para alterar las cotizaciones, ya que los indicados no son mas que unos ejemplos muy simplificados que ponen de relieve la importancia que puede llegar a adquirir la existencia de informados y soplones.

Por tal razón, en el mercado de valores hay que conjugar el secreto con la máxima información pública. Cuanto más y mejor informado se encuentre el inversor menos ámbito existirá para las informaciones confidenciales y, ahí, en ese pequeño espacio —temporal y espacial— es en el que debe exigirse totalmente la regla del secreto.

2. Importancia del secreto y de la tipificación del abuso de la información privilegiada

La información y, por consiguiente, la transparencia dentro del mercado de valores constituye un elemento esencial para su correcto funcionamiento. Cuanta mayor información exista, más fielmente el mercado reflejará la realidad, con lo que se ganará en seguridad. Por el contrario, una información falsa o una información manipulada conduce, evidentemente, a la formación de unos precios ficticios y con ello a un mercado de valores artificial.

Precisamente tras el famoso «crack» de 1.929 de la Bolsa de Nueva York es cuando en Estados Unidos se toma conciencia de la necesidad de regular la enajenación de los títulos valor, interviniendo en el mercado estableciendo mecanismos de protección, dictándose al respecto dos importantes normas (la *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934). Poco a poco estas normas norteamericanas de 1.933 y 1.934 se irán perfeccionando (entre otras, mediante *The Insider Trading Sanctions Act* de 1983) e inspirarán la regulación legal de la materia en otros países. La idea fundamental que persigue esta legislación es la claridad y transparencia en el mercado de valores erradicando la manipula-

ción de la información y la especulación injusta con los títulos valor, pues, con ello, se conseguirá la confianza en el sistema bursátil. Para conseguir estos objetivos se hacía necesario controlar la información y erradicar las prácticas *insider tradings*. Ampliando los niveles de información, obligando al respecto en consecuencia a los operadores financieros, y estableciendo, al tiempo, en ciertas materias deberes de secreto, son dos medios de actuación conjunta que permitirán alcanzar los objetivos indicados.

No obstante, aunque la doctrina mayoritaria está conforme en que deben atajarse las prácticas *insider tradings*, la cuestión es objeto de polémica por mostrarse decididamente en contra una parte minoritaria de la doctrina. Además, como veremos, si bien hay acuerdo mayoritario en la prohibición, existen importantes discrepancias a la hora de establecer las sanciones, concretamente en cuanto a si debe recurrirse al derecho penal estableciendo un tipo delictivo que prevea la conducta del *insider trading*.

En contra de la prohibición del *insider trading* se aduce básicamente:

- Por una parte, que el *insider trading* funciona como medio de revelación de información de interés para el mercado, de manera que si se permite el uso de la información los precios deberán ajustarse rápidamente a su valor real en función de la información que se posee.
- Por otra parte, se añade que la existencia del *insider trading* operando en el mercado puede incrementar los beneficios de los accionistas al conseguir que los precios de mercado sean los reales.
- También se arguye que las ganancias obtenidas por el *insider* proceden de su trabajo y de su agudeza en la interpretación del mercado.
- Y, por último, suele indicarse que no debe prohibirse, pues, su conducta no produce la existencia de perjudiciados; nadie resulta perjudicado porque en el mercado operen los *insider tradings*.

La doctrina mayoritaria no comparte en modo alguno los argumentos indicados dado que se considera que lo que realiza el *insider* es provocar en su provecho fluctuaciones en los precios generando desconfianza en el mercado. Por ello, a favor de la prohibición de los *insiders* se alega:

- Por una parte, la necesidad de mantener un correcto funcionamiento del mercado en el que se garantice el principio de igualdad entre los inversores, de manera que todos tengan el mismo acceso a la información y operen con las mismas posibilidades.

- Por otra parte, se indica que si bien en su origen en el mercado de valores sólo funcionaban profesionales, hoy día, por el contrario, actúan particulares que deben tener confianza en el sistema que ha de ser justo y limpio, estableciendo mecanismos de protección frente a ciertas opciones que puedan afectar a dichas características.
- También se señala que la presencia del *insider* es un factor de confusión que con su mera posible existencia, genera un incremento en los costos de las transacciones, lo que, a su vez, repercute en la formación del capital.
- Frente al argumento relativo a que los beneficios son consecuencia del trabajo del *insider*, se opone que los beneficios corresponden a la empresa que es la que los genera, que la información pertenece a la empresa y que lo que el *insider* pueda saber, procede de su posición en la empresa, por lo que se está apropiando de algo que no le pertenece (esta argumentación, como veremos, ha dado lugar a la *Misappropriation Theory*).
- Por último, en la actualidad, se advierte que, con la movilidad internacional existente, las garantías de los mercados deben ser similares, de forma que las precauciones establecidas en unos mercados habrán de aparecer en los demás que están relacionados. Razón que, aunque se defiende a nivel internacional particularmente por EEUU, se hace si cabe más necesaria en el ámbito de la CEE debido a la liberación de los movimientos de capital (por ejemplo, la legislación suiza del *insider trading* fue, en cierto modo, una «imposición» de los EEUU).

En definitiva, se mantiene la necesidad de defender el principio de igualdad entre los inversores y el principio de confianza de los inversores en la pureza del sistema y sólo protegiendo estas dos coordenadas podrá mantenerse un sistema de economía de mercado. Por tales razones, puede concluirse que el bien jurídico protegido es la seguridad en las transacciones, la adecuada fijación de precios y el sistema bursátil en cuanto eje básico de una economía de mercado. En otras palabras, la confianza del inversor en un mercado de valores regido por el principio de igualdad de oportunidades.

Aunque la evolución aparece decididamente dirigida a la prohibición de los *insider tradings*, e incluso mediante sanciones penales, lo cierto es que la regulación no es completa y la polémica surge en relación con las parcelas todavía no abarcadas claramente por la prohibición. Así, por ejemplo, en EEUU se está discutiendo, no ya el tema de los *insiders* de forma general, o la amplitud con que deben englobarse los *outsiders*, sino si deben ser castigados en ámbitos concretos, como el mercado de los bonos basura (*the junk-bonds market*).

II. SOLUCIONES

1. Derecho comparado

La regulación entre los diversos países fluctúa entre la ausencia de intervención estatal hasta la sanción penal, pasando por la sanción administrativa. A pesar de que la utilización de la sanción penal se decante mayoritariamente como la solución a adoptar, ello no impide que junto a la misma se considere adecuado la existencia de medidas de vigilancia disuasorias y protectoras del mercado, así como la imposición de deberes relativos a la información, estimándose que la sanción penal debe entrar en último caso y en relación con los supuestos más graves.

Una de las medidas adoptadas en diversos países es *la creación de Comisiones*, entre cuyas funciones se encuentra la vigilancia y control del mercado, disciplinando al efecto las medidas correspondientes.

La pionera es la SEC (*Securities and Exchange Commission*; Comisión de Intercambio de Valores) estadounidense, creada por la *Securities Exchange Act* (Ley de Intercambio de Valores) de 1.934, cuyas funciones principales son velar por el buen funcionamiento del mercado de valores y desarrollar e interpretar en el ámbito administrativo las leyes bursátiles. Este modelo ha inspirado otras Comisiones de carácter similar en otros países, como la COB (*Commission des Opérations de Bourse*) francesa, la CONSOB (*Commissione nazionale per la società e la borsa*) italiana y la CNMV (*Comisión Nacional del Mercado de valores*) española.

La CNMV fue creada por la Ley 24/1988, de 28 julio, del Mercado de Valores y, conforme al art. 14 de la misma, la CNMV «queda configurada como un Ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada».

Las funciones aparecen recogidas en el art. 13, que dispone que a la Comisión «se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta Ley.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines.

La Comisión del mercado de Valores asesorará al gobierno y al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas en las materias relacionadas con los

mercados de valores, a petición de los mismos o por iniciativa propia. Podrá también elevar a aquellos propuestas sobre las medidas o disposiciones relacionadas con los mercados de valores que estime necesarias. Elaborará y dará publicidad a un informe anual en el que se refleje su actuación y la situación general de los mercados de valores».

Así pues, la instrucción de los expedientes en relación con quienes infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores, y la competencia para la imposición de las sanciones correspondientes, viene atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuando se trata de infracciones graves y leves y, al Ministro de Economía y Hacienda (a propuesta y previa instrucción del expediente por la CNMV) cuando se trata de infracciones muy graves. En este sentido, la solución española se inclina por una intervención estatal que se mueve en el ámbito del derecho administrativo, pero sin excluir la posible sanción penal. Por ello, el art. 96 LMV establece que «el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento». Esta es una solución bastante común en el derecho comparado.

En efecto, pues, en términos generales, en la actualidad, el sistema utilizado para evitar las prácticas de los *insiders* son de carácter administrativo, apoyadas por sanciones penales. Así ocurre en EEUU, en Francia, en Holanda, en Suiza y en Italia. A este grupo ha de unírsele, hoy día, Gran Bretaña, que junto con un sistema de autodisciplina, a partir de 1.985 se han introducido también las sanciones penales.

Por el contrario, Alemania prefiere seguir un sistema basado en la autodisciplina privada sin necesidad de acudir a la sanción penal. Son los propios operadores del mercado los que se comprometen a no aprovecharse de informaciones privilegiadas. Como seguidamente veremos, Alemania fue uno de los países que más se opuso a que la Directiva comunitaria sobre los *insiders* estableciera que los Estados miembros tenían que aplicar al respecto medidas de carácter penal. Por tal razón, la Directiva deja de forma imprecisa el tema de las sanciones a aplicar. No obstante, Alemania ha tenido que acoplarse a las demás exigencias de la Directiva. Además, con posterioridad, en 1991 el escándalo ocurrido en la Bolsa de Frankfurt relativo a un *insider*, ha modificado en gran medida la idea sobre la conveniencia de utilizar incluso las sanciones penales.

2. Directiva comunitaria

El 21 de mayo de 1987 la Comisión de las Comunidades Europeas presentó una Propuesta de Directiva al Consejo de las Comunidades Europeas relativa a los *insider tradings*, habida cuenta la diversa regulación existente al respecto en los países miembros. Después de las discusiones correspondientes respecto a los conceptos, alcance y sanciones a aplicar, por fin se llegó a la adopción de la Directiva de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada. En consecuencia, todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para el cumplimiento de la Directiva, antes del 1 de junio de 1992, fecha tope de entrada en vigor en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

2.1 Razón de ser

En la exposición previa en la que el Consejo explica las razones por las que ha adoptado la Directiva, nos revela tres cuestiones fundamentales: que considera básico el buen funcionamiento de un mercado de valores; que inspire confianza al inversor y le asegure la igualdad de condiciones; que es preciso luchar contra las operaciones realizadas mediante información privilegiada; y, que es necesario armonizar las legislaciones pues tal medida permitirá una mejor cooperación entre las autoridades competentes en la lucha contra las operaciones transfronterizas con información privilegiada. Se trata, por consiguiente, de una medida dirigida a conseguir en el ámbito de la Comunidad económica europea, un mercado único de títulos-valor y obligaciones.

2.2 Sujeto activo

¿Quién es el *insider trading*? Evidentemente, en una primera aproximación, se trata de una persona que posee información privilegiada y se aprovecha de ella. Ahora bien, con esto no es suficiente pues habrá que perfilar más el concepto, dado que deberán decidirse diversas cuestiones, como por ejemplo: como ha obtenido la información; si el facilitar el aprovechamiento de terceros es suficiente; que ocurre con las personas jurídicas, etc.

En relación con el *insider trading*, puede mantenerse un concepto estricto, de manera que acoja solamente al *insider* propiamente dicho, o un concepto amplio, comprensivo tanto de los *insiders* como de los *outsiders*. La solución estará en función de la vinculación que vaya a exigirse entre la persona del *insider* y la información de que se trate, lo

cual, a su vez, viene determinado por la teoría que se mantenga a la hora de establecer la razón para castigar las conductas de los *insiders*.

El *insider* propiamente dicho es aquella persona que debido a su profesión o trabajo, conoce información privilegiada relativa a la empresa o sociedad en la que trabaja. Estos son los llamados *internal insiders*. Si defendemos este criterio, entonces podemos y debemos exigir una vinculación del sujeto con la sociedad o empresa a la que se refiere la información, pues ello nos dará la pauta para excluir a aquellas personas carentes de dicha vinculación. Por tal razón, este criterio deja fuera de la prohibición y, por consiguiente, impunes, a los *outsiders* (por ejemplo, el camarero o el taxista que oyen la información; o bien, el tercero a quien el *insider* le transmite la información).

Existen personas, ajenas a la sociedad o empresa, que llegan al conocimiento de la información privilegiada a través de confidencias de personas pertenecientes a la sociedad (*insiders*). Dichas personas, llamadas también *external insiders*, o *insiders at second hand*, conocidos también como *tippees* (dentro de ellos, a su vez, también se realizan distinciones como los *aiders* (ayudantes; cómplices), *abettors* (inductores) y los *tippees*), esto es, informadores o soplones, presentan el problema de que no son propiamente *insiders*, y no tienen vinculación ninguna con la sociedad o empresa y, por tanto no tienen ningún deber de fidelidad para con la misma. Respecto de los *tippees* es preciso concretar dos cuestiones: por una parte, para que sean sancionables es necesario que el *outsider* tenga conocimiento de que de una información privilegiada y, en consecuencia, que la confidencia del *insider* implica una violación por parte de éste de su deber de guardar secreto. Por otra parte, debe determinarse hasta que momento de la cadena de informadores sucesivos puede existir sanción; en otras palabras, resolver el problema del «informador remoto».

La sanción del *outsider* es realmente polémica, por cuanto no puede decirse que haya infringido ningún deber de fidelidad. Si fundamentamos la sanción en que su conducta implica un ataque al principio de igualdad en el mercado de valores, entonces, tanto debe sancionarse al *outsider* con conocimiento de la infracción del *insider*, como cuando su información privilegiada la adquiere por azar (*causal tipee*), dado que también en este caso quiebra el principio de igualdad (en este supuesto, es cierto que el *outsider* no viola ninguna obligación para con la sociedad o empresa, pero sí hemos de partir del presupuesto de que ha de intervenir con pleno conocimiento de que actuando de esa forma ataca el principio de igualdad y el correcto funcionamiento del mercado bursátil). Para evitar esta conclusión se ha mantenido que los *tippees* cuando adquieren la información privilegiada de un *insider* con conocimiento de que éste ha infringido el deber de fidelidad, entonces asumen un «deber de fidelidad derivado» que sería el que infringe el *outsider*. De esta manera se fundamenta la exclusión de los supuestos en los que el acceso a la información fue debido al azar.

Como indicamos, para poder distinguir entre el *insider* y el *outsider* es preciso definir que tipo de vinculación debe unir a la persona del informado con la sociedad o empresa de la que procede la información. Para resolver ésta cuestión, en el derecho norteamericano se han ensayado básicamente tres teorías: «*The equal access theory*» (teoría del acceso igualitario); «*The fiduciary duty theory*» (teoría del deber de confianza); y, «*the missappropriation theory*» (teoría de la apropiación indebida). A nuestro juicio, ninguna de las tres llega a ser absolutamente convincente.

La teoría del acceso igualitario a la información basa simplemente la sanción en la quiebra del principio de igualdad, de manera que conforme a la misma, todos los que intervengan en el mercado de valores están obligados a revelar el secreto o a abstenerse de actuar (*disclose-or-refrain duty*) si poseen la información, pues intervenir en el comercio poseyendo la información da lugar a una solución injusta («*inherent unfairness*»), por lo que también se le llama «*unfairness doctrine*». Evidentemente, la falta de definición y concreción hace inviable esta teoría. Y además, esa obligación general, aplicable a todo el mundo, de revelar el secreto o de abstenerse de intervenir, no existe.

La teoría del deber de confianza se fundamenta en establecer la obligación de revelar la información privilegiada que se posea cuando entre las personas correspondientes existe una relación de confianza o de fidelidad. Desde este punto de vista, cada una de las partes que intervienen en la transacción tiene derecho a conocer la información privilegiada que el otro posee en los casos en que entre ellos pueda aceptarse la existencia de dicha relación de confianza (junto a ello, correlativamente, la obligación se circunscribe a las operaciones cara a cara, «*face to face*», y no a aquellas realizadas con intermediación). Esta teoría reduce de forma importante el círculo de personas a las que se les aplica la regla prohibitiva del *insider*. El Tribunal Supremo de EEUU ha mantenido esta teoría en varias sentencias. La primera fue *Chiarella*. *United States* (445 U.S. 222) de 1.980, siendo ponente el magistrado Lewis Powell. Vicent Chiarella trabajaba en la imprenta Pandick Press que imprimía folletos con información financiera. A pesar de que cuando se trataba de anuncios de ofertas de adquisición de acciones la identidad de las empresas se ocultaban bajo nombres falsos o dejándolos en blanco, pues, los nombres verdaderos sólo llegaban en el último momento, sin embargo, Chiarella fue capaz de descubrir los nombres de las empresas. Con dicha información compró acciones de las empresas objeto de adquisición y las vendió después de que las ofertas se hicieran públicas. De esta manera obtuvo unos beneficios de 30.000 dólares en 14 meses. Chiarella fue condenado en primera instancia (a 1 año de prisión y 5 años de libertad condicional) y en apelación, en razón a que había tenido información privilegiada. El Tribunal Supremo revocó la sentencia precisamente porque mantuvo la teoría del deber de confianza. Para el Tribunal Supremo Chiarella no estaba ligado por ninguna relación de

confianza o fidelidad con los accionistas que le vendieron sus acciones, por lo que Chiarella no tenía ninguna obligación de revelar la información que poseía antes de realizar sus transacciones.

El otro caso en el que el Tribunal Supremo volvió a aplicar la teoría del deber de confianza fue en *Dirks v. SEC.* (463 U.S. 646) de 1983. Dirks era un analista financiero y recibió información de un antiguo directivo de la sociedad Equity Funding of America relativa a que los balances de la misma estaban muy exagerados, por lo que le pidió que comprobase que era cierto y lo hiciese público. Una vez confirmado el hecho, Dirks comunicó la información a varios clientes quienes rápidamente vendieron sus acciones por un importe superior a los 16 millones de dólares. La cotización de las acciones de la Equity Funding of America descendió hasta el punto que fue suspendida su cotización. Posteriormente la Equity quebró. La SEC consideró que Dirks, había infringido varias normas, pero, tomando en consideración que su intención había sido la de revelar prácticas fraudulentas, aunque mantuvo la regla de «revelar el secreto o abstenerse de actuar», sin embargo solamente censuró la actuación de Dirks. Este acudió a los Tribunales, los cuales mantuvieron la misma postura que la SEC, hasta que el Tribunal Supremo revocó la sentencia. Para el Tribunal Supremo, Dirks no estaba obligado por ninguna relación de confianza o fidelidad. Dirks había recibido la primera información de un antiguo directivo, por lo que cuando él informó, a su vez, no incumplió ningún deber de confianza, dado que ningún deber de fidelidad le unía con la empresa ni con los accionistas.

Como indicamos, esta teoría es la mantenida por el Tribunal Supremo, pero está encontrando importantes resistencias en ciertos Tribunales inferiores que consideran que dicha teoría deja ciertas lagunas en supuestos en los que el *insider*, gracias a su trabajo en la empresa, recibe información privilegiada relativa a otras empresas o sociedades, pues en estos casos no existe incumplimiento del deber de confianza (*breach of duty*). Estos tribunales prefieren seguir la teoría de la apropiación indebida, con la que, a su juicio, se cubrirían dichas lagunas.

La teoría de la apropiación indebida pone el acento en la forma en que se obtiene la información. Conforme a esta teoría existiría obligación de cumplir la regla «revelar el secreto o abstenerse de actuar», cuando la información privilegiada se ha obtenido por métodos no legales (hurto, robo...) o mediante el incumplimiento del deber de confidencialidad. Mediante esta teoría se estima que, por ejemplo en los supuestos de impresores, la información pertenecía a la empresa impresora, por lo que habría un incumplimiento del deber de secreto. Igualmente, por ejemplo, en los casos de periodistas, pues la información pertenece al periódico y, por consiguiente, existiría una infracción del deber de fidelidad; etc. A nuestro juicio, esta teoría es escasamente convincente.

Veamos ahora que respuestas proporciona la Directiva comunitaria a estas cuestiones.

2.3 *Personas físicas*

La Directiva separa los *insiders* de los *outsiders*.

Los *insiders* son los directivos, accionistas o empleados, mientras que los *outsiders* son los que, sin ser *insiders* poseen información privilegiada.

El art. 2.1 de la Directiva establece:

«1. Cada Estado miembro prohibirá a las personas que:

- Por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor,
- Por su participación en el capital del emisor, o
- Por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones, dispongan de una información privilegiada, adquirir o ceder por cuenta propia o ajena, ya sea directa o indirectamente, los valores del emisor o de los emisores afectados por dicha información privilegiada explotándola con conocimiento de causa».

En otras palabras y de forma sintética, puede decirse que la prohibición abarca a los «directivos», «accionistas» o «empleados».

2.4 *Personas jurídicas*

La Directiva se refiere directamente a las personas físicas, por lo que cuando se plantea el problema de las personas jurídicas, lo reconduce a las personas físicas que tomaron la decisión de realizar la transacción por cuenta de la persona jurídica.

Así, el art. 2.2 de la Directiva dispone:

«2. Cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 sean sociedades o cualquier otro tipo de persona jurídica, la prohibición expresada en dicho apartado se aplicará a las personas físicas que hubieren participado en la decisión de proceder a la transacción por cuenta de la persona jurídica en cuestión».

2.5 Prohibiciones

En este punto es preciso distinguir entre los *insiders* y los *outsiders* pues las prohibiciones son diferentes.

Los *insiders* están abarcados por las prohibiciones de los arts. 2 y 3. Los *outsiders* solamente les afecta las prohibiciones del art. 2, aunque facultativamente, cualquier Estado miembro puede extender también a los *outsiders* las prohibiciones del art. 3 (art. 6).

- * Respecto de los *internal insiders*, conforme al art. 2.1 los directivos, accionistas o empleados que dispongan de información privilegiada, les estará prohibido «adquirir o ceder por cuenta propia o ajena, ya sea directa o indirectamente, los valores del emisor o de los emisores afectados por dicha información privilegiada explotándola con conocimiento de causa».

Además, conforme al art. 3 de la Directiva:

«Los Estados miembros prohibirán a las personas objeto de las prohibiciones del artículo 2, que dispongan de información privilegiada:

a) revelar dicha información privilegiada a un tercero, salvo en el ejercicio normal de su trabajo, su profesión o sus funciones;

b) recomendar a un tercero que adquiera o ceda o que haga que un tercero adquiera o ceda, basándose en dicha información privilegiada, valores admitidos a negociación en sus mercados, tal como se contempla en el artículo 1, apartado 2, *in fine*».

Existen, por consiguiente, **prohibiciones de actuación interna**, que implica la actuación del informado en la transacción, (como adquirir o ceder los valores que posea) y **prohibiciones de actuación externa**, que irradian su ámbito de actuación hacia el exterior (como revelar la información privilegiada o recomendar a un tercero una adquisición o cesión; parece, pues, que no abarca al *insider non-trading*).

Debe tenerse en cuenta que respecto de lo que hemos llamado **prohibiciones de actuación interna**, su ámbito de actuación se circunscribe a las transacciones realizadas con un intermediario profesional. La Directiva deja en manos de los Estados la posibilidad de que tal prohibición se extienda también a las transacciones cara a cara (*face to face*), sin intervención del intermediario profesional, fuera del mercado regulado y controlado por los poderes públicos.

En efecto, pues, el art. 2.3 de la Directiva determina que:

«La prohibición contemplada en el apartado 1 se aplicará a toda adquisición o cesión de valores efectuados con intervención de un intermediario profesional.

Cada Estado miembro podrá establecer que dicha prohibición no se aplique a las adquisiciones o cesiones de valores efectuadas, sin intervención de un intermediario profesional, fuera de un mercado tal como se define en el artículo 1, apartado 2, *in fine*».

* En cuanto a los *outsiders*, el art. 4 de la Directiva establece que:

«Cada Estado miembro impondrá asimismo la prohibición prevista en el artículo 2 a todas aquellas personas distintas de las citadas en dicho artículo que, con conocimiento de causa, posean una información privilegiada tal como se define en el artículo 1, cuyo origen directo o indirecto sólo pueda ser una persona de las mencionadas en el artículo 2.»

Ahora bien, el art. 6 permite que «cada Estado miembro podrá adoptar disposiciones más restrictivas que las previstas en la presente Directiva o disposiciones adicionales, siempre que tales disposiciones sean de aplicación general. En particular, podrá ampliar el alcance de la prohibición prevista en el artículo 2 e imponer a las personas contempladas en el artículo 4 las prohibiciones previstas en el artículo 3».

Es decir, a los *outsiders* les afectan las prohibiciones de actuación interna (adquirir o ceder los valores). Quedan excluidas respecto a ellos, las prohibiciones de actuación externa, salvo que el Estado decida su inclusión, en cuyo caso, también los *outsiders* quedarán afectados por dichas prohibiciones.

2.6 Información privilegiada (*insider information*)

Dispone el art. 1.1 de la Directiva que por información privilegiada se entenderá «la información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables o a uno o a varios valores negociables y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores».

Así pues, la información privilegiada se caracteriza por las cuatro notas siguientes: a) información no pública; b) información precisa; c) información relativa a valores negociables o a los emisores de dichos valores; y, d) información que de hacerse pública, podría influir en la cotización de los valores.

De manera que la información privilegiada requiere que sea suficientemente concreta, precisa y fidedigna, para que traspase las líneas definitorias de un rumor. Un rumor, por su carácter vago, no puede ser considerado una información privilegiada.

La información puede referirse tanto a los valores como a los emisores de los valores, y puede ser relativa a uno en concreto o tratarse de

información que pueda afectar a todos o a un grupo importante. Por ejemplo, un inminente descenso en los tipos de interés, o una inmediata exención fiscal, etc.

La información ha de ser tal que de hacerse pública influiría en los precios (*price sensitive information*). De ahí que no toda información no pública pueda ser considerada información privilegiada. Para conceptualizarla como tal es necesario que pueda establecerse una relación causal hipotética, por la que se afirme que de haber sido conocida el efecto sobre los precios hubiera sido sensible. Por ello es esencial que la información sea verdaderamente trascendente (*materiality*). Por ejemplo, el descubrimiento de nuevos pozos de petróleo, hará subir el precio de las acciones de la compañía petrolífera. La situación en que se coloca el poseedor de información es tal que le permite sacar partido de la misma (*taking advantage of the information*).

2.7 *Valores negociables (transferable securities)*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva, se entenderá por «valores negociables»:

- a) las acciones y las obligaciones, así como los valores asimilables a los mismos,
- b) los contratos o derechos que permitan la suscripción, adquisición o cesión de los valores contemplados en la letra a),
- c) los contratos a plazo, las opciones y los instrumentos financieros a plazo relativos a los valores contemplados en la letra a),
- d) los contratos sobre índices relativos a los valores contemplados en la letra a), siempre que estén admitidos a negociación en un mercado regulado y controlado por autoridades reconocidas por los poderes públicos, de funcionamiento regular y accesible directa o indirectamente al público».

En otras palabras, el ámbito de aplicación de la Directiva abarca tanto las acciones como las obligaciones, tanto ellas como opciones de futuro y tanto sean emitidas por sociedades como por el Estado. La comercialización, en principio, debe hacerse en mercados regulados y controlados por autoridades reconocidas por los poderes públicos. No obstante, la Directiva, deja abierta la posibilidad de que cada Estado pueda extender el ámbito de aplicación de la misma a transacciones realizadas fuera del mercado oficial. Se trata de que cada Estado con pleno conocimiento de la realidad decida la conveniencia de aplicar las prohibiciones establecidas en la Directiva a otros mercados bursátiles paralelos que operen en el país, pero, en este caso, siempre que se lleven a cabo con la intervención de un intermediario profesional, como pueda ser un banco o una sociedad de valores.

En cuanto al Estado, el art. 2.4 de la Directiva determina que «la presente Directiva no se aplicará a las operaciones efectuadas, por razones de política monetaria, de cambio o de gestión de la deuda pública, por un Estado soberano, su Banco Central u otro organismo que el Estado designe a tal efecto o por cualquier otra persona que actúe por cuenta de éstos. Los Estados miembros podrán hacer extensiva esta exclusión a sus Estados federados o entes públicos territoriales asimilables a estos últimos en lo que se refiere a la gestión de la deuda pública».

2.8 Sanciones

En el seno del Consejo hubo una importante polémica a cerca de si debían ser utilizadas sanciones penales para reprimir las conductas de los *insiders tradings*. Al tiempo también se discutía si en la Directiva debían introducirse las sanciones penales o si, por el contrario, debía dejarse a los Estados que las establecieran en sus ordenamientos internos correspondientes.

Finalmente se adoptó una fórmula mediante la cual cada Estado miembro es el responsable de establecer las sanciones que estime pertinentes, siempre y cuando sean suficientes para hacer cumplir la Directiva.

En esa línea, el art. 13 de la Directiva prevee que «cada Estado miembro establecerá las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva. Dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar al respeto de tales disposiciones».

Así pues, la Directiva no concreta ni la sanción ni el ámbito en que debe moverse. Deja a los Estados miembros libertad para que establezcan las sanciones que estimen más oportuna. A lo que se obligan los Estados miembros es al cumplimiento de la Directiva estableciendo sanciones «suficientes» para los infractores.

2.9 Jurisdicción

Previendo la posibilidad de transacciones ocurridas en un país, pero relativas a valores comercializados en mercados de otros países, se hacía necesario establecer reglas amplias que determinarían la competencia.

A tal fin, el art. 5 de la Directiva señala que «cada Estado miembro aplicará las prohibiciones que establecen los artículos 2, 3 y 4 por lo menos a los actos que tengan lugar en su territorio, en la medida en que los valores afectados se admitan a negociación en un mercado de un Estado miembro. En cualquier caso, cada Estado miembro considerará que las

transacciones se efectúan en su territorio cuando se efectúen en un mercado, tal como se define en el artículo 1, apartado 2, *in fine*, situado en dicho territorio o que opere en él».

Así pues, lo importante es considerar la CEE como un todo, como una unidad, siendo indiferente que los valores se comercialicen o no en el Estado miembro en que se lleva a cabo la transacción, siempre y cuando dichos valores sean comercializados en algún mercado (oficial o regulado) de un Estado miembro. En los supuestos de órdenes de transacciones emitidas en un Estado miembro, pero ejecutadas en el mercado de otro Estado miembro, se regirán por la ley correspondiente al mercado a que se refieran, pudiendo darse supuestos de jurisdicción concurrente.

2.10 Cooperación

La cooperación aparece estructurada a nivel interno y para con los países de la CEE; y, también de la Comunidad con terceros Estados.

En primer lugar, cada Estado designará la autoridad competente encargada de la aplicación de la Directiva (art. 8) y, en segundo lugar, estas autoridades competentes cooperan entre sí y se comunicarán toda la información necesaria para lograr el cumplimiento de la Directiva (art. 10).

En efecto, el art. 8 dispone que «1. Cada Estado miembro designará a la autoridad o autoridades administrativas competentes encargadas, colaborando, en su caso con otras autoridades, de la aplicación de las disposiciones que se adopten en ejecución de la presente Directiva. Informará de ello a la Comisión, que transmitirá dicha información a los demás Estados miembros.

2. Con el fin de poder cumplir su misión, las autoridades competentes deberán estar dotadas de todas las competencias y todas las facultades de control e investigación necesarias, colaborando, en su caso, con otras autoridades».

Y, el art. 10 establece que «1. las autoridades competentes de los Estados miembros garantizarán entre sí, por medio de la utilización de las facultades mencionadas en el apartado 2 del artículo 8, toda la cooperación necesaria para el cumplimiento de su misión. A tal fin, y no obstante lo dispuesto en el artículo 9, se comunicarán todas las informaciones necesarias, incluidas las relativas a los actos prohibidos, con arreglo a las facultades concedidas a los Estados miembros, por el artículo 5 y la segunda frase del artículo 6, únicamente por el Estado miembro que solicite la cooperación. La información así intercambiada estará amparada por el secreto profesional a que están obligadas las personas que, en el ejercicio de su actividad, colaboren o hayan colaborado con la autoridad que reciba dicha información.

2. Las autoridades competentes podrán negarse a dar curso a una solicitud de información:

a) cuando la comunicación de la información pueda ir en perjuicio de la soberanía, la seguridad o el orden público del Estado objeto de la solicitud;

b) cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos y contra las mismas personas ante las autoridades del Estado objeto de la solicitud o cuando sobre aquellos recaiga sentencia firme de las autoridades competentes de dicho Estado por los mismos hechos.

3. Sin perjuicio de las obligaciones que les incumban en el marco de procedimientos judiciales de índole penal, las autoridades que reciban información con arreglo al apartado 1 podrán utilizarla exclusivamente en el ejercicio de sus funciones según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, así como en el marco de procedimientos administrativos o judiciales relacionados específicamente con dicho ejercicio. No obstante, si la autoridad competente que hubiere comunicado una información consiente en ello, la autoridad que la hubiere recibido podrá utilizarla para otros fines o transmitirla a las autoridades competentes de otros Estados».

Por último, el art. 11 prevee que «la Comunidad podrá celebrar, de conformidad con el Tratado, acuerdos con uno o varios Estados terceros en los ámbitos regulados por la presente Directiva».

En este marco ha de hacerse referencia al acuerdo realizado en Washington, D.C. el 23 de septiembre de 1.991 entre Sir Leon Brittan, Vicepresidente de la Comisión de las Comunidades Europeas y Richard C. Breeden, Presidente de la SEC, relativo a la cooperación en materia de valores mobiliarios, en la búsqueda de un mercado financiero más eficaz, más transparente y, sobre todo, más honesto. En razón a ello, se comprometen a facilitar el intercambio de información, la mutua asistencia, la cooperación en el mantenimiento de la honestidad financiera de los participantes en los mercados de valores y a la consulta periódica en asuntos de interés mutuo concerniente al funcionamiento y vigilancia de los mercados de valores.

III. SOLUCIÓN ESPAÑOLA

El tema de la información privilegiada en España aparece en la actualidad regulada en diversos lugares del ordenamiento. En principio y en términos generales, puede decirse que la solución española se inclina por una tutela de carácter administrativo. La legislación española al respecto es básicamente de índole preventiva y las infracciones se castigan mediante sanciones administrativas. La sanción penal es de carácter

muy fragmentario, pues sólo en un pequeño aspecto puede decirse que abarca las conductas de los *insiders*.

Así pues, debemos distinguir entre la regulación de la Ley del Mercado de Valores y la regulación del Código penal.

1. Ley del Mercado de Valores

Una primera regulación, parcial y escueta, aparece en el Real Decreto 1848/1980, de 5 de septiembre, sobre ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios, en cuyo art. 12 se establecía que:

«Todas las personas que tengan conocimiento de la preparación de la oferta pública sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo quinto están obligadas a guardar secreto hasta el momento en que se efectúe la difusión general de la misma en la forma prevista en el artículo anterior.

Los miembros de los Consejos de Administración y los directores de la sociedad promotora o afectada, o cualquier persona en situación de conocer la información confidencial correspondiente a la fase preparatoria de una oferta, además de guardar el secreto de las negociaciones, deberán abstenerse de hacer operación alguna en condiciones diferentes a las de la propia oferta pública de adquisición».

Posteriormente, se dictó el Real Decreto 279/1984, de 25 enero, el cual derogó el anteriormente citado Real Decreto 1848/1980 de 5 de septiembre, y estableció una nueva regulación de las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios, cuyo art. 12 es una trasposición casi literal del art. 12 del derogado Decreto Ley, al que se le ha añadido un tercer párrafo que indica que «la Inspección financiera del Ministerio de Economía y Hacienda velará por el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo en toda oferta pública de adquisición de títulos-valores».

En otras palabras, simplemente se establecía el deber de guardar secreto y el deber de abstención pero, realmente, no preveía sanción alguna para el infractor de alguno de estos deberes.

Una regulación más completa se realiza mediante la Ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio, que ha sido modificada por la Ley 9/1991 de 22 de marzo, de incompatibilidades. Y, como complemento, deben citarse el Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que recoge normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, el cual, además, como Anexo contiene el «Código general de conducta de los mercados de valores».

La Ley del Mercado de valores (LMV), entre otros extremos, como dijimos, crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV),

establece normas de conducta, impone deberes a los poseedores de información privilegiada y establece un catálogo de infracciones (muy graves, graves y leves) y sus correspondientes sanciones.

1.1 *Información privilegiada: concepto*

Dispone el art. 81.3 que «a los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores».

Se trata de una definición que sigue puntualmente el concepto ofrecido por la Directiva de la Comunidad, por lo que aquello que dijimos al respecto es de aplicación aquí.

1.2 *Deberes*

La LMV establece un **deber de salvaguardar datos**, que se descompone en otra serie de deberes, y un **deber de abstenerse de actuar**, que abarca la prohibición de realizar diversas conductas.

1.2.1 Deber de salvaguardia

1.2.1.1 NORMATIVA LEGAL

El art. 81.1 señala que «todas las personas o entidades que actúen en los mercados de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos y, en general, cualquiera que por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones posea datos o informaciones relativos a los mismos, deberán salvaguardar dichos datos e informaciones, sin perjuicio de su deber de comunicación y colaboración con las autoridades judiciales o administrativas en los términos previstos en ésta o en otras leyes. En particular, impedirán que tales datos o informaciones puedan ser objeto de utilización abusiva o desleal, denunciarán los casos en que ello hubiera tenido lugar y tomarán de inmediato las medidas necesarias para prevenir, evitar y, en su caso, corregir las consecuencias que de ello pudieran derivarse».

1.2.1.2 SUJETOS DEL DEBER

La ley se refiere a «todas» las personas o entidades que actúen en los mercados de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos. Es más, no contento con esa expresión tan amplia, añade que «cualquiera» que por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones posea datos o informaciones relativas a los mismos. No obstante, a pesar de las pretensiones de amplitud, lo cierto es que esta regulación es, al menos a primera vista, más restringida que la establecida en la Directiva.

En efecto, pues, como vimos, la Directiva distinguía entre los *insiders* y los *outsiders*, considerando a aquellos a los Directivos, accionistas y empleados. Sin embargo, la regulación española exige una labor interpretativa para poder afirmar la inclusión de dichas personas. Que están comprendidos los empleados es claro; el problema surge con los directivos y los accionistas. Tal vez pueda aceptarse que al referirse la ley a las personas que actúan en el mercado de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos, está abarcando a los accionistas. Más complicado puede resultar la cuestión de los directivos, aunque realmente cabe la respuesta afirmativa, bien por la referencia al cargo o bien como personas que actúan en los mercados de valores.

Evidentemente, los deberes de salvaguardia de información están establecidos para los *insiders*, no acogiendo a los *outsiders*. Esta solución es lógica, pues, a éstos no cabe imponerles la obligación de proteger una información que no les «atañe», en el sentido, de no poder ser reconocido a los *outsiders* ningún deber para con la misma o para con el objeto al que se refiere. No obstante, podría discutirse si en la referencia a «todas las personas» que actúan en los mercados de valores o ejerzan actos relacionados con ellos ha de incluirse a los *outsiders*. A nuestro modo de ver, la indicada frase debe relacionarse con la siguiente «y, en general, cualquiera que, por razón de su trabajo...», que es la que nos resuelve la cuestión, dado que conforme a la misma resulta claro que los *outsiders* no están abarcados por esta prohibición. Cuestión distinta se plantea en relación con los deberes de abstención, a los que nos referiremos más adelante.

En definitiva el deber de salvaguardar la información afecta a cualquiera que por razón del trabajo, posea información privilegiada.

No contiene la LMV una previsión similar a la contenida en el art. 2.2 de la Directiva, relativa a los supuestos en los que el infractor es una sociedad o cualquier tipo de persona jurídica. Ahora bien, aunque no es una forma muy correcta de preveer estos casos, sin embargo, al referirse a los sujetos activos de las infracciones, los dos primeros párrafos del art. 95 disponen que «las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en

responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo (párrafo primero).

Ostentan cargos de administración o dirección en las entidades a que se refiere al párrafo anterior, a los efectos de lo dispuesto en este capítulo, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus Directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollan en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo» (párrafo segundo).

1.2.1.3 CONTENIDO DE ESE DEBER

En primer término, el deber se concreta en salvaguardar los datos o informaciones que entren en el concepto de «información privilegiada». Pero ese deber va, asimismo, acompañado de otros.

Así pues, existe el deber de impedir la utilización abusiva o desleal de tales datos o informaciones. Se trata de una clara referencia a la infracción de los arts. 13, 14 y 15 de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1.991.

Además, se impone en la ley el deber de denunciar los casos en los que hubiera tenido lugar una utilización abusiva o desleal de los datos o informaciones.

Por último, también se establece el deber de tomar medidas precautorias para prevenir, evitar y, en su caso, corregir las consecuencias de la utilización abusiva o desleal de los datos o informaciones.

1.2.1.4 MURALLAS CHINAS (*chinese walls o watertight compartments*)

Junto a estos deberes aplicables tanto a personas como a entidades, existe también otro deber impuesto directamente a las entidades, que es el de establecer ciertas barreras en la información que se conocen con el nombre de murallas chinas.

El art. 83 LMV ordena que «toda entidad que actúe o pretenda actuar en los mercados de valores o preste servicios de asesoramiento sobre inversión en los mismos deberá asegurarse de que la información derivada de estas actividades no esté al alcance, directa o indirectamente, del personal de la propia entidad que trabaje en otro sector de actividad, de manera que cada función se ejerza de forma autónoma y sin posibilidad de que surjan conflictos de interés entre las mismas».

Aparece, por consiguiente, una nueva faceta del deber de proteger la información, pues, ya no se trata de que deba resguardarse la misma frente a terceros ajenos a la entidad, sino que es preciso establecer compartimentos dentro de la propia sociedad impidiendo que la información pueda pasar de uno al otro. Se pretende impedir, por ejemplo, que la información obtenida como consecuencia de operaciones bancarias, pueda ser utilizada por la propia entidad en el mercado de valores (se conoce la situación de la sociedad porque se le conceden préstamos, líneas de descuento, etc., y merced a esa información se compran o venden acciones de la citada sociedad).

El art. 3.4 del Código general de conducta de los mercados de valores, publicado como Anexo al RD de 3 de mayo de 1993, reitera la obligación de establecer los controles necesarios para impedir el traspaso de información.

1.2.1.5 LÍMITE DEL DEBER DE SALVAGUARDIA

El art. 81. 1 establece el deber de salvaguardia sin perjuicio del deber de comunicación y colaboración con las autoridades judiciales o administrativas.

1.2.2 Deber de abstenerse de actuar

1.2.2.1 NORMATIVA LEGAL

El art. 81.2 de la LMV ordena que «todo el que disponga de alguna información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar, por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, las conductas siguientes:

- a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a que la información se refiera.
- b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en ejercicio normal de su trabajo, profesión, cargo o funciones.
- c) Recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores o que haga que otro los adquiera o ceda, basándose en dicha información».

1.2.2.2 SUJETOS DEL DEBER

Aquí ya las prohibiciones de actuar van dirigidas a «todo» el que disponga de alguna información privilegiada. No existe, por tanto, necesidad de establecer ninguna vinculación con el origen de la información;

es indiferente de donde proceda la información. Lo único que importa es que el sujeto posea la información, evidentemente, con conciencia de que se trata de una «información privilegiada».

De manera que las prohibiciones aquí impuestas abarcan tanto a los *insiders* como a los *outsiders*. Tanto conozca la información de primera mano como de un informador secundario, e incluso, la redacción legal va más lejos, pues abarca también a los que han adquirido la información privilegiada de forma casual. Por ejemplo, un camarero que oye accidentalmente una determinada información.

Así pues, en la regulación española se establecen prohibiciones al *outsider* (las b) y c) del art. 81.2) que, conforme a la Directiva, eran facultativas.

1.3 *Infracciones*

La LMV distingue entre infracciones muy graves, graves y leves, si bien en relación con el tema de la información privilegiada solo cabe que sean consideradas infracciones muy graves o graves, pero, en ningún caso leves.

Se estima infracción muy grave conforme al art. 99 apartado o), «el incumplimiento de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 81 de esta Ley». Lo que no explica este apartado es como puede incumplirse el apartado 3 del art. 81, pues su contenido es un concepto.

Constituye infracción grave, de acuerdo con el art. 100 apartado r), «el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 de esta Ley». También se considera infracción grave la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 83 (art. 100 apartado n).

1.4 *Sanciones*

Las sanciones correspondientes a las infracciones muy graves y graves se encuentran recogidas en los arts. 102, 103, 105 y 106.

— Infracciones muy graves

El art. 102 dispone:

«Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una de las siguientes sanciones:

a) Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, en caso de que no resulte aplicable este

criterio, hasta el 5% de los recursos propios si se trata de una entidad o hasta cinco millones de pesetas en otro caso.

b) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor, en el Mercado de Valores durante un plazo no superior a cinco años.

c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial correspondiente por un plazo no superior a cinco años.

d) Revocación de la autorización cuando se trate de Sociedades o Agencias de Valores o de Sociedades Gestoras de Carteras.

Cuando se trate de la infracción prevista en el apartado o) del artículo 99, se impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado a) anterior del presente artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 5.000.000 de pesetas y, además, una de las sanciones previstas en los apartados b), c) o d) del mismo precepto, según proceda por la condición de infractor».

Y, el art. 105 añade que:

«Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando se trate de una entidad comprendida en el número 1 o en el apartado b) del número 2 del artículo 84 de esta Ley, se impondrá una de las siguientes sanciones a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción:

a) Multa por importe de hasta 5.000.000 de pesetas a cada uno de los responsables.

b) Suspensión en el ejercicio del cargo por plazo no superior a tres años.

c) Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años.

d) Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por plazo no superior a diez años.

Cuando se trate de la infracción prevista en el apartado o) del artículo 99, se impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado a) anterior del presente artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 5.000.000 de pesetas y, además, una de las sanciones previstas en los apartados b), c) o d) del mismo precepto».

— Infracciones graves

El art. 103 establece:

«Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor una de las siguientes sanciones:

a) Amonestación pública, con publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

b) Multa por importe de hasta el tanto del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta el 2% de sus recursos propios, si se trata de una entidad, o hasta 2.000.000 de pesetas, en otro caso.

c) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor en el Mercado de Valores durante un plazo no superior a un año.

d) Suspensión de la condición de miembro de un mercado secundario oficial correspondiente por plazo no superior a un año.

Cuando se trate de la infracción prevista en el apartado r) del artículo 100, se impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado a) anterior del presente artículo y, además, una de las sanciones previstas en los apartados b), c) o d) del mismo precepto, sin que la multa que, en su caso, se impusiere, pueda ser inferior a 2.000.000 de pesetas ni superior a 5.000.000 de pesetas».

Y, el art. 106 añade que:

«Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones graves, cuando se trate de una entidad comprendida en el número 1 o en el apartado b) del número 2 del artículo 84 de esta Ley, se impondrá una de las siguientes sanciones a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción:

a) Amonestación pública, con publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

b) Multa a cada uno de los responsables por importe no superior a 2.000.000 de pesetas.

c) Suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad por plazo no superior a un año».

2. Solución penal

2.1 *Antes de la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo que modificó los arts. 367 y 368 del Código penal*

Con anterioridad a la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo, no existía en nuestro derecho penal referencia específica alguna a las conductas

de los *insiders*, por ello tales acciones o bien eran impunes o bien había que encontrarles sitio en otras figuras penales que, tal vez, en ciertos extremos podrían abarcar esos hechos, aunque de forma totalmente incompleta.

Así, podrían tomarse en consideración los delitos de los arts. 198, 367, 368, 400, 401, 404, 498, 499, 528, 539, 540 y 541. Pero, basta una atenta lectura de estos preceptos para convencernos de las escasas posibilidades de éxito que tienen para subsumir las acciones llevadas a cabo por aquellas personas que actúan con información privilegiada. Por esta razón, sí se considera que la sanción penal es necesaria, debía tipificarse la conducta creando al efecto un tipo penal *ad hoc*.

2.2 Después de la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo que modificó los arts. 367 y 368 del Código penal

Parece, al menos a primera vista, que el legislador optó por una solución penal, junto con la ya establecida sanción administrativa y se inclinó por establecer un tipo penal dedicado al abuso de información privilegiada. No obstante, lo cierto es que en realidad las conductas de los *insiders* siguen escasamente abarcadas por el nuevo art. 368 del Código penal.

La nueva regulación legal tiene dos aspectos altamente sorprendentes: por una parte, se crea un delito especial propio reduciendo el círculo de sujetos activos a los funcionarios públicos y a las autoridades, cuando en la gran mayoría de supuestos, como nos muestra el derecho comparado, los sujetos activos son particulares. Y, por otra parte, el art. 368 utiliza un término ya acuñado, como es el de «información privilegiada», que en el derecho comparado, en el derecho comunitario y en el nuestro (en la LMV), tiene un significado concreto, estable, pacífico y unánime; y, sin embargo, el citado art. 368 nos proporciona un concepto de «información privilegiada» que no se corresponde con el manejado internacionalmente. A partir de ahí, para el derecho penal la «información privilegiada» no significa lo mismo que para los demás. A mi modo de ver, las consecuencias que de todo esto se producen no tienen mucha razón de ser cuando vienen provocadas por una ley moderna, de 1991.

IV. USO DEL SECRETO O DE LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

1. Bien jurídico protegido

Desde la óptica del *insider trading* y, por consiguiente, de lo que se denomina el abuso de información privilegiada, el bien jurídico protegi-

do por un tipo penal que pretenda subsumir dichas conductas, habrá de ser aquel que motiva la criminalización de la conducta y que explica la necesidad de evitarlas. De tal manera que el bien jurídico protegido sería la confianza del inversor en el mercado de valores, en el que se afirma la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, como el tipo del art. 368 sólo en cierta medida es aplicable a los supuestos *insider*, entonces, el bien jurídico protegido tiene que ser otro distinto: la actuación conforme al deber impuesto al funcionario, la defensa de la función pública, su imparcialidad y honestidad y, al tiempo, la confianza del ciudadano en la Administración pública.

El interés del particular, su patrimonio, en ninguno de los dos puntos de vista estaría protegido. En efecto, pues es muy discutible que la conducta del *insider* provoque perjuicios económicos. Por ejemplo, si el *insider* compra acciones sabiendo que van a subir de precio, lo cierto es que el vendedor de las acciones ya las tenía a la venta y se las hubiera vendido tanto al *insider* como a cualquier otra persona. Aunque el *insider* obtenga un beneficio posterior, cuando las acciones suban de precio, ello no quiere decir que, correlativamente, haya causado un perjuicio a aquél que le vendió las acciones.

Así pues, las cuestiones patrimoniales deberán resolverse mediante la aplicación de los tipos de la estafa, cuando sean de aplicación, esto es, cuando se cumplan sus elementos como engaño (manipulación en las cotizaciones con carácter previo; venta ocultando datos que sí deban ser revelados, etc.), error, acto de disposición y perjuicio patrimonial.

Por consiguiente, debe quedar claro que el bien jurídico protegido no se circunscribe al ámbito bursátil, es más, éste sólo tangencialmente será protegible mediante esta tipificación penal. Seguramente lo que el legislador tuvo en su pensamiento fue la utilización de otro tipo de informaciones que ciertos funcionarios públicos o autoridades pueden tener, como las de carácter urbanístico (recalificación de terrenos, etc.), o las derivadas de la adquisición de bienes por parte del Estado.

2. Tipo objetivo

Dispone el párrafo primero del art. 368 del Código penal que «el funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial».

2.1 *Sujeto activo*

Desde el punto de vista del art. 368 del Código penal, únicamente puede ser sujeto activo del delito el funcionario público o autoridad y, ello, solamente en relación con información privilegiada que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo. Quedan pues excluidos los *outsiders*, esto es las personas que, aunque por su profesión no tiene acceso a la información privilegiada, sin embargo, se aprovechan de una confidencia del *insider*. Se pone así de manifiesto que en nuestro derecho, los *outsiders* quedan al margen del derecho penal (salvo «imaginando» una incriminación como partícipe en el delito del *insider*) y sometidos a sanciones administrativas. Pero, no puede decirse que mientras el *outsider* se encuentra regulado por el derecho administrativo, el *insider* está sometido al derecho penal, pues, en relación con los *insiders*, no todos serán abarcados por el derecho penal, sino tan solo aquellos que, como primer paso, sean «funcionario público o autoridad». Precisamente, las prácticas *insider trading* proceden, en su gran mayoría, de personas que no son funcionarios públicos o autoridades, como nos muestra la jurisprudencia norteamericana, cuyos casos están referidos a abogados, ingenieros, analistas financieros, impresores, camareros, taxistas, etc.

2.2 *La conducta típica*

Mientras que en las figuras típicas recogidas en el art. 367 del Código penal, la conducta prohibida se centra en el hecho de *revelar* un secreto o cualquier información, aquí, en el art. 368, la acción se circunscribe al *uso* del secreto o de una información privilegiada, para lo cual no es preciso que el funcionario público proceda a la revelación del secreto, es más, en numerosas ocasiones, lo oportuno desde el punto de vista del fin perseguido por el autor será que el secreto continúe siendo secreto y que la información privilegiada siga sin ser divulgada.

La redacción legal es de carácter alternativo entre el secreto y la información privilegiada, aunque debido a la definición que de esta proporciona, realmente como veremos, la alternativa carece de excesivo sentido.

Por información privilegiada ha de entenderse, conforme al párrafo 2.º del art. 368, «toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo públicos y que no haya sido notificada, publicada o divulgada». Definida en estos términos, la información privilegiada se delimita por dos notas: por una parte, ha de tratarse de información que se tiene únicamente por razón del oficio o cargo; y, por otra parte, ha de tratarse de información que no ha trascen-

dido al exterior del círculo de personas que por razón del oficio o cargo pueden tenerla. Ciertamente, estas dos notas no permiten delimitar la infracción privilegiada frente a la noción de secreto y, por consiguiente, la redacción legal más que alternativa resulta redundante.

Además, como hemos indicado, debe tenerse en cuenta que la definición legal de información privilegiada, precisamente por su amplitud, no se corresponde con la manejada ni en la legislación ni en la doctrina extranjera. En efecto, pues cuando se habla de información privilegiada, siempre se está circunscribiendo la materia al ámbito del mercado de valores. A ello ha de añadirse que no deja de llamar la atención que esta definición penal tampoco concuerde con la que nos proporciona el art. 81.3 de la Ley del Mercado de Valores, que, como vimos, la concreta al ámbito bursátil.

Pero, el contenido que el Código penal concede al término «información privilegiada», es sumamente amplio, comprensivo, en términos generales, de cualquier información no conocida por el público, por lo que su ámbito se extiende mucho más allá del mercado de valores. Sin embargo, junto a ello, el concepto español tiene una importante restricción desde el momento en que el sujeto activo ha de ser un funcionario público o una autoridad. Esta restricción es de tal entidad que conduce a afirmar que en realidad mediante este tipo penal no pretenden atajarse las prácticas *insider trading*, lo cual no es de extrañar habida cuenta el Título del Código en el que ha sido incluida esta figura típica.

Así pues, la conducta típica se centra en *hacer uso* de la información privilegiada, es decir, en aprovecharse de ella llevando a cabo alguna o algunas acciones de las que redundará el beneficio económico. La utilización de la información exige que exista una relación lógica entre la información y el obrar del sujeto, obrar que solo es explicable (*ex ante*) en un sujeto que tiene en cuenta la información que posee. Entre el obrar del sujeto y el beneficio económico obtenido debe existir una relación de manera que éste pueda ser imputado a aquél.

Se trata de un delito de acción que no puede ser cometido de forma omisiva (en comisión por omisión).

3. Tipo subjetivo

Es un delito doloso y, dado que es preciso **que** el sujeto aproveche la información privilegiada con el fin de obtener un beneficio económico, no puede ser cometido imprudentemente. El ánimo del sujeto tiene que abarcar esta finalidad.

4. Consumación

El tipo del art. 368 está estructurado como delito de resultado, pues exige que, debido al uso de la información privilegiada, el sujeto obtenga un beneficio económico, para sí o para tercero. El beneficio económico puede consistir tanto en conseguir una ganancia como en evitar una pérdida. Existe previsto en el Código, una cualificación para el caso de que resultare grave daño para la causa pública o para tercero.

La exigencia típica de un resultado conduce a que puedan ser posibles las formas imperfectas: caben por tanto, la tentativa y la frustración.

La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992 (*)

FERNANDO PÉREZ ALVAREZ

Universidad de Salamanca

— Los delitos alimentarios nocivos vienen definidos por el conjunto de infracciones penales que, versando sobre alimentos, menoscaban la salud pública (1).

(*) Trabajo realizado en el marco del Programa financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT), Proyecto PB 091-0190.

(1) Los delitos alimentarios, mal llamados fraudes alimentarios, pueden diferenciarse en nocivos e inoocuos, según supongan, o no, una afección a la salud pública vía alimentaria. Entre los delitos alimentarios inoocuos, podemos constatar diversas figuras penales como la estafa en alimentos, maquinaciones para alterar el precio de los alimentos o delitos publicitarios relativos a productos alimentarios, etc. Pese a la nitidez diferenciadora de tales categorías, inoocuas y nocivas, lo cierto es que plantean importantes problemas concursales. Sobre tales delitos, vid., entre otros, BIWOOD-GERARD, Objetivos y principios de un Derecho Comparado de la alimentación, Vol I, II, III, IV, *Revista Alimentaria*, Números especiales 1970-72 y 1973, GARCÍA ALBERO, La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica, *Revista de Cataluña*, GONZÁLEZ RUS, Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal, Ministerio de Sanidad y consumo, Madrid, 1986, NUVOLONE et. alt., Problemi penali in tema di frodi alimentari, Milano, Giuffré, 1971, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal. *RFUCM*, n.º 57, 1979, PÉREZ ALVAREZ, Protección penal del consumidor, Salud pública y alimentación, Praxis, 1991, PICCININO, Delitti contro la salute pubblica (I), Milano, Franco Angeli, 1968, RODRÍGUEZ RAMOS, Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública, Temas de Derecho penal, Instituto de Criminología, 1977, del mismo, Fraudes alimentarios nocivos, *Comentarios a la Legislación penal*, Vol. II, T. V, 1985, SAINZ CANTERO, Protección penal del consumidor frente al fraude de alimentos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Reforma Parcial de Código Penal, *Anuario de estudios Sociales y jurídicos*, X-XI, 191-1982, Granada, 1982.

La preocupación de nuestro legislador penal por tales ilícitos se evidencia ya desde los primeros tiempos de la codificación. Así advertimos cómo, a diferencia del panorama presente en un análisis iuscomparatista, el primer Código Penal español (año 1822) ofrecía un espacio normativo (el Título IV de la Primera Parte) relativo a los delitos contra la salud pública, recogiendo algunas figuras reconducibles a los parámetros actuales del delito alimentario nocivo (2).

Desde entonces, las reformas se han venido sucediendo, con una tónica insistente en reordenaciones sistemáticas y profusión ejemplificativa de supuestos, en el interés de responder, siquiera de una manera formal, a la demanda social de protección de la salud pública vía alimentaria, aunque sin atender a soluciones reales.

Asistimos, con el Proyecto del nuevo Código Penal, a otro intento de reforma que, sin duda, debiera venir presidido por el interés de salvar las posibles deficiencias presentes en la categoría del delito alimentario en nuestro Código Penal. Porque la reforma legislativa tiene, precisamente, el sentido de beneficiar el panorama normativo hasta entonces existente.

El Proyecto se presenta como la alternativa normativa al vigente Código Penal. Sin embargo, la aparición de un nuevo Código no ha de insistir, necesariamente, en una reforma *in totum* de su articulado. Puede darse el caso que la conformación normativa de la categoría del delito alimentario venga ya perfectamente diseñada y organizada, que no se sienta la necesidad de modificar el articulado atinente al delito alimentario nocivo. En tal situación, el nuevo Código debe, lógicamente y si fuera el caso, reiterar los aciertos y no caer en la inercia de «reformar por reformar».

Lo cierto es que el Proyecto repite un esquema muy parecido, casi idéntico, al actual. Pudiera afirmarse, con las reservas propias de una cuantificación que pretende ser tan solo gráfica, que la identidad referenciada con el Código penal vigente se da en un porcentaje de un 70%, y llega al 90% con el Proyecto y la Propuesta de 1980 y de 1983, respectivamente (3).

(2) Un análisis histórico del delito alimentario nocivo en SCIAUDONE, Gli alimenti e il diritto alla salute, Napoli, Jovene, 1983, GROIZARD, El Código penal de 1870, Concordado y comentado, T. IV, 2.^a ed., Madrid, 1912, p. 40 y ss., PÉREZ ALVAREZ, cit., p. 79 y ss.

(3) La identidad era total hasta la última redacción del texto que se venía elaborando, identidad que se rompe cuando el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 15 de septiembre de 1992 incorpora un nuevo párrafo al previsto art. 339, desde entonces art. 348, 2. Vid. Boletín Oficial de las Cortes generales. Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, 23 de septiembre de 1992, núm. 102-1.

La cuestión ahora estriba en decidir si a este resultado inmovilista se ha llegado por la convicción de lo innecesario de una reforma o, por el contrario, a través de la escasa conciencia de la necesidad reformista.

Precisamente, en este interés van las presentes líneas, planteando la urgencia de la desatendida reforma, intentando reforzar la conveniencia de separarnos del esquema penal vigente que articula los denominados delitos alimentarios nocivos.

I.— La deficiente regulación del delito alimentario nocivo puede, brevemente, describirse en el siguiente comentario, al hilo de los tenores que ofrece el actual código penal en sus artículos 346 y 347 (4):

1.— En primer lugar, sorprende la imprecisa circunscripción del delito al **ámbito** netamente **mercantilista**. Ello se verifica desde varias constantes que rodean la tipificación penal del delito alimentario nocivo y su aplicación práctica:

a) Con independencia de que la salud pública en el ámbito alimentario pueda ser conculcada por cualquier individuo, sin pertenencia a un grupo de sujetos cualificados, lo cierto es que la tutela otorgada por el código penal vigente se ciñe preferentemente al mundo mercantil. Ello se deduce al ser destacados, en el polo subjetivo positivo de la relación delictual, los fabricantes, distribuidores, comerciantes o vendedores de productos alimentarios, bebidas, géneros, comestibles y demás objetos reconducibles al alimento.

Si bien es verdad, es con la «Reforma Urgente y Parcial» de 1983 cuando la regulación propone un delito especial alimentario nocivo (art. 346,1), por ser solo en este caso donde se delata tal cualidad personal en el sujeto activo. Sin embargo, los otros sujetos fueron, de hecho, circunscritos a idéntico abanico subjetivo, bien porque la práctica jurisprudencial

(4) **Art. 346. 1.-** «El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o, Reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas.

2.- «En la misma pena incurrirá quien, a) con cualquier mezcla nociva a la salud, alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, b) vendiese géneros corrompidos, c) 1. fabricare o c) 2. vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o, productos de forma tal que resulte su uso nocivo para la salud.

3.- Si dichos actos u omisiones se realizaren por negligencia, la pena será de arresto mayor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.»

Art. 347: «Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior:

1.º Al que ocultare, o sustrajere, efectos destinados a ser inutilizados para venderlos o comprarlos.

2.º Al que arrojar en fuente, cisterna o río, cuya agua sirva de bebida, algún objeto que la haga nociva para la salud.»

dencial se centraba casi exclusivamente de ellos, o bien, como propone GRACIA MARTIN (5), porque el recurso al delito especial no viene solo definido por el núcleo subjetivo del tipo, sino también por la naturaleza del comportamiento: «preguntemos a acciones como “vender” ¿quién es vuestro sujeto? La respuesta que nos darían sería inexorablemente esta: nuestro sujeto es un vendedor» (6).

b) Pero no es necesario acudir a tales argumentos para reforzar la idea mercantilista que discurre en estos delitos por la vía improcedente del delito especial, una especialidad que no es cierta en todas las infracciones. Basta con verificar la dinámica del delito. Porque las acciones de *vender, fabricar, ofrecer en el mercado*, que no determinan la especialidad del delito, sí definen el ámbito restringido de la intervención penal a los parámetros del tráfico alimentario.

c) También el objeto material, el alimento, ha sido decisivo en la delimitación del ámbito mercantil, al predicarse del mismo la pretendida **cláusula de comercialidad**. Aunque no todos los tenores típicos de los vigentes artículos 346 y 347, exijan un acto de introducción del alimento al consumo, propio del tráfico mercantil, lo cierto es que la doctrina (7), como la jurisprudencia han definido que es el comercio del alimento, mediante las fórmulas de venta o puesta en venta, el detonante de la respuesta sancionatoria.

Esta restricción no es debida a consideraciones propias del carácter fragmentario y de intervención mínima del derecho penal, porque tales postulados insisten, tan solo, en la selección del conflicto que se plantea para el bien jurídico y que legitima la respuesta penal. Cosa distinta del conflicto para el bien jurídico, es el marco donde se desarrolla tal afectación, lo que no debe repercutir en la necesidad o no de respuesta. Si se trata de proteger de ataques al bien jurídico salud pública en relación con los alimentos, poco interesa el título por el cual el consumidor accede al mismo. El marco mercantil no puede monopolizar los ámbitos de necesidad respuesta penal, todo lo más puede significar la diferenciación de penas al entenderse a los sujetos protagonistas del tráfico mercantil (comerciantes, distribuidores y fabricantes) como garantes de la inocuidad de los alimentos que ponen a disposición de los consumidores.

2. — Y esto último, precisamente, no se da en el derecho penal vigente: la presencia de los sujetos activos especiales, revela tan solo un

(5) El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, T. I, Zaragoza, 1985, p. 136.

(6) En sentido contrario PÉREZ ALVAREZ, cit., p. 163.

(7) QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Vol. IV, Infracciones contra la comunidad social, Madrid, Edersa, 1967, p. 341, PUIG PEÑA, Derecho Penal, Parte Especial, T. III, Madrid, 1969, p. 383 y CUELLO CALÓN, Derecho Penal, Parte Especial, Vol. I, T. II, Barcelona, Bosch, 1972, p. 381.

sentido **formalmente especial** de las infracciones. Ello se constata al contemplar la equiparación de las penas tanto se realice el delito por un fabricante, comerciante o distribuidor, como por un sujeto común que, en principio, no debiera garantizar en igual medida la inocuidad de los alimentos como aquellos (8).

La **solución sugerida** pasa por establecer un delito común alimentario nocivo y una versión agravada para cuando tales comerciantes, distribuidores o comerciantes realicen los comportamientos descritos, al entenderse cómo en ellos se da un *plus* referido al desvalor de su conducta, por tratarse de garantes específicos de la inocuidad o salubridad del alimento.

3.— Igualmente criticable es la dualidad normativa que produce la profusión de casos previstos en los diferentes apartados e incisos de los artículos 346 y 347 (9), que incluso hace dudar al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional sobre qué norma concreta utilizar para calificar jurídicamente los hechos que la práctica ofrece (10).

Conductas como ofrecer en el mercado, realizar mezclas nocivas, vender géneros corrompidos, fabricar o vender objetos de uso nocivo, arrojar al agua sustancias que la conviertan en perjudicial etc., debieran reorganizarse en el intento de aclarar cuál es el ámbito de intervención penal, determinando con precisión qué está prohibido y qué está permitido.

En tal interés, y constatando la diferenciación de conductas, al menos desde el punto de vista de la dinámica de la afección a la salud pública, podríamos distinguir entre la dotación de nocividad a los alimentos destinados al consumo público y la disposición al consumidor de los alimentos ya nocivos. Mediante tales conductas, genéricas pero claras, se puede abstraer la multiplicidad de situaciones en que, vía alimentaria, se compromete la seguridad de los consumidores respecto de su salud.

4. — Sin embargo, frente a la profusión de supuestos tipificados, precisamente por no venir claro su espacio de intervención o ámbito de efectividad que les es propio y diferenciado, la **regulación** saturada, destinada a ofrecer protección a la salud pública vía alimentaria, puede adjetivarse también de **incompleta**. Así se constatan las lagunas siguientes:

— Por que no toda disposición al consumo público de alimentos nocivos es punible: sólo cuando el alimento se **oferta al mercado** (art.

(8) Vid. supra la nota tercera del presente texto donde se equiparan las penas de todas las especies dolosas del delito con prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas.

(9) Una ordenación de los mismos en PÉREZ ALVAREZ, cit. p. 143-144.

(10) Sobre duplicidad normativa en los delitos alimentarios nocivos, vid. PÉREZ ALVAREZ, cit. p. 297 y ss.

346,1), se **vende** (art. 346, 2 b y 346,2 C-2), se **fabrica** (art 346, 2 C-1, se **altera** su composición (art. 346, 2 a y 347, 2).

Quedan ajenos a la cobertura del Código otros supuestos donde el alimento, con su carga de nocividad, accede al consumo público: pensemos sin ir más lejos en la puesta del alimento nocivo a disposición de los consumidores en un establecimiento o comedor colectivo de beneficencia, donde no se vende ni oferta al mercado, ni se fabrica el alimento.

En estos casos, la salud pública es vulnerada y, sin embargo, no lo es desde el tráfico alimentario, entendido éste como parte del proceso de intercambio de bienes y servicios (11).

— En otro orden de ideas, se explicita una importante deficiencia relativa a los requisitos de la nocividad predicable del alimento.

Ello es así porque la nocividad del alimento, cuando es contemplada por la norma (art. 346,1) se hace depender de la requisitoria legal o reglamentaria referida a la **caducidad y a la composición** del alimento. Y tal afirmación atrae interesantes conclusiones que nos dejan ver la insuficiencia (laguna) de la regulación legal.

— De una parte, la exigencia del respeto a la normativa extrapenal, que reconduce la conformación del tipo a la técnica de las leyes penales en blanco, se da únicamente para el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 346 CP. En los demás incisos del articulado del delito alimentario, la referencia al incumplimiento de la normativa higiénico alimentaria no existe. Se produce con ello el sinsentido de «castigar más» las versiones comunes del delito alimentario nocivo, que la versión de delito especial del párrafo 346, 1. Porque en aquellos casos, basta con verificar la nocividad del alimento y el peligro que se da en la salud pública para que se satisfaga el tipo (12), mientras que en el delito especial, además, hay que constatar que se ha incumplido la normativa sanitaria de caducidad y composición del alimento. Esta normativa extrapenal actúa como filtro punitivo, descubriéndonos cómo, en ocasiones, la técnica de la ley penal en blanco despliega efectos positivos o garantistas, dado que no basta con ofertar al mercado alimentos nocivos y poner en peligro la salud pública sino que es necesario que, además, se incumpla la normativa alimentaria de referencia.

Por el contrario, en el resto de las versiones comunes del delito, bastaría para satisfacer el tipo, constatar la venta, fabricación o alteración del alimento y su nocividad, independientemente del respeto o no de la normativa comentada.

(11) Así URÍA, Derecho Mercantil, 18.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 531.

(12) Con carácter general, así es, porque hay artículos que ni siquiera predicán esa exigencia, como ocurre en el supuesto tipificado en el art. 347, n.º 1 CP, vid. infra comentario a tal artículo.

De tal evidencia, se infiere la necesidad de hacer extensiva esta exigencia, que si bien la analogía *in bonam partem* aconseja su aplicación, también encuentra importantes detractores que deshechan este recurso interpretativo porque, en últimas, deja al juez la posibilidad o no de apreciarla, desvinculándose del necesario respeto al principio de legalidad y de separación de poderes, consideraciones que, además, se erigen paradójicamente como críticas a la propia ley penal en blanco (13).

— De otra parte, pese a desplegar los benéficos efectos el reenvío, tal recurso se muestra insuficiente. Porque no sólo los requisitos de caducidad o composición son los detonantes de la nocividad real del alimento. La laguna, en este caso, se materializa porque otras importantes condiciones deciden, igualmente, la nocividad del alimento. Nos referimos a las condiciones de almacenamiento, de conservación, etc., y cuantas otras puedan insistir en la nocividad real de los alimentos y que conceptualmente puedan separarse del contenido de caducidad y composición (14).

De entender omnicomprendivas tales categorías, de nuevo quiebra la certeza y seguridad y surge la analogía *in malam partem* prohibida por la ley, lo que ocurre siempre que reconduzcamos a la caducidad y composición alimentaria otras condiciones diferenciadas conceptualmente de éstas.

5.— Al igual que existen importantes lagunas, y se cuestionan importantes redundancias, también el articulado ofrece **figuras de injustificada presencia**. Esto ocurre con el párrafo primero del vigente art. 347.

Según el mencionado artículo, es punible la conducta del que ocultare, o sustrajere, efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados para venderlos o comprarlos. El mantenimiento de la figura se cuestiona por la inconveniencia de mantener la punición, en los delitos de peligro, ante figuras de clara naturaleza de acto preparatorio, por el subjetivismo predicable de la misma y la escasa o nula entidad en la repercusión al

(13) En contra de los recursos analógicos *in bonam partem*, vid. CORDOBA RODA, en CORDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código Penal, T. I, Barcelona, Ariel, 1979, p. 59 y QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de Derecho Penal, T. I, Madrid, 1963, p. 198, para quienes todo tipo de analogía está proscrita por la ley en atención al art. 2 CP, que obliga a los Tribunales a la rigurosa aplicación del texto Legal.

(14) Una reflexión relativa a la amplitud del reenvío se produce en las discusiones previas a la aprobación del texto del art. 346 en la Reforma Urgente y Parcial del año 83. Con carácter previo el Proyecto de 1982 añadía a la requisitoria de caducidad y composición «cualquier otra de análoga significación», e igualmente algunas enmiendas al texto recabaron en la necesidad de ampliar la requisitoria de reenvío. Vid. Diario de Sesiones del Senado n.º 16 de 31 de mayo 1983.

bien jurídico (15). Porque, en definitiva, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto (16), de notoria repulsa en un derecho penal garantista, orientado a la protección de bienes jurídicos.

6.— En idéntico sentido, de profusión distorsionadora, el **objeto material** viene a implicar como objeto de la acción del delito alimentario nocivo a un conjunto de realidades, en ocasiones diversas y en ocasiones coincidentes, que hacen difícil la apreciación de cuál de los incisos es el indicado para realizar la calificación jurídica. Ello ocurre al constatar como objeto de la acción a los productos alimenticios, bebidas y comestibles, géneros, objetos, agua y efectos en general.

Es por ello que, en el mismo afán de simplificar los tipos, eliminando su carga distorsionadora, propusimos en su día (17) la utilización del vocablo alimento como englobador de todo este universo de objetos que reclaman una dedicación penal en el ámbito del consumo alimentario (18).

La nocividad proyectable desde otros objetos, también de consumo o uso doméstico, pudiera ser igualmente contemplada desde el contenido de los útiles y productos alimentarios, asimilables al vocablo «alimento» (19). Sin embargo, no sería un necesario añadido el especificar tanto el alimento como otros objetos de uso y consumo para, en atención a criterios de certeza y seguridad, definir mejor el ámbito de intervención del derecho penal. Y todo ello, independientemente de que, por la trascendencia que conlleva la realidad alimentaria, se considere apropiado establecer una agravación de los tipos en atención al objeto de la acción.

II.— Si las consideraciones anteriores son compartidas, nada obsta imaginar que el espíritu de cualquier reforma, interesada en proporcionar soluciones reales, recabara en parecidos términos a los expresados, determinando una nueva regulación del delito alimentario nocivo.

Sin embargo, esto dista mucho de ser cierto. El alcance de la pretendida reforma, como anunciábamos, no ha dado paso a la profunda y necesitada revisión de los tipos penales que se ocupan de los ataques a la salud pública en el ámbito alimentario.

(15) Vid. PÉREZ ALVAREZ, *Protección penal del consumidor...*, cit., pp. 286 y ss.

(16) Es conceptualizado como delito de peligro abstracto, entre otros, por RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1985, p. 92, BOIX REIG, *Derecho Penal, Parte Especial, Vol. I, Derecho*, Valencia, 1987 p. 365, al igual que por nuestro Tribunal Supremo en STS de 30 de enero de 1954, 20 de mayo de 1955 ó 12 de abril de 1989.

(17) PÉREZ ALVAREZ, cit. pp. 314 y ss.

(18) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, cit. p. 266, dentro de los delitos contra la salud pública, distingue por su objetividad material los delitos relativos a la «calidad de consumo».

(19) PÉREZ ALVAREZ, cit. p. 316.

Pudiéramos decir que el Proyecto del nuevo Código, está a caballo entre el inmovilismo y la reforma. Inmovilismo porque no se separa demasiado del articulado vigente, reforma porque adopta, al pie de la letra, (con la única excepción del novedoso párrafo segundo del artículo 348 del Proyecto (20)), las previsiones realizadas en los anteriores Proyectos de Código Penal de 1980 y de 1983.

No olvidemos que el articulado pertinente al delito alimentario nocivo fue modificado en una de las últimas y más importantes reformas que, precisamente por ser de 1983, impuso los aires «innovadores» del momento, que en definitiva no tradujeron sino la necesidad política de actuar ante los, entonces todavía recientes, sucesos de los aceites adulterados (21).

Así se reitera la tensión inmovilismo, reformismo. Porque la pretendida reforma supone, **literalmente**, la transcripción, diez años después, de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

En este punto, es preciso prestar nuestra atención a las previsiones legales contenidas en el Proyecto para denunciar, no ya la identidad con la propuesta de Anteproyecto de 1983, sino las importantes deficiencias que se observan del mismo articulado.

II.1.— El bien jurídico

El Proyecto, como es práctica usual en las codificaciones penales, articula la denominada Parte Especial sobre la base de los bienes jurídicos dignos de protección. Así, dentro de tales criterios sistemáticos, nos ofrece el Proyecto un «nuevo» bien jurídico, como es la seguridad colectiva.

Bajo su cobertura se amparan cuatro capítulos, relativos a los delitos de riesgo catastrófico (de la energía nuclear, radiaciones ionizantes y otros), de los incendios y otros estragos, de los delitos contra la salud pública y de los delitos contra la seguridad del tráfico, respectivamente.

(20) La incorporación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal del párrafo segundo del art. 348 no era sostenida en las propuestas de los textos previos al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.

(21) Porque el derecho penal, en ocasiones, interviene respondiendo más a necesidades de oportunidad política, sin atender a la realidad normativa y al respeto de ésta con el principio de legalidad. Vid. HERZOG, Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro), traducción de Elena Larrauri Pijoan y Fernando Pérez Alvarez, Nuevo Foro Penal, núm. 53, 1992, pp. 303 a 312.

En realidad, se utiliza idéntica denominación a la que ya aparecía en el Código penal de 1928, Proyecto de 1980 y PANCP de 1983 (22).

Este nuevo título, referido a la seguridad colectiva, resulta más clarificador en orden a determinar que efectivamente se están protegiendo intereses colectivos, normas sociales, porque tal aspecto queda muy diluido actualmente, al incluirse en el perturbador Título V, donde está absolutamente desdibujada la finalidad y concreción del bien jurídico (23): «De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general».

La sede normativa del delito alimentario nocivo es la propia de los artículos 347 y ss., dispuestos dentro del Título XIV, denominado «De los delitos contra la seguridad colectiva» y, en el seno de este título, en el Capítulo II «De los delitos contra la salud pública».

La **seguridad colectiva**, como bien jurídico colectivo, trata de dimensionar la protección de la seguridad particular, lo que se plasma mediante una preocupación por sancionar conductas que amenazan los bienes jurídicos individuales que se entienden comprendidos dentro de la idea genérica de seguridad.

Seguridad para que la vida, la integridad corporal de cada individuo no se vean socabadas por el conjunto de riesgos sociales que atraen la energía nuclear, el tráfico rodado, la provocación de incendios, el mercado alimentario o el tráfico de drogas, etc. Y este margen de seguridad, que hay que tutelar, se instituye como un bien jurídico colectivo, porque se trata de un interés compartido, de titularidad universal.

«El denominador común ..., y esto es lo que explica su reunión en un mismo título, es que el bien jurídico protegido está integrado esencialmente por la la seguridad general, sin perjuicio de que pueda, en alguna infracción, concurrir la tutela de otros intereses... Y no se debe olvidar que la naturaleza del bien jurídico es metodológicamente imprescindible para la interpretación y aplicación de los preceptos penales» (24).

De otra parte, tenemos la **salud pública**, también como bien jurídico colectivo y como exponente de una faceta de la seguridad colectiva. Porque la salud pública es el mismo bien jurídico, la seguridad colectiva, pero aplicado a los ámbitos particulares del consumo público. Y la salud pública aparece desglosada en los diferentes ámbitos donde pueda

(22) GONZÁLEZ GUITIÁN, Delitos contra la seguridad colectiva, Documentación Jurídica, II, p. 939. Aunque, respecto de los citados preceptos, se produce una variación, como es la desaparición, en este Título de la seguridad colectiva, de la infracción de las leyes sobre inhumaciones y traslado de restos humanos.

(23) QUINTERO OLIVARES, Delitos contra intereses generales o derechos sociales, RFDUCM, 1986, monográfico 6, pp. 579 y 570.

(24) Son afirmaciones vertidas en la Exposición de Motivos del Proyecto.

venir implicada (mercado alimentario, drogas, medicamentos, etc. (25)), lo que justifica los diferentes artículos del capítulo.

Respecto de la protección de la salud pública en el ámbito alimentario, se trata de garantizar a todos y cada uno de los consumidores potenciales, que los alimentos dispuestos al consumo público, sobre los cuales no ejercen un control inmediato, no van a vulnerar su integridad corporal o vida, por no ser aptos para el consumo humano. Es decir, se trata de proteger la seguridad colectiva, la seguridad del ciudadano en cuanto consumidor de alimentos. Por ello hablamos de salud pública como un bien jurídico colectivo que pone de relieve una faceta o campo aplicativo donde garantizar esa seguridad de todos.

Podemos hablar de una concatenación de bienes jurídicos que explicita esa íntima **relación entre los bienes jurídicos colectivos e individuales**: porque mediante la seguridad colectiva se instituye un bien jurídico general, que engloba otros bienes jurídicos también colectivos (salud pública, tráfico rodado), que, a su vez, consisten en las condiciones para el disfrute de los bienes jurídicos individuales (vida, integridad corporal, etc.).

Tal es el sentido de los bienes jurídicos colectivos en relación a los individuales, a los que no sólo complementan, sino que encuentran en ellos la esencia y legitimación (26).

— La razón de esta interacción de bienes jurídicos no solo explica la naturaleza pública de la seguridad colectiva, sino también la naturaleza de **delitos de peligro**.

Porque los bienes jurídicos colectivos, que nacen para garantizar los bienes individuales, cumplen su función mediante el adelantamiento de la barrera de protección de los bienes individuales. ¿Cómo garantizar que la vida o la integridad corporal no venga lesionada?: mediante el establecimiento de las condiciones que eviten el riesgo de esa lesión. Y está no es otra que la idea de **peligro** que subyace en todo delito colectivo.

En el espacio alimentario la relación es evidente. La moderna mecanización e industrialización alimentaria, ha decidido que se libere al ciudadano, individualmente considerado, de la servidumbre y exclavitud de la consecución y preparación del alimento, sin embargo, se le ha encadenado mucho más sutilmente, por cuanto depende del sistema de producción (27). Es comprensible que se generen situaciones de riesgo, ya que la idoneidad o inocuidad del alimento no está siendo protagoni-

(25) La dificultad de precisar con nitidez las diferencias entre el medioambiente o la salud pública, viene dada al tratarse de bienes jurídicos colectivos que, en esencia, tratan de proteger idénticos bienes individuales.

(26) PÉREZ ALVAREZ, cit. pp. 43 y ss.

(27) CASTILLO CASTILLO, Sociedad de consumo a la española, Eudema, Madrid, 1987, p. 11.

zada por el sujeto que consume el alimento, sino que la presupone, confiado en los mecanismos de producción y distribución alimentaria.

Para evitar riesgos intolerables, que deshacen el equilibrio entre la asunción de riesgos sociales y el beneficio social, empieza a tener legitimidad la intervención del derecho, y con ello del derecho penal, cuando el riesgo sea de gran entidad y repercuta en bienes jurídicos importantes (28).

De tal manera, se instituye el bien jurídico colectivo como el conjunto de condiciones que posibilitan el disfrute del bien individual al que complementan. Y la fórmula de posibilitar el disfrute de un bien jurídico, es la de evitar que éste sufra un menoscabo o lesión, lo que, ineludiblemente nos lleva a la dinámica de los delitos de peligro. Porque mediante la incriminación de las situaciones de puesta en peligro de un bien jurídico, se asegura el disfrute del mismo para evitar su lesión (29).

Los delitos contra la salud pública, contra la seguridad colectiva, son delitos de peligro.

En este orden de ideas, se advierte un cambio en la nomenclatura del nuevo Título XIV del Código penal «Delitos contra la seguridad colectiva», que ya no refuerza tanto la idea de delitos de peligro, como sí lo hacía el antiguo Título V referido a «... los delitos de riesgo en general». Sin embargo, pese a la falta de identificación formal, se mantiene la estructura de delitos de peligro, como se deduce de la lectura del articulado.

El resumen, el nuevo bien jurídico «seguridad colectiva» atrae para tales infracciones las características de delitos de riesgo y delitos colectivos. Se trata, sin duda, de un binomio indisoluble (delito de riesgo-bien jurídico colectivo) (30), que definirá el alcance y modalidades de las infracciones de manera particular.

En idéntico sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto, nos recuerda que la estructura predicable de estos delitos viene configurada en la propia de los «delitos de peligro, concreto o abstracto, que, en todos los casos, ponen en juego la vida o salud de una generalidad indeterminada de personas». Sin embargo, pese a reforzarse la idea que venimos manteniendo, se trata de una afirmación que no podemos compartir en su totalidad. Y ello debido a la descuidada redacción que utiliza el legislador, porque no se puede argumentar, como se afirma, que los delitos de peligro abstracto ponen en juego, en todos los casos, la vida o la salud de una generalidad indeterminada de personas. Criticable es la expre-

(28) Ello como consecuencia derivada del carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal.

(29) En resumidas cuentas se trata de un adelantamiento de la barrera de protección o fórmula de protección anticipada.

(30) PÉREZ ALVAREZ, cit. p. 65.

sión «poner en juego», que nos traslada torpemente al campo del riesgo, pero más inexacto es afirmar que los delitos de peligro abstracto ponen en peligro la vida o la salud de las personas en todos los casos.

Una vez advertido el bien jurídico que aglutina la conformación de estos delitos y su dimensión de delitos de peligro, paso lógico es el de valorar las previsiones del Proyecto cuestionándonos si resuelve con acierto o no las exigencias penales de dicha protección.

II.2.— Las figuras del delito

Ya hemos afirmado cómo la fórmula que el Proyecto explicita, en relación al delito alimentario nocivo reitera, con un solo añadido, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (31).

Las infracciones alimentarias que vulneran la salud pública se pueden diferenciar en las siguientes, donde se constata la **profusión de supuestos**, sobre los que cabe establecer un paralelismo con el derecho penal vigente.

a) **Ofrecer** en el mercado productos alimenticios omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición, poniendo en peligro la salud de los consumidores.

b) **Fabricar** bebidas o comestibles destinados al consumo público, nocivos para la salud.

c) **Vender** bebidas o comestibles destinados al consumo público, nocivos para la salud.

d) **Traficar** con géneros corrompidos.

e) **Elaborar** objetos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud.

f) **Comerciar** con objetos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud.

g) **Ocultar** efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

h) **Sustraer** efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

i) **Adulterar con aditivos** susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario.

(31) Sobre la misma LORENZO SALGADO, Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulo III «De los delitos contra la Salud Pública», en Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Vol. II, 1983, Ministerio de Justicia, p. 961.

j) **Administrar** a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, **sustancias no permitidas** que generen riesgo para la salud de las personas.

k) **Administrar** a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, dosis superiores a las autorizadas (de sustancias permitidas).

l) **Sacrificar** productos de animales de abasto, conociendo la administración de sustancias (en dosis superiores a las permitidas, o no autorizadas que generen un riesgo para la salud de las personas).

m) **Destinar** productos de animales de abasto, conociendo la administración de sustancias (en dosis superiores a las permitidas, o no autorizadas que generen un riesgo para la salud de las personas).

n) **Sacrificar** animales de abasto a los que se les hayan aplicado tratamientos terapéuticos, sin respetar los períodos de espera reglamentariamente previstos.

ñ) **Despachar** carnes o productos de animales de abasto, a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos, sin respetar los períodos de espera reglamentariamente previstos.

o) **Envenenar o adulterar** con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso o al consumo público de una colectividad de personas.

El artículo 347

a) El primer inciso del artículo 347, reitera el tenor del vigente art. 346, 1, siendo por ello acreedor de las críticas que la doctrina advierte en el comentario del párrafo que incorporó la reforma del 83.

— Porque se dota al supuesto de una clara naturaleza especial, en atención a los sujetos (distribuidor, comerciante, productor), cuyo alcance es nulo, al identificar las penas del artículo a las de los demás supuestos de delitos comunes, lo que contradice el sentido de delito especial que diferencia a efectos de pena la realización del delito en atención a los sujetos activos.

— Porque dentro de las obligaciones relativas a la nocividad formal, sólo atiende a los requisitos de caducidad y composición de los «productos alimenticios», cuando no son sólo éstos los determinantes de la nocividad e inocuidad del alimento.

La Exposición de Motivos del Proyecto, en el interés de adelantar el significado y alcance de la reforma proyectada, flaco favor nos hace cuando nos adelanta como proyectada novedad la omisión o el falseamiento de datos sobre composición o caducidad de un alimento, poniendo en peligro la salud de los consumidores, y lo cita como novedad que sería hasta hoy incomprensiblemente atípica. No obstante, de la lectura

atenta del articulado proyectado, no se encuentra tan «novedosa» aportación, salvo que la entendiéramos inscrita en el tenor literal del art. 347 que contempla la omisión y alteración de requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición con la consiguiente puesta en peligro de la salud de los consumidores. Sin embargo no pueden sinonimizarse ambas expresiones (falsedad en los datos y alteración de requisitos) y, caso de hacerse, nunca supondría ello una novedad, por haberse incorporado ya tal tenor en la reforma operada en el año 83, con lo que no se salvaría, como anuncia la Exposición de Motivos, ninguna atipicidad incomprensible.

b) y c): fabricar o vender bebidas o comestibles destinados al consumo público, nocivos para la salud. Se trata de un supuesto *no recogido directamente* en el vigente código, pero que ya se preveía en el PCP de 1980 y en la PANCP del 83.

Sintetiza este supuesto la esencia de las infracciones del delito alimentario nocivo, cual es la de incriminar las conductas de «creación de nocividad alimentaria» (32) y de disposición al consumo público de alimentos nocivos.

Sin embargo, se echa en falta el requisito relativo a la nocividad formal, esto es, la lógica exigencia de que tal fabricación o venta lo sea contraviniendo la normativa alimentaria que decide la nocividad desde el plano formal. De otro modo, en la práctica, nos encontraremos con multiplicidad de supuestos en los que la fabricación y venta de bebidas o comestibles sería castigada atendiendo, tan solo, al hecho de que fueran nocivos tales objetos, aunque sí se cumpliera la normativa alimentaria de higiene de los mismos. Y en este caso se da el doble sinsentido que anteriormente advertimos:

— En primer lugar, que el aspecto garantista de las normas penales en blanco opera tan solo para los sujetos especiales. Se reduce indebidamente a favor de tales sujetos el ámbito de la intervención penal (mediatizado por la inobservancia de la reglamentación técnico sanitaria de alimentos), cuando, precisamente, se trata de delitos especiales que generalmente se instituyen para reforzar más gravemente la respuesta penal.

— En segundo lugar, si bastara que las bebidas o comestibles fueran materialmente nocivos para la salud, independientemente de la adecuación de las conductas a la reglamentación técnica sanitaria (nocividad formal), no tendría sentido el estudio farmacológico o bromatológico, destinado a definir la nocividad real, para adecuar sus resultados a las exigencias de tal reglamentación. Es decir, los descubrimientos bromatológicos nos ponen de manifiesto cómo lo que ayer se

(32) Nomenclatura utilizada por RODRÍGUEZ RAMOS, Fraudes alimentarios contrarios a la salud ..., cit. p. 99, quien utiliza las expresiones «creación» y «tráfico» de nocividad alimentaria o de alimentos nocivos.

estimaba como inocuo, cambia de signo al descubrirse elementos determinantes de afección a la salud humana.

Se estaría consagrando la despreocupación del «Estado» por adecuar la normativa alimentaria, dado que siempre puede intervenir cuando se constata la nocividad de las bebidas o comestibles.

Además, se producirían importantes problemas relativos a la retroactividad de las normas penales. Pensemos en el caso de quien vendió alimentos destinados al consumo público, respetando la normativa alimentaria sobre nocividad, pero que tales alimentos resultaron nocivos, como se demuestra de posteriores estudios que descubrieron su carga de nocividad: si seguimos la literalidad del precepto, el derecho penal debiera intervenir, por constatarse todos los elementos del precepto comentado, como son los de nocividad del alimento y comportamiento típico.

Indudablemente, tales consideraciones no son admisibles en un derecho penal garantista, ni desde una visión global del ordenamiento en el que se implican la normativa penal y la administrativa definidora de la reglamentación técnico sanitaria de alimentos, higiene alimentaria, etc.

d) La venta de géneros corrompidos del vigente Código, es sustituida en el Proyecto por el tráfico de géneros corrompidos, coincidiendo su tenor con las redacciones del Proyecto de 1980 y Propuesta de 1983.

De tal forma, se favorece la separación del ámbito de la compra-venta, por definir el verbo traficar el amplio campo de intervención en el mercado de tales objetos (traficar puede hacerse por permuta o donación, por ejemplo). Ello es positivo por fundamentarse la punición no en virtud del título de obtención del alimento en el mercado. De todas maneras, el acotamiento del ámbito donde opera la figura sigue siendo el propio del tráfico mercantil del alimento, que parece ser la esencial preocupación del legislador.

De otra parte, el ámbito de intervención, propio de los géneros en general, se circunscribe en la práctica a los alimentos en particular, tal vez por ser los alimentos la objetividad más susceptible de corrupción (33). En realidad la especificación de este inciso, como en el homólogo de la legislación vigente, no propone una diferenciación en el objeto material sino en el propio estado del alimento como estropeado, rancio o pasado (STS de 17 de junio de 1975).

La imprecisión del articulado, donde se adivina un legislador preocupado por definir con exactitud el ámbito de prohibición y tal vez motivado por la desconfianza de no incorporar «todo» lo relativo a la

(33) Vid. STS de 5 de julio de 1962; 16 de noviembre de 1967; 17 de mayo de 1969 y 18 de diciembre de 1981.

protección de la salud pública vía alimentaria, determina «cuestionables» redundancias.

Nos referimos a la posible duplicidad normativa que provoca el tráfico de géneros con el primer párrafo del art. 347 que sanciona con igual pena la oferta en el mercado de productos alimenticios. Ello es pensable si se entiende la corrupción como un estado derivado del incumplimiento de la reglamentación sobre caducidad de los productos alimenticios. Sin embargo, la duplicidad se diluye de la comparación exhaustiva de los tipos penales:

Porque, desde un punto de vista material, ofrecer en el mercado no es sinónimo de traficar, ni la objetividad que propone el término «géneros» coincide, por ser más amplia, que la de «productos alimenticios», e, igualmente, la afección a la salud pública que exige el art. 347, 1 no se deriva necesariamente del estado de corrupción de los géneros. Por último, no debemos olvidar que el art. 347, 1 del Proyecto contempla, como en la actualidad, una conducta compleja consistente no sólo en la oferta del producto, sino en la omisión de los requisitos establecidos en la leyes y reglamentos sobre caducidad y composición de los alimentos que se ofrecen.

e) y f) elaborar o **comerciar** objetos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud.

El Proyecto, siguiendo al PCP de 1980 y a la PANCP de 1983, ha reformado el tenor del artículo 346 2 c) vigente, alterando su contenido y elementos en el seno del art. 347.

El vigente artículo 346 2 c) penaliza la fabricación y venta de objetos en cuya composición se hubiesen incorporado sustancias o productos de forma tal que su uso resulte nocivo para la salud.

La reforma del citado artículo, hubiera debido operar en dos frentes, en primer lugar reforzando la exigencia del destino al consumo público de los objetos, por lo que la simple fabricación de objetos de uso nocivo no debiera prejuzgar, como lo hace, la intervención penal (34). En segundo lugar, y como se viene recurrentemente señalando, se hace necesaria otra matización en el comportamiento punible, que debiera separarse del simple vender para extender su acción a cualquier otra manifestación de destinar el objeto al consumo público.

El Proyecto, sin embargo, desatiende ambas sugerencias, porque no refuerza el contenido del destino al consumo público al presuponerlo unido a acciones como comerciar o fabricar tales objetos de uso nocivo.

Igualmente, se circunscribe el ámbito propio del objeto material de este delito. La regulación vigente describe como objeto de la acción a los «objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos» que definan su uso nocivo. En el Proyecto, por el contrario,

(34) PÉREZ ALVAREZ, cit., p. 283.

la objetividad material se establece sobre «objetos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud».

Juega un importante papel el nuevo elemento de **la autorización del uso** de tales objetos, lo que reduce el ámbito de intervención penal quizás de manera injustificada. Porque la *ratio punitiva* ya no radica tanto en la afección a la salud pública, sino en el añadido de que tales objetos no tengan un uso autorizado. Se produce con ello el reenvío a la normativa administrativa definidora de tales autorizaciones donde se constata que la permisividad en relación a los objetos no radica en el uso, sino más bien en la fabricación o en el comercio. Es decir, la Administración autoriza o no la fabricación, venta, despacho o comercio de objetos pero no establece autorizaciones para el uso de los objetos. Un ejemplo claro de tal dislate legislativo lo ofrece la normativa paralela sobre drogas tóxicas y estupefacientes, donde el uso (consumo) no está desautorizado, frente al tráfico y elaboración de tales sustancias, que sí lo está.

De cualquier manera, una interpretación que nos llevara a afirmar que en tal supuesto del art. 347 del Proyecto se está castigando la fabricación o comercio de objetos sin autorización, exigiría revisar también las conexiones con el paralelo art. 342 del mismo Proyecto, donde, precisamente, constituyen tales conductas el objeto de prohibición (elaborar o despachar sustancias nocivas para la salud sin hallarse debidamente autorizado).

La revisión debiera insistir, sin duda, en la **disparidad de las penas** previstas (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para la profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años, para las «sustancias» del art. 342 y prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de tres a seis años, para los «objetos» del art. 347).

La diferenciación de penas se justificaría al pensar en la naturaleza de los objetos de uso perjudicial, cuya nocividad ha de constatar-se en el resultado de afección a la salud pública, frente al artículo 342 que parece consagrar un delito de mera desobediencia o de peligro abstracto. Es por ello, en la intención de no reconducir los delitos contra la salud pública vía alimentaria a los parámetros del delito abstracto de peligro, por lo que se deben separar los campos de intervención y matizar, necesariamente, el espacio operativo de los supuestos contemplados.

En idéntico tenor, no estaría de más reforzar el requisito de afección a la salud pública, para evitar que la mera fabricación de objetos de uso perjudicial «no autorizado», aunque no lleven un destino al consumo o uso públicos, sea punible y mediante una pena más grave que la prevista en el art. 342, cuando en ambos casos el resultado de afección (peligro abstracto) es idéntico y sobre el mismo bien jurídico (salud pública).

El art. 347,2

g) y h) **ocultar o sustraer** efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

Reitera el Proyecto en este artículo las previsiones del vigente art. 347, 1, pero con la importante modificación relativa al destino de los efectos, que dejan de ser subjetivamente dirigidos a la venta o compra de los mismos para serlo, objetivamente, al comercio en general.

Se evita con ello la mentada crítica que permitía la tipificación de supuestos de escasa o nula afección de la salud pública, al posibilitar la incriminación de adquisiciones para el propio consumo (35).

Y redundando en la escasa afección al bien jurídico, que aconseja la desaparición de esta figura del Código penal, se observa cómo el Proyecto sigue manteniendo el elemento del destino al consumo público («para comerciar con ellos») en la esfera subjetiva intencional del autor y no se objetiviza, presentando tal inciso la punición de un supuesto de actos preparatorios para el comercio de alimentos, de naturaleza incompatible en esta clase de delitos de peligro (36).

El art. 348, 1

i) *«El que adulterare con aditivos, susceptibles de causar daños a la salud de las personas, los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario ...»*

Contempla el Proyecto una figura inicialmente reconducible a los parámetros del presente artículo 346, que castiga la alteración con mezclas nocivas de los alimentos y bebidas destinados al consumo público. Sin embargo, el Proyecto, con su artículo 348, se separa del tenor vigente, proyectando importantes novedades en una nueva reformulación que en poco ayuda a resolver las deficiencias del actual articulado que, en este caso, se ven agravadas.

— Porque constatamos que el comportamiento típico se recorta al constreñir la alteración mediante mezclas, del presente art. 346, a la sola alteración mediante aditivos.

Define nuestro Código Alimentario a los aditivos como *«sustancias que pueden ser añadidas intencionadamente a los alimentos y bebidas,*

(35) QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado..., cit., p. 348. En el sentido de la pertinencia en la modificación efectuada, PÉREZ ALVAREZ, cit., p. 289.

(36) Desde esta líneas, también mantenemos la inadmisibilidad de la punición de las formas imperfectas de ejecución y de los actos preparatorios en los delitos de peligro.

sin propósito de cambiar su valor nutritivo, para modificar sus caracteres, técnicas de elaboración o conservación o para mejorar su adaptación al uso al que son destinados» (Disposición 4.31.01 CAE) (37).

De este modo, ante el hecho de añadir a los alimentos otro tipo de sustancias dañinas que no tengan la calificación de tales, y cuando tal comportamiento no sea susceptible de integrar otra figura penal, careceremos de respuesta sancionatoria. Sin embargo, el espíritu de la norma rige en la intención de abarcar todos aquellos supuestos donde se añaden sustancias distintas del alimento mismo, que no siempre son susceptibles de calificarse como aditivos propiamente dichos y que dotan de nocividad al alimento.

Solo mediante una posible interpretación sistemática, que negara el sentido vinculante del Código Alimentario para colmar este elemento normativo, pudiera decidirse otro sentido más amplio que el otorgado, para, en atención al bien jurídico, contemplar como penalmente relevantes otros supuestos de adición de sustancias, distintas del aditivo *stricto sensu*, que tornaran nocivos tales objetos (38).

— Además, improcedentemente, se adjetivan los aditivos como susceptibles de causar daños a la salud de las personas, con lo que parece que solo se justifica la respuesta penal ante estos aditivos (los que tienen tal potencialidad) y no ante otros. La especificación es inadecuada, porque de los aditivos no puede apriorísticamente definirse tal cualidad, son nocivos todos o ninguno. Ya lo dijo Paracelso: *dosis facit venenum*. Es decir, el que el aditivo sea susceptible de causar daños en la salud, depende de la dosis que se utiliza del mismo y en relación con el conjunto de alimentos que componen el régimen alimenticio de la persona (39).

Ello nos exigirá verificar, en el caso concreto, la composición del alimento en el que se incorpora el aditivo. Su utilización en el alimento viene tasada por la reglamentación técnico sanitaria de los mismos,

(37) Vid. Real Decreto 3177/1983, de la Presidencia de Gobierno, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la reglamentación técnico sanitaria de aditivos alimentarios; Corrección de errores (BOE n.º 35, de 10 de febrero de 1984); Real Decreto 1339/1988, de 28 de octubre, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno, por el que se modifica la Reglamentación anterior; Real Decreto 1111/1991, de 12 de julio, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, por el que se modifica la Reglamentación anterior.

(38) En el sentido del carácter no vinculante del CAE para el Código Penal, aunque en materia de traslación de los conceptos de nocividad MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 8.ª ed., 1990, p. 479.

(39) Sobre este tema, juegan un importante papel los conceptos de Dosis Diaria Admisible y régimen alimenticio. Vid. BIGWOOD/GERARD, cit., Vol. I «Introducción general y ámbito de aplicación», p. 171 y MORENO MARTÍN/TORRE BORONAT, Lecciones de Bromatología, Vol. 1, Facultad de Farmacia, Barcelona, 1983, p. 271 y ss.

con lo que es fácil verificar al menos esta nocividad formal, cuando se ha omitido la normativa propia de la composición alimentaria reglada (40).

No está de más recordar cómo existe un paralelo artículo, destinado a la oferta en el mercado de productos alimenticios omitiendo la reglamentación sobre composición (art. 347 primer párrafo, igualmente del Proyecto), lo que nos pone sobre aviso de **la posible duplicidad** normativa.

Sin embargo, en el caso que comentamos, no nos encontramos con un delito especial (art. 347, primer inciso), circunscrito al actuar de fabricantes, comerciantes o distribuidores, sino ante un delito común. De igual forma, es predicable la diferencia del objeto de la acción (alimentos, sustancias y bebidas frente a productos alimenticios). Por último, el Proyecto, y respecto del objeto material vigente, también proyecta una diferenciación al sustituir los «comestibles y bebidas» por los «alimentos, sustancias y bebidas».

El vigente artículo debiera prescindir de los términos comestible y bebida para referirse solo al alimento, ya que la realidad alimentaria abarca igualmente otros productos alimenticios distintos de lo que se come o bebe (tabaco, goma de mascar, etc.) (41). En este sentido, si bien es importante la conversión operada del objeto de la acción hacia el alimento, no obstante, el Proyecto propone una realidad objetiva material diferenciada en las bebidas, las sustancias y los alimentos, lo que no solo provoca redundancias (las bebidas son alimentos), sino dudas acerca de qué tipo de sustancias, destinadas al comercio alimentario, puedan separarse conceptualmente de los aditivos o de los alimentos (42).

En referencia al destino de los objetos, éste cambia del consumo público, al comercio alimentario, lo cual es improcedente por subrayar el campo de intervención penal en atención a intereses diferenciados del bien jurídico salud pública y no incriminar posibles supuestos que la afectan fuera de la dinámica mercantil.

— Igualmente, el artículo rompe la tradicional unificación de penas en las especies del delito alimentario nocivo, porque se prevé para este supuesto una específica inhabilitación para la profesión, oficio, indus-

(40) La verificación se actualiza gracias a las denominadas «listas positivas» de aditivos, que recogen para cada alimento la presencia legalmente tolerada de cada uno de los mismos. Vid. la disposición 4.31.02 del CAE.

(41) Vid. PÉREZ ALVAREZ, cit. pp. 95 y ss.

(42) Pudiera tratarse de las sustancias enriquecedoras de los alimentos que no son aditivos según el CAE. Los aditivos son sustancias que se añaden al alimento sin intención de modificar su valor nutritivo, y ello da pie a que existan otros añadidos, como las sustancias enriquecedoras, que también pueden ser objeto del comercio alimentario y pueden definir igualmente afecciones a la salud pública, como además se prevé en la disposición 3.26.33 CAE. Vid., igualmente, las disposiciones 3.26.30 y ss. del CAE.

tria o comercio de seis a diez años y cuando el reo sea propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios.

La atención al sujeto activo, nos separa de la versión unificadora del vigente código, que tan solo a efectos formales define figuras especiales en atención al sujeto activo. Aquí, la especialización conlleva la agravación de pena, que va de la prevista inhabilitación de tres a seis años a la más grave de seis a doce años.

Sería del todo loable la materialización de esa especialidad delictiva, sino fuera porque el círculo subjetivo, y con ello la aplicación de la figura, se circunscribe indebidamente a los propietarios o responsables de **producción de fábricas** de productos alimenticios, cuando la adición de sustancias nocivas no solo puede llevarse a cabo en la fase de fabricación del producto alimenticio, sino en las fases de distribución, de envasado, etc. En estos casos, de aplicar la agravación caeríamos en una denunciante analogía *in malam partem* prohibida por la ley y, caso contrario, en un denunciante trato discriminatorio que contradiría el espíritu de la misma norma.

Tal vez, y para evitar el recurso interpretativo analógico, la presencia de los términos «producción» y «fábricas» haya de ser matizada en el sentido de «propietarios o responsables de la actividad o empresa alimentaria».

El art. 348, 2

En la aplicación de este artículo, se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa e inhabilitación al que *administrare a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores a las autorizadas; a quien conociendo la administración de dichas sustancias a los animales de abasto, los sacrificar o destinare sus productos al consumo humano; o al que sacrifique animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos, o despache al consumo público sus carnes o productos, sin respetar los períodos de espera reglamentariamente previstos.*

Se trata en todos estos supuestos de delitos comunes, actualizables por cualquiera, salvo que se entienda que de su dinámica se perfilen determinados sujetos implicados en la producción y oferta agroalimentaria.

Pero pese a tal elemento común, además del relativo a la pena, lo cierto es que muchos son los supuestos tipificados que merecen nuestra atención y juicio crítico y que ya relacionamos en el esquema previo de las conductas penalmente relevantes:

j) **Administración de sustancias no permitidas** que generen riesgo para la salud de las personas **en animales** cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano.

¿Se trata de un delito de peligro concreto? La exigencia de la puesta en peligro de la salud de las personas se establece de cara a las sustancias no permitidas. No se establece que se ponga en peligro la salud de las personas de manera directa, sino que se utilicen sustancias que generen riesgo, lo que equivale predicar la exigencia del resultado de peligro. Se conjugan aquí, de manera clara y plausible las vertientes de nocividad formal (sustancias no permitidas) y material (que generen riesgo para la salud de las personas).

Sin embargo, la exigencia de generación de riesgo puede sorprender cuando se sospecha que la aparición de esta nueva norma responde a la resonancia social de casos tales como el producido por el uso del «Clombuterol». Porque, en realidad, muchas de las sustancias no permitidas en la alimentación animal (tirostáticos, hormonales y betaagonistas), no deciden necesariamente un riesgo en la salud de las personas (43), dado que la prohibición de las mismas viene presidida por el fraude económico que conllevan, al incidir en un engorde artificial de los animales de abasto, en los que el consumidor está pagando, a precio de carne, grasas y agua (44).

El destino al consumo del animal en mal estado se prevé de forma directa, con la consecuente implicación de la salud pública también desde un plano material, cuestión digna de encomio al evitar tipos de peligro abstracto o formas distanciadas de la afección del bien jurídico.

k) Cuestión distinta acontece en el segundo de los incisos del añadido 348, 2, porque en esta ocasión se esta sancionando penalmente a quien utilice sustancias permitidas pero en **dosis superiores a las autorizadas**. Ya apuntamos como es la dosis la que virtualiza el veneno o la nocividad, lo que ahora parece conocer el legislador. Sin embargo es criticable la ausencia de nocividad material o de resultado típico en el delito, porque no se vuelve a insistir en la puesta en peligro de la salud de las personas, bastando la simple administración de la dosis (formalmente nociva, al superar la previsión autorizada), con independencia del resultado materialmente nocivo. Estamos ante un delito de peligro

(43) Concretamente, tales sustancias no se depositan en la carne que se consume, sino en las vísceras, como el hígado, cuya ingestión si puede resultar nociva.

(44) Vid. Orden del Ministerio de Agricultura, de 23 de junio de 1976, sobre autorización y registro de las sustancias y productos que intervienen en la alimentación de los animales, Orden de 4 de Marzo de 1977, por la que se actualizan las relaciones de sustancias y productos que intervienen en la alimentación de los animales. Vid., igualmente, las sucesivas Ordenes del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación de 31 de octubre de 1977, 10 de marzo de 1979, 30 de noviembre de 1980, 27 de noviembre de 1981, 2 de julio de 1982, 30 de septiembre de 1982, 31 de enero de 1983, 5 de diciembre de 1983, 25 de enero de 1985, 26 de marzo de 1986 y 30 de abril de 1986 por la que se actualizan los anejos I y II de la Orden Ministerial de 23 de junio de 1976 y se corrigen los errores precedentes.

abstracto donde la simple realización de la acción justifica la pena, al presumirse la afección a la salud pública que debería derivarse del comportamiento típico.

En otro orden de ideas, es pensable imaginar que la autorización de la dosis equivale a la permisión de la sustancia que se administra a los animales. En otras palabras, porque la nocividad en la manipulación de alimentos a los que se añaden sustancias, depende de un problema de la dosis efectivamente administrada.

Sin embargo, ello no es sí, cuando se constata que determinadas sustancias no se admiten en dosis alguna (45), frente a otras que sólo son prohibidas cuando superan una dosis determinada (46).

De tal manera, se salva la redundancia en ese claro interés del legislador de incriminar las posibles conductas de afección a la salud pública. Pero tal preocupación no se consigue, al descuidarse el elemento del resultado típico, que sí viene exigido en el precedente inciso ya comentado. De tal manera, si la duplicidad normativa no se da, esta vez ello no revierte en la ajustada tipificación realizada por el legislador, sino en que ahora, en los casos de administración de dosis mayores a las permitidas de tales sustancias, se viene descuidando la exigencia de la puesta en peligro de la salud de las personas.

I, m) Contempla igualmente este nuevo párrafo la comisión del delito por quienes **conocen de tales prácticas** (precedentes letras j y k) y **sacrifican o destinan** a los animales al consumo público. Con ello se trata de salvar la laguna legal al no preverse sino como típica la administración de sustancias nocivas, lo que, sin embargo, provoca deficiencias como las siguientes que advertimos.

En primer lugar, se reproduce la crítica anterior derivada de los supuestos donde tan solo se evidencie la nocividad formal de los animales de abasto, cuestión que provoca la presencia de delitos abstractos de peligro.

(45) Por ejemplo, tal acontece con el clorarfenicol, cuyo uso en cualquier dosis queda prohibido en las hembras en lactación y en las aves en puesta, o con la prohibición de tirostáticos, o sustancias de acción hormonal, etc. Vid. Real Decreto 1423/87 de 22 de noviembre, por el que se dan normas sobre vigilancia de sustancias y productos de acción hormonal y tiroestática, asimismo Orden de 12 de julio de 1988.

(46) Vid. Las normas relativas a los aditivos en la alimentación de los animales, por Orden de 23 de marzo de 1988, donde se prescriben, en atención a la especie y la edad del animal, las dosis mínima y máxima que puede encontrarse en los piensos destinados a la alimentación de los animales, de antibióticos, antioxidantes, saborizantes y aromatizantes, coccidiostáticos y otras sustancias medicamentosas, emulgentes, estabilizantes, espesantes y gelificantes, colorantes, conservadores, vitaminas, protaminas y sustancias de efecto análogo, oligoelementos, promotores del crecimiento, aglomerantes, antiaglomerantes y coagulantes y reguladores de la acidez.

En segundo lugar porque la versión comisiva se desdibuja en dos posibles modalidades, **sacrificio** (47) o **destino** al consumo público de los animales, con lo que en el primer caso se aumenta aún más la presunción de nocividad material contra reo, en los márgenes de insoportables delitos abstractos de peligro. Porque sacrificar a un animal, presumiblemente nocivo, nunca decide que el producto resultante sea nocivo de hecho, ni que se destine al consumo público, exigencias ambas que deben darse para que el derecho penal intervenga como venimos reiteradamente manifestando (48). De otra forma, estaríamos penalizando también las formas imperfectas de ejecución y los actos preparatorios que, en rigor dogmático, implican la admisión de los delitos de peligro abstracto, al incrementarse la «probabilidad de la puesta en peligro» de la salud pública (49).

n, ñ) Termina el artículo comentado con la contemplación de otros supuestos donde el objeto material del delito varía, predicándose de nuevo mediante presunciones la carga de nocividad. Se trata ahora de animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos y no se hayan respetado los períodos de espera reglamentariamente previstos.

En relación a esta figura, prevé el Proyecto como comportamientos punibles tanto el sacrificio del animal como el destino al consumo humano de sus productos.

Evidentemente, no puede pensarse la administración de los fármacos con fines terapéuticos, lo que evita la simetría con los demás supuestos del art. 348, 2 (administración de sustancias o dosis prohibidas, sacrificio y destino al consumo humano), porque la administración de los fármacos no solo está admitida sino que, en casos, debe aconsejarse. Pero la simetría tampoco se da en las conductas de destino y sacrificio de los animales. Porque en estos incisos, relativos a los animales que han recibido tratamientos terapéuticos, no se predica el elemento subjetivo del conocimiento de tales tratamientos, lo que aconseja una revisión de esta discriminatoria opción legislativa.

De igual manera, y en lo que de común tienen con los incisos precedentes, se reiteran las críticas derivadas de la ausencia de afección a la salud pública cuando el simple sacrificio o la espera reglamentaria (50) omitida no supongan afección a la salud pública.

(47) Sobre el sacrificio de animales de abasto, Vid. Decreto 326/76 de 26 de noviembre de 1976.

(48) Protección penal del consumidor..., cit. p. 199.

(49) PÉREZ ALVAREZ, cit. pp. 207 y ss.

(50) La razón de que en estos incisos finales del art. 348, 2 se prevea la punición solamente cuando se omitan los períodos de espera reglamentariamente previstos, se deriva de la eliminación progresiva de los fármacos, lo que no acontece con las otras sustancias. Vid. Real Decreto 163/1981 de 23 de enero, sobre productos zoonosológicos y otras sustancias utilizadas en la producción animal; asimismo Orden de 13 de junio de 1983.

En definitiva, asistimos a un novedoso artículo que no encuentra correlato alguno en derecho comparado y del que se advierten importantes deficiencias.

Se centran los supuestos en la producción animal, no en la vegetal ni en el agua, vacío que pudiera verse contemplado desde otros incisos (art. 348,1), salvo porque la dinámica comisiva de aquel (sustancias no permitidas peligrosas), no se corresponde con la de este último (aditivos no autorizados), lo cual reclama también una llamada de atención al legislador para cubrir eventuales lagunas.

Somos conscientes de que la pretendida precisión legislativa ha venido impulsada por los sucesos referidos del «Clombuterol» y similares, evidenciándose un artículo de buenas intenciones que no llega sino a enturbiar el panorama propuesto. En últimas, la posibilidad de que se tratara de animales «enfermos» de sacrificio y venta, ya era entendido por el TS como uno de los supuestos de la venta de géneros corrompidos (STS de 17 de mayo de 1969), que además pudiéramos revertir en la fórmula vigente del art. 346, 2 que penaliza el fabricar o vender objetos en cuya composición se han incorporado sustancias de forma tal que resulte su uso nocivo para la salud.

Ante la profusa utilización de elementos normativos tendremos que recurrir a la normativa específica, porque el objeto material son las carnes o productos de los animales de abasto, conceptos que, si bien el sentido usual les otorga un contenido, lo cierto es que aparecen definidos en los preceptos administrativos alimentarios (51).

En esta necesidad de colmar significados fuera de la norma penal, en el art. 348,2 el legislador hace uso de la técnica de leyes penales en blanco, al jugar en la dinámica del delito un papel relevante la *autoriza-*

(51) «Con la denominación genérica de **carne** se comprende la parte comestible de los músculos de los bóvidos, óvidos, suidos, cápridos, équidos y camélidos sanos, sacrificados en condiciones higiénicas. Por extensión se aplica también a la de los animales de corral, caza de pelo y pluma y mamíferos marinos». (Art. 3. 10.00 CAE. Llama la atención que si la satisfacción del elemento normativo se dirige por la vía de atender al CAE, las conductas tipificadas en el art. 348, 2 del proyecto, serían impunes cuando el objeto material fueran los pescados y derivados o los mariscos (moluscos y crustáceos y derivados).

Respecto de los **productos** de los animales, y en la determinación legal de que se destinen al consumo humano, deberá comprenderse los derivados cárnicos de salazones, ahumados, adobados, tocino, embutidos, charcutería, fiambres, extractos y caldos de carne y tripas (arts. 3.10.19 y ss. CAE).

La conceptualización de **animales de abasto** nos la otorga el Decreto 3263/76 de 26 de noviembre de 1976, que constituye la reglamentación técnico-sanitaria de mataderos, salas de despiece, centros de contratación, almacenamiento y distribución de carnes y despojos. En su art. 4 nos significa «Reses de las especies bovina (incluido cebú y sus cruces), ovina, porcina, caprina, equina y otras especies que pueden autorizarse y que reúnan las condiciones fijadas en esta Reglamentación».

ción de sustancias, la *permisión* de las dosis o los *períodos de espera reglamentarios*.

Por último, la previsión de la pena del art. 348,1 in fine, debiera ser más acertada, no solo en su tenor (52), sino en su ubicación, porque no se averigua si la inhabilitación que se predica en los casos de que el reo sea responsable o propietario de una fábrica de productos, reza para todos los supuestos del art. 348 o expresamente para los del su primer número.

El art. 349

o): «... *el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso o al consumo público de una colectividad de personas.*

El vigente artículo 347,2 ofrece un singular paralelismo con las previsiones efectuadas en el Proyecto, un paralelismo del que se separara en los siguientes aspectos que subrayamos:

— La acción típica ya no consiste en arrojar objetos al agua que la conviertan en nociva, sino en envenenar o adulterar mediante sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud.

Sorprende la referencia a las sustancias objeto de la adulteración o envenenamiento. De una parte, son sólo las infecciosas, lo que nos lleva a restringir tales sustancias a las compuestas de virus y bacterias; de otra parte se trata de sustancias que puedan ser gravemente nocivas para la salud, con lo que se vuelve a reducir el ámbito de intervención penal al graduarse como grave la potencial afección a la salud, graduación que se da tan sólo en este supuesto y que plantea problemas cara a su determinación.

Desde tales consideraciones, se produce una restricción en la aplicación del tipo que atrae importantes consecuencias.

En primer lugar, resurge la vieja discusión sobre la admisibilidad de la nocividad relativa en el delito alimentario nocivo. La nocividad relativa viene concebida como la nocividad no grave, por tratarse de la dañinidad del alimento que solo produce efectos inmediatamente perjudiciales en colectivos especialmente sensibles (diabéticos, lactantes), o que produce efectos generales tan solo a largo plazo, derivados de la sucesiva ingestión del alimento que tiene tal cualidad (53).

(52) Vid. infra, en el comentario del sistema sancionatorio.

(53) Vid. PÉREZ ALVAREZ, cit. pp. 117 y ss.

Mediante esta adjetivación de la nocividad, se dificulta la admisión de la nocividad leve o relativa, desprotegiéndose discriminadamente a los colectivos más indefensos o sensibles y desconociéndose, además, cómo la admisión de la nocividad relativa sirve a los efectos de agilizar la prueba de nocividad absoluta o *erga omnes*.

En segundo lugar, queda abonada la problemática que suscita no solo la medición de tal gravedad, sometida a los cambios lógicos de la experimentación bromatológica, sino también la viable aplicación de la analogía *in bonam partem*. Porque sólo en este supuesto se adjetiva la nocividad de grave, con lo que el articulado precedente pudiera beneficiarse de esta precisión, al arbitrio del juez que interpreta la norma y procura la analogía favorable. De tal manera, pudiera salir de los márgenes de la incriminación la llamada nocividad relativa, de menor entidad, con la consiguiente desprotección de la salud pública.

— Igualmente, el objeto de la acción se modifica en el Proyecto: ajeno al específico agua de cisternas, ríos o fuentes y que sirva de bebida, son contempladas tanto las aguas potables como las sustancias alimenticias.

Es criticable el adjetivo de potabilidad de las aguas, porque no sólo las aguas potables son destinadas al consumo o al uso públicos. El Proyecto desconoce que, entre la característica de potabilidad y no potabilidad, existe una categoría de aguas de gran importancia, cuya salubridad hay igualmente que preservar. Nos referimos a las aguas sanitariamente tolerables, que vienen contempladas en el Código alimentario español (54), y que en la realidad son ingeridas comúnmente en muchas

(54) La disposición 3.27.10 CAE, atendiendo a las condiciones físicas y químicas, caracteres microbiológicos y radiactividad, distingue las siguientes clases de aguas:

a) Potable: Será aquella cuyas condiciones físicas y químicas y caracteres microbiológicos no sobrepasen ninguno de los límites establecidos como máximos o tolerables.

b) Sanitariamente tolerable: Será aquella que analíticamente pueda ser incluida en uno de los dos grupos siguientes:

1. Aquella en la que alguno de sus caracteres físicos o químicos sobrepasen los límites tolerables, siempre que no sean productos tóxicos o radiactivos ni los que den agresividad al agua, ni tampoco los que indiquen una contaminación fecal posible.

2. Aquella que siendo física y químicamente potable contiene coliformes o estreptococos fecales, o clostridios sulfitorreductores en las siembras efectuadas con un volumen de 10 mililitros del agua problema, pero en ausencia del *Escherichia coli*, debidamente comprobado.

c) No potable: Será aquella cuyas condiciones físicas o químicas y/o sus caracteres microbiológicos o de radioactividad impiden su inclusión en alguna de las clases anteriores.

Esta agua, una vez sometida a las oportunas maniobras de corrección físico-química y/o depuración bacteriológica, podrá ser calificada como potable o sanitariamente tolerable, según los resultados obtenidos.

localidades (55).

Igualmente, y como argumento añadido, el adjetivo de potabilidad de las aguas no puede mantenerse cuando el Proyecto ni siquiera decide un destino de las aguas referido a su consumo como bebida, lo que hubiera sido coherente. El Proyecto contempla no solo el servicio de las aguas para la bebida, lo que prevé el vigente art. 347, sino que también compatibiliza el destino de las aguas y las sustancias a otros usos o formas de consumo: riego, fuerza motriz, alimentación del ganado, etc. Se consigue con ello que el tipo amplíe el campo de intervención penal, saliendo fuera del ámbito alimentario, para integrar otras figuras penales (referidas al medio ambiente, por ejemplo). Porque nada obsta para que el art. 349 del Proyecto califique como constitutivas de este delito, equiparándolas, la conducta de quien envenena las aguas de una fuente de agua potable que sirve de bebida a la comunidad, y la de quien envenena las aguas de uso comunitario destinadas a la fuerza motriz; e igual predicamento puede hacerse respecto de las sustancias alimenticias destinadas al uso o consumo públicos que pueden servir de alimento al ganado o a las personas.

Solo una interpretación sistemática, que recuerde el bien jurídico que preside las figuras (la salud pública), nos hace dudar de la equiparación para asignar la normativa estudiada, referida exclusivamente a la esfera humana, al hombre y a su salud.

En este orden de cosas, cuando los excesos hermenéuticos son de obligada referencia, no está de más recordar que decidirse por el recurso interpretativo, equivale a declarar la obscuridad de los preceptos, lo que debe ser evitado.

Por último, especial mención merece la diferenciación penal de este supuesto con el resto del articulado proyectado.

La pena predicada es única, privativa de libertad, frente al resto del articulado donde se añade como respuesta sancionatoria la pena de multa y la de inhabilitación. La pena además es agravada, en comparación con el resto del articulado, separándose de la pena base de los precedentes arts. 347 y 348. La razón no puede estar en la malograda idea de que se exija una nocividad grave, ni mucho menos en la naturaleza delictual común de este delito, lo que exige una revisión también de las consecuencias jurídicas proyectadas, en éste como en los demás incisos que dan cuerpo a las figuras del delito alimentario nocivo.

(55) En el sentido de la no potabilidad de las aguas CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte Especial*, 4.^a ed, Tomo II, Bosch, Barcelona, p. 218; DÍAZ PALOS, *Delitos contra la salud pública*, cit. p. 692; PUIG PEÑA, *Derecho Penal Parte Especial*, p. 384 y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Parte Especial*, cit. p. 1067.

II. III El modelo sancionatorio del delito alimentario nocivo en el Proyecto.

A) En primer lugar, como acabamos de resaltar, se constata la **quiebra de la unidad sancionatoria** prevista en el derecho vigente, donde participan de idéntica pena todos y cada uno de los incisos de los artículos 346 y 347.

Porque se constata una diversidad de penas:

1) la **pena base** es la de **prisión** de uno a cuatro años, **multa** de seis a doce meses e **inhabilitación** especial para la profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años.

Esta pena es predicable de los diferentes incisos que recoge el art. 347, números 1 y 2 y del artículo 348, números 1 y 2.

2) Para el art. 348, cuando el reo fuere un propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, la inhabilitación prevista es de seis a diez años.

3) La pena de prisión de uno a cuatro años se aumenta para los casos previstos en el art. 349, donde se contempla una pena de prisión de dos a seis años.

4) Tanto a la pena base como a las demás, puede añadirse la «medida», prevista en el artículo 350 de la clausura temporal o definitiva del local, establecimiento, fábrica o laboratorio.

5) La penalidad, en los supuestos de imprudencia grave es rebajada en un grado, como se desprende del art. 351 y según las reglas de los arts. 70 y 71.

En tal sentido las penas que sugiere el Proyecto se adecúan a las previsiones de los concordantes artículos 29 y siguientes del mismo Proyecto.

Esta ruptura, frente la vigente equiparación, provoca importantes **reflexiones**:

a) - La **naturaleza de los ilícitos** (56).

Las infracciones tipificadas en los artículos 347 y 348, por ser susceptibles de ser castigadas con penas inferiores a dos años de **prisión** (la pena prevista es de un año a cuatro años de prisión), pueden ser calificadas de delitos **menos graves**, según reza el art. 30,3,a) del mismo Proyecto.

Sin embargo, la pena de **inhabilitación** de estos mismos supuestos, prevista para un tiempo de tres a seis años, hace entender la naturaleza del ilícito como **grave** porque así se deduce del correlativo artículo 30,2,c).

(56) A los efectos de entender la discusión sobre la naturaleza de los ilícitos alimentario nocivos conviene tener presente el tenor del art. 30 del Proyecto.

La naturaleza de infracción **grave** se repite con la pena de **multa** contemplada que, por ser superior a dos meses se reputará grave (art. 30,3f)).

En este sentido aclara el artículo 12 del Proyecto, en su cuarto número, que cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las penas graves y menos graves, el delito se considerará, en todo caso como grave.

Desde tal afirmación la naturaleza de todos los ilícitos **dolosos** del delito alimentario nocivo será **siempre de delitos graves**. Porque en el resto de los supuestos dolosos, (art. 349), la pena será siempre grave - prisión de dos a seis años-, por lo que parece reducirse la inicial separación de los delitos que son todos reconducibles a las penas graves.

Otra cosa es predicable de los **supuestos culposos** de estos delitos (art. 351), donde las penas previstas son rebajadas, respectivamente, a la inferior en grado. De tal manera se da el terminológico sinsentido de que siendo la **imprudencia grave** deviene en delito **menos grave**.

Pero ¿qué significado tiene el que sean definidos cómo graves o menos graves estos delitos?

Por el momento, no puede definirse una consecuencia mayor que la meramente formal o de concepto, pero es de esperar que el Proyecto se armonice con una reforma también procesal que diferencie, en atención a la naturaleza de los ilícitos, concretas especificidades relativas a las fórmulas de acceso y sustanciación en juicio de tales infracciones.

b) Pertinencia de la diferenciación y juicio crítico.

— Evidentemente, la diversidad sancionatoria se justifica en los delitos imprudentes respecto de los dolosos, recogién dose, precisamente para diferenciar las penas, la admisión tasada de los casos de imprudencia frente a una cláusula genérica de la culpa. Tal previsión se contempla igualmente en el derecho penal vigente (art. 346 in fine).

— En otros casos, la diferenciación sancionatoria que presenta el Proyecto es cuestionable.

¿Qué sentido tiene apreciar la agravación de la pena de inhabilitación, cuando el reo sea propietario o responsable de la producción de una fábrica de productos alimenticios, tan solo para los casos de adulteración con aditivos, administración de sustancias o dosis no autorizadas en animales destinados al consumo humano o sacrificio y despacho de animales conociendo de la administración de tales sustancias, como se recoge en el art. 348? (57).

(57) Hacemos extensiva la conminación de pena del art. 348, 1 al segundo párrafo del art. 348, al advertir que este segundo párrafo se inicia con la expresión «La misma pena se impondrá». Sin embargo no estaría de más que la previsión del art. 348, 1, segundo inciso, donde se explicita la pena de inhabilitación, y caso de estar en el interés del legislador el abarcar los supuestos de ambos párrafos, se diera en un tercer párrafo aglutinador de todos los supuestos, o, como proponemos desde estas líneas, en un artículo genérico, predicable de todos los delitos alimentarios.

¿Por qué no juega tal agravación para el resto de las previsiones del delito alimentario nocivo? Si el espíritu de la norma gravita en la consideración de las especiales obligaciones de responsables y propietarios de empresas alimenticias, ¿por qué restringir la aplicación de la norma más severa a específicas actividades que no son las únicas, ni las más comunes, ni lesivas de todas cuantas inciden en la afección de la salud pública?

La extensión de esta agravación debiera abarcar los demás supuestos, no solo diferenciados de la fase de fabricación o creación del alimento, sino también los del envasado, distribución y comercio, donde la cualidad del sujeto activo configuraría una infracción especial.

— Por último, desde este análisis crítico de la diferenciación sancionatoria, tampoco encuentra un especial sentido la agravación de pena recogida en el art. 349 (envenenamiento o adulteración, con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, de las sustancias alimenticias o las aguas potables destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas).

En primer lugar, porque se trata de una conducta que no tiene por qué revertir tanto en la salud de las personas, ya que hemos visto cómo puede amparar los supuestos de delitos no alimentarios en sentido estricto (los llamados fraudes agrarios); y, en segundo lugar, porque se trata de un delito común, frente a los casos de delitos especiales previstos (art. 347, 1 en su primer inciso y art. 348, 1 segundo inciso), y no tiene sentido propiciar una mayor respuesta sancionatoria para un delito común y no para la versión del delito especial (58). Tal se constata porque la pena prevista no redunde en la inhabilitación especial para la profesión u oficio (evidentemente al tratarse de un delito común), sino en la misma pena privativa de libertad.

B) Igualmente, preve el Proyecto una importante novedad, constituida por la **clausura temporal y cierre definitivo** del establecimiento, fábrica, **laboratorio** o local.

Tal previsión se contempla en el art. 350, en consonancia con el art. 134 del Proyecto.

La clausura temporal no podrá exceder de cinco años y puede ser acordada por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa (art. 134,2).

La clausura definitiva se reserva para los supuestos de **extrema gravedad**, lo que reclama una reflexión en torno a la apreciación de tal gravedad:

(58) La significación del delito especial, por regla general, ha sido desde antiguo concebida como fórmula de pena agravada frente al delito común.

La gravedad referida no es la configuradora de la naturaleza de los ilícitos, en atención de las penas (59) sino, muy al contrario, el presupuesto para la determinación de la pena misma.

Tampoco debe referirse la gravedad a la previsión infortunada del precedente artículo 349, esto es, a los supuestos donde se provoca una nocividad absoluta frente a la relativa de menor entidad.

La extrema gravedad no puede ser ponderada solo en atención al concreto resultado, mayor extensión del producto en el consumo, sino que ha de atender inicialmente al tipo subjetivo, por **tratarse siempre de delitos dolosos**. Ello es así porque el artículo se refiere únicamente al «caso de los artículos anteriores», que contempla las versiones dolosas, por consagrarse en el artículo siguiente (art. 351) las versiones culposas del delito.

De no ser así, tendríamos que prever una clausura específica para los delitos culposos, que debería significar la pena inferior en grado de la clausura genérica. Pero, a tenor del art. 70, esta pena inferior se define en atención a la reducción a la mitad de la cifra mínima de la pena señalada en el delito, cuestión imposible de definir en este caso, dado que la pena del delito no viene definida en cifra mínima sino en cifra máxima para la clausura temporal (nunca más de cinco años), ni hay manera de imaginar la reducción de esa pena a la mitad en los casos de cierre definitivo de la empresa. Tales cuestiones ni siquiera pueden resolverse con la apoyatura del art. 72 del Proyecto que propone la aplicación de reglas analógicas.

De igual manera, la gravedad no puede separarse del concepto de peligro que atraen estas figuras. Es decir, el juicio de gravedad gravitará sobre el peligro a la salud pública, salud de todos y cada uno, porque el concreto perjuicio a consumidores particulares, por ser un elemento atípico que hace devenir un concurso de delitos (60), sólo puede ser indirectamente considerado como prueba de la efectiva gravedad.

En otras palabras, un comportamiento no excesivamente peligroso para la salud pública (adición de glucosa en cantidad superior a la permitida) pero que en las concretas circunstancias decide un sinnúmero de afectados (consumo casual por muchos diabéticos) no debe ser calificado por ello como supuesto de extrema gravedad, y viceversa: ante una conducta susceptible de calificarse de muy grave (prácticas de envenenamiento doloso de golosinas (61)), pese a que no decida el concreto perjuicio de sujetos individualmente considerados, por desconfiar éstos, sabiamente, de una posible manipulación del producto, estaremos ante un caso de extrema gravedad y de preceptiva aplicación del art. 350.

(59) Vid supra, epígrafe II.III, A), 1).

(60) Vid. PÉREZ ALVAREZ, cit. pp. 219 y ss.

(61) La realidad social denuncia la recurrencia de tales casos (por ejemplo en los Estados Unidos de América) donde pueden darse todas las clases de dolo.

A este respecto, hay que reseñar que la apreciación de la clausura (temporal o definitiva, del establecimiento, laboratorio o local) es potestativa, dependiendo de la apreciación del juez en el concreto caso.

Se trata de una nueva medida encaminada a incidir en la propia estructura física (no personal) del delito, como medio previsto de respuesta al germen de la propia actividad delictiva, lo que puede significar un contrasentido. No solo es criticable el posible efecto económico (el cierre puede dejar a muchos trabajadores sin trabajo), sino la propia esencia justificante, porque ya se prevé la respuesta personal para los responsables efectivos, a quienes se les puede declarar inhabilitados para la profesión, oficio industria o comercio por tiempo de tres a seis años (art. 347) o de seis a diez años (art. 348). Más allá de esta inhabilitación, el cierre, sobre todo el definitivo (porque el temporal puede significarse en aras al control y verificación probatoria de la actividad delictiva), carece de sentido.

Por último, dada la irresponsabilidad penal de los entes jurídicos, sorprende que el Proyecto, en el art. 134, 3, cuando decide la orientación de las consecuencias accesorias del delito (entre ellas la clausura de la empresa) utilice la expresión «actividad delictiva de las personas jurídicas», cuando dogmáticamente hablando las personas jurídicas son incapaces de acción penal en sentido estricto.

C) Iniciales regulaciones del art. 347 (el anteriormente previsto **art. 338, 3.**) disponían que los géneros alterados y los efectos nocivos serán inutilizados, repitiéndose idénticas previsiones a las efectuadas en el PCP y la PANCP (arts. 319 y 328,3, respectivamente).

Reaparecía así un inciso que fue suprimido en la Reforma de 1983 por contemplarse con carácter general el comiso e inutilización de los efectos en el art. 48 CP vigente.

Sin embargo, con buen criterio, el Proyecto ha eliminado tal párrafo, porque ya se contempla el preceptivo comiso e inutilización de los géneros en el art. 132 por el que *«Toda pena que se impusiere por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado y, si no lo fueren, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».*

D) También, en el interés de presentar el sistema sancionatorio que presenta el delito alimentario nocivo en el Proyecto, podemos denunciar la discordancia del capítulo, que debiera haberse desdoblado en secciones para evitar, por el sistema de reenvíos que predica, cuestiones como las siguientes:

Remiten los arts. 356, 357, 358 359 y 360 a «alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores», con lo que, en puridad, la ubicación precedente de los artículos que nos ocupan (347 y ss.), en nada obs-

taculiza el predicamento de las consecuencias que aquellos artículos declaran.

De su lectura, sin embargo, hemos de denunciar la inexacta remisión por tratarse de previsiones que no han de operar en el ámbito del delito alimentario nocivo.

Así, los artículos 356 y 357 castigan con pena de prisión de **tres a seis años** y multa, al que convierta, trasfiera o realizare actos de ocultación o encubrimiento ilícito de los bienes o de la naturaleza, origen ubicación o destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos, a sabiendas que proceden de los delitos anteriores, así como del que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, o adquiera, posea o utilice bienes que proceden de tales delitos.

De figurar esta previsión para las fórmulas del delito alimentario nocivo, estaríamos castigando con mayor rigor las fórmulas de participación y encubrimiento que las propias de la autoría, (de la pena base de prisión de uno a cuatro años a la de tres a seis años) lo que contradice no solo el consagrado principio de la accesoriedad de la participación sino las previsiones legales del artículo 58 y 59 del Proyecto.

Igualmente sorprende la referencia al encubrimiento, cuando el previsto art. 24 contempla tan solo como responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices. En idéntico tenor, la Exposición de Motivos anuncia la desaparición «del encubrimiento de delitos como forma de participación, pues encubrir no puede tomarse ni por comportamiento accesorio ni como título de responsabilidad vinculado directamente al delito. El encubrimiento se escinde en sus dos posibilidades lógicas: el lucrativo, que se regula, al igual que hoy, como delito patrimonial; y el no lucrativo, sino de entorpecimiento a la justicia por protección de los responsables de los delitos, que se describe como conducta delictiva contra la Administración de Justicia».

Si ello es así, si el encubrimiento desaparece, y su regulación se prevé como delito autónomo en los delitos patrimoniales y contra la Administración de Justicia, ¿tiene sentido luego resucitar esta figura en los delitos contra la seguridad?

Evidentemente, se trata de reglas especiales que se basan en el interés de dismantelar las operaciones del blanqueo de dinero que genera la ilegalidad del tráfico de drogas y que no pueden trasladarse al espacio alimentario que nos ocupa, por lo que se aconseja una adecuación normativa mediante la diferenciación en secciones del capítulo III del título XIV, lo que acontece, por ejemplo en el capítulo II del mismo título.

En el posible seccionamiento, debiera, sin embargo, mantenerse la previsión del art. 351,2 cuando faculta al Juez para decretar «la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, con la expresa autorización para ser reproducida total o parcialmente en los demás medios de difusión».

Las fórmulas imprudentes

«Si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueren realizados por imprudencia grave se impondrán las penas inferiores en grado» (Art. 342).

— Al igual que en el vigente Código, el proyectado art. 342, contempla la versión culposa de estos delitos, con la diferencia que la vigente repuesta sancionadora es de carácter único (arresto mayor y multa) frente a la prevista en el Proyecto, consistente en el grado inferior de la pena prevista para cada figura de delito doloso respectivamente. De tal manera, la pena variará en consonancia con el delito doloso de referencia y en atención al grado inferior, cuya determinación se ha de resolver conforme a las reglas de los arts. 70 y siguientes del mismo Proyecto (partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito doloso y reduciendo de ella su mitad).

— Respecto de las penas inferiores, surgen dudas acerca de la susceptibilidad de las mismas en todo caso, al presentar problemas los supuestos conminados también con pena de multa, inhabilitación, y de cierre o clausura (62).

— La naturaleza de la imprudencia señalada en el artículo 342 es de «grave» ya que la imprudencia leve no sería constitutiva de delito, sino de falta, y en el caso que nos ocupa es siempre impune, al no darse una fórmula correlativa de imprudencia leve alimentaria nociva que venga contemplada en el libro de las faltas.

— Cabe recordar cómo, pese a tratarse de una cláusula específica de imprudencia, su contenido se separa de tal especificidad al remitirse su aplicación para «todos los artículos anteriores», con lo que el interés de especificar se diluye en las mismas contradicciones que presenta una regla genérica, como la vigente del artículo 565 CP.

Porque no todas las conductas precedentes pueden presentar la versión culposa. Ello se constata con el artículo 338, en su segundo párrafo que, por exigir un elemento específico subjetivo (ocultar o sustraer efectos para comerciar con ellos) no admite la imprudencia.

Conclusiones.- En definitiva, estas son algunas de las consideraciones al hilo de la lectura de la proyectada reforma del código penal y en relación a la protección de la salud pública desde el ámbito alimentario.

Se evidencia, como advertimos, una suerte de deficiencias de importante repercusión, cuando se constatan cuestiones tales como la improcedencia del ámbito mercantilista de los delitos, la especialidad formal de los mismos, la profusión indebida del objeto material, la re-

(62) Respecto de la clausura y el cierre, ya hemos defendido la naturaleza dolosa de los ilícitos con ellas castigados.

dundancia normativa, que en ocasiones decide igualmente lagunas o la presencia de delitos formales de peligro abstracto, así como la inadecuación de penas globalmente consideradas.

Precisamente, en el interés de salvar los desajustes advertidos se justifican las presentes líneas, en la confianza de como la discusión propicia la reflexión necesitada para adecuar de ajustada respuesta penal a la tutela efectiva de la salud pública en la realidad alimentaria.

Sin embargo, también debemos afirmar que el Proyecto resuelve con acierto algunas de las críticas que se efectúan a la regulación vigente del delito alimentario nocivo, cuando, por ejemplo, suprime el tenor del artículo 348 (delito cualificado por el resultado de muerte o lesiones graves); prescribe la intervención de la actividad de las empresas alimentarias y sus representantes (arts. 339 y 341); o decide la adopción de medidas tales como la publicación de la sentencia condenatoria (art. 356).

CRÓNICAS EXTRANJERAS

La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas (*)

HANS JOACHIM HIRSCH (**)

I

El derecho penal alemán vigente, y también el de la mayoría de los demás estados, a diferencia del derecho penal de los países anglosajones, no conoce la punibilidad de las asociaciones de personas, es decir, de personas jurídicas y demás agrupaciones de personas organizadas en forma de corporación. Sólo la persona humana, y no la corporación, es considerada penalmente capaz (1).

(*) Traducción de PATRICIA S. ZIFFER (Universidad de Buenos Aires) de la conferencia dictada por el autor en la sesión del 17/3/1993, en la Academia de Ciencias de Renania-Westfalia (*Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften*): *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Düsseldorf 1993 (Vorträge G 324).

(**) Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Colonia, República Federal de Alemania.

(1) En favor de la restricción de la capacidad penal a la persona humana, con más detalle, ENGISCH, en: *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, t. II (*Sitzungsberichte*), 1953, E-7, pp. 23 y ss., 41; HEINITZ, en: *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, t. I (*Gutachten*), 1953, pp. 67, 85 y ss., 90; *idem*, ZStW, t. 65 (1953), pp. 26, 51; JESCHECK, SchwZStr., t. 70 (1955), pp. 243, 258 y s.; LANGE, JZ, 1952, pp. 261 y ss.; R. SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 196 y ss., 231. Así también actualmente CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 24.^a ed., 1991, previo al § 25, núm. 113; JESCHECK, *Strafrecht, Allg. Teil*, 4.^a ed., 1988, p. 204; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allg. Teil*, vol. 1, 8.^a ed., 1992, pp. 187 y s.; ROXIN, *Strafrecht, Allg. Teil*, t. I, 1992, § 8, núms. 55 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil, Studienbuch*, 2.^a ed., 1984, p. 83; W. SEILER, *Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, 1967, p. 96; WESSELS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 22.^a ed., 1992, p.

Sin embargo, se puede percibir una fuerte tendencia, proveniente del derecho penal económico y ambiental, a prever la punibilidad de empresas económicas como corporación (2). Se hace referencia al significativo papel que tales empresas asumen en la vida social de hoy, y al aumento de los casos en los cuales la empresa en su conjunto aparece como el verdadero autor. Se considera insatisfactorio que la empresa pueda trasladar, en cierta medida, la propia punición a las personas individuales que actúan por ella. Esto, tanto más cuando la pena de multa, que es la que está aquí en el primer plano, tiene que resultar más baja, por su propia naturaleza, ante personas individuales, que aquella que podría ser mensurada ante personas jurídicas, en caso de que fueran punibles. Pero a esto se agrega, asimismo, que, con frecuencia, la punición de las personas individuales que actúan por la empresa ni siquiera afecta a éstas en forma sensible, dado que la empresa puede restituirles la multa y no pocas veces esto entra en los cálculos, de antemano, al cometer el hecho punible (3). Además, se señala que, en vista de la enorme magnitud de muchas empresas económicas, existe la dificultad de identificar el autor individual, o los autores individuales, dentro de la empresa. Pero aun cuando esto se logre, no se considera una solución suficiente que, en el proceso penal contra el autor individual, pueda ser decretado el comiso (4) de la ventaja patrimonial ingresada a la empresa por el hecho punible. Pues, entonces, el riesgo de la empresa se agota únicamente en que pierde la misma ventaja que había obtenido por el hecho punible.

Quienes propician la punibilidad de las asociaciones se remiten también al hecho de que, al contrario de lo que ocurre en el derecho pe-

25. Igualmente la jurisprudencia penal, RGSt, t. 16, pp. 121, 123; t. 28, pp. 103, 105; t. 33, pp. 261, 264; t. 44, pp. 143, 147, y BGHSt, t. 3, pp. 130, 132 (el precedente de BGHSt, t. 5, pp. 28, 32, se refirió sólo al derecho de ocupación).

(2) En esta dirección, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, t. I, 1976, pp. 204 y ss., así como, expresamente, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 9.^a ed., 1985, p. 196; E. MÜLLER, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1986, pp. 19 y ss.; B. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischen Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 186 y ss.; A. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, disertación en Köln, 1992 (aparecerá en *Kölner Kriminalwiss. Schriften*, t. 12, otoño de 1993), cap. 6. Para determinados casos, véase también SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 249 y ss.; *ídem.* wistra, 1982, pp. 41, 49 y s., así como, en general, JACKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., 1991, 6/44 y s. Antes ya ROTBERG, DJT-Festschrift, t. II, 1960, pp. 193, 197; v. WEBER, GA, 1954, pp. 237 y ss. Para las sanciones que castigan («para reelaborar el ilícito pasado») como medidas contra la empresa, STRATENWERTH, *R. Schmitt-Festsch.*, 1992, pp. 295, 304, Acerca de la tendencia de la legislación en los países limítrofes, véase nota 67.

(3) Acerca de que el pago o restitución de la multa por otra persona no configura frustración de pena (encubrimiento), cf. BGH St, t. 37, p. 226.

(4) § 73, párr. 3, StGB.

nal criminal, en el ámbito del derecho contravencional, las sanciones punitivas contra personas jurídicas están legalmente reconocidas, sea en la ley alemana de contravenciones, sea en el derecho sancionatorio de la Comunidad Europea (5).

II

La concepción de que sólo el hombre podría ser penalmente capaz en la comprensión del derecho penal europeo-continental, no es tan obvia como se lo afirma muchas veces. El principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica (6). Sin embargo, el cuadro se modificó en la Edad Media (7). Los glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esa clase. A ello se agregaron los canonistas, que elaboraron el concepto de *universitas*, para la Iglesia, como algo no idéntico a sus miembros y plantearon la cuestión de si la *universitas* podía ser excomulgada. La mayoría de los canonistas afirmó esto y a la vez, con ello, la capacidad penal de la *universitas* —y, por cierto, en contra del Papa Inocencio IV, que en el Concilio de Lyon de 1245, rechazó la posibilidad de excomulgar a la *universitas* con la fundamentación de que ésta no sería capaz de culpabilidad («*nihil potest facere dolo*», «*impossibile est quod universitas delinquat*»). Posteriormente, tuvo gran influencia la afirmación de la capacidad penal de las corporaciones por parte de los postglosadores. La concepción decisiva de BARTOLUS llegó a Alemania a través de la recepción y se impuso por varios siglos. Hasta entrado el siglo XVIII, se puede comprobar la existencia de procesos en los cuales se trataba de la punición de ciudades, municipios y

(5) § 30, OWiG, así como art. 17 y ss., del decreto N.º 11 del Consejo de la C.E., del 27/6/1960, y art. 15, del decreto N.º 17 del Consejo de la C.E. del 6/2/1962 (decreto sobre cárteles).

(6) Al respecto, con más detalle HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 65, 67 y ss., con otras referencias.

(7) Acerca de la evolución a exponer seguidamente, cf. HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 68 y s.; W. KRAWIETZ, en: RITTER/GRÜNDER, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 4, 1976, pp. 1106 y ss. (bajo la voz, «*Körperschaft*» [«Corporación»]): En lo particular, O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III, 1881, pp. 234 y ss., 343 y ss., 402 y ss., 491 y ss.; HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1903, pp. 6 y ss.; SCHNORR v. VAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, t. I, 1933.

gremios. Y aún a mediados de aquel siglo, casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y sólo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales.

El cambio de aquel entonces fue producido en la literatura por un pequeño escrito del profesor de Erlangen MALBLANC, en el año 1793, bajo el título *Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes*. Pero sólo reiteraba las antiguas objeciones relativas a que la naturaleza del delito y de la pena hacía inadmisibles una pena para las asociaciones, y más bien carecía de pretensiones desde el punto de vista científico. Por ello, el verdadero fundamento del cambio producido en ese entonces se advierte en otra cosa, en el hecho de que los procesos en contra de corporaciones se habían hecho cada vez menos frecuentes, porque el poder de los señores se había afirmado con más fuerza, y de allí que medidas de tanto peso como la condena de municipios enteros o de otras agrupaciones de persona ya no fuera necesaria. Esto significa que en ese momento había desaparecido la necesidad práctica y política de una pena para las asociaciones. Y esto favoreció que hallaran resonancia las objeciones teóricas (8). En favor de esta interpretación, habla el hecho de que se puede observar simultáneamente un desarrollo paralelo en otros ordenamientos jurídicos europeos (9).

Las objeciones teóricas, que en un primer momento desembocaron en la teoría de la ficción de los romanistas (10), fueron relativizadas nuevamente en los años ochenta del siglo anterior, debido a que V. GIERKE desarrolló con mayor precisión la teoría de la persona real de la asociación (11). Como se sabe, la admisión de la capacidad de delinquir, que se deriva de esta teoría, se impuso en el derecho civil y más

(8) Así, HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 70 y s.; R. SCHIMITT (nota 1), p. 28.

(9) Cf. las referencias en HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 70, 76 y ss. Ello vale igualmente para el ámbito anglosajón. Allí, el castigo de las corporaciones fue también rechazado, al principio, para evolucionar hasta su forma actual, a partir de mediados del siglo XIX, cuando surgió una creciente importancia de las personas jurídicas vinculada a la industrialización. Al respecto, con más detalle, A. EHRHARDT (nota 2), cap. 4, B, II, con otras referencias.

(10) Véase especialmente, v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. II, 1840, pp. 235 y ss.

(11) O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III; *idem*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, pp. 603 y ss. Véase también los comienzos de esta teoría en BESELER, *System des Deutschen Privatrechts*, t. I, 1.^a ed., 1847, §§ 66 y ss.

tarde también en el contravencional (12). Sólo la idea de la capacidad penal, que va más allá de esto, no fue aceptada por la doctrina dominante y la legislación, con prescindencia de una excepción temporaria en el derecho impositivo (13). Pero continuó discutiéndose (14), e incluso algunos penalistas de renombre, como FRANZ VON LIST y MAX ERNST MAYER se manifestaron en su favor (15).

Todo esto muestra que la punibilidad de las asociaciones de personas no es una idea totalmente ajena al desarrollo del derecho alemán.

III

El mencionado trasfondo histórico de la desaparición de la pena para las asociaciones a fines el siglo XVIII no significa, sin embargo, que desde el punto de vista científico la cuestión de su reconocimiento deba decidirse sencillamente según el hecho de que para el legislador exista una necesidad práctica para la punibilidad de las asociaciones. La cuestión de si formaciones de estructura corporativa pueden ser destinatarias de una pena es, antes bien, un problema teórico prelegal, y, por cierto, un problema que va mucho más allá del derecho, y que incumbe igualmente a filósofos, sociólogos y teólogos. Tampoco las cuestiones generales, que afectan a todas las corporaciones, deben ser llevadas a un

(12) Acerca de la capacidad para los delitos del derecho civil, véase el § 31, BGB, y, al respecto, HÜBNER, *Allg. Teil des BGB*, 1985, núm. 123. Debido a la necesidad de la vinculación con la acción no permitida de una persona natural que actúa como órgano, también se habla de que el precepto, no sería, por cierto, una norma que fundamenta la responsabilidad, pero sí una norma que remite a la responsabilidad; cf. BGHZ, t. 99, pp. 298, 302. En el derecho contravencional, véase el § 30, OWiG. Especialmente clara es aquí la capacidad delictiva, desde la nueva redacción de 1986. Pero ella subyacía a la ley también ya antes, dado que la estricta dependencia de la punición del órgano que actúa directamente deja intacto el carácter punitivo de la multa dispuesta contra la asociación de personas.

(13) Cf. el temprano § 393, RAO. Al respecto, HARTUNG, en: *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, t. II (*Sitzungsberichte*), 1953, E-43, 44 y ss.

(14) Así, en el Congreso Internacional de Derecho Penal, de 1926, en Bucarest (cf. los informes en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1929, pp. 219 y ss.) y en las 40.^a Jornadas de Juristas Alemanes, de 1953, en Hamburg (cf. *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, t. II [*Sitzungsberichte*], 1953).

(15) v. LISTZ, *Strafrecht*, 22.^a ed., 1919, § 28, I, 2 (también así, ya en la 1.^a ed., 1881); M. E. MAYER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1915, pp. 96 y s. Hay que mencionar además a HAFTER (nota 7), pp. 125, 162 (que abandonó esta concepción, empero, en su *Lehrbuch des Schweizer Strafrechts*, 1926, p. 72) y BUSCH, *Grundfragen der Verantwortlichkeit der Verbände*, 1933, pp. 147, 153.

segundo plano, por las emociones que pueden comprobarse hoy, en todas partes, frente a las grandes sociedades de capital. En el centro de nuestras reflexiones tiene que estar, por tanto, la problemática teórica fundamental.

IV

1. Si uno se aproxima al tema desde esta perspectiva, se topará con tres argumentos principales que se esgrimen en contra de la capacidad penal de las asociaciones de personas: no son capaces de acción, no son capaces de culpabilidad, y la pena, por esencia, está orientada sólo al hombre.

Prácticamente ya no se plantea, en cambio, la objeción de que la asociación es únicamente una ficción jurídica, pero no realidad (16). Por cierto, no es posible fundamentar científicamente la realidad sin más ni más en que actualmente las legislaciones nacionales regulan la persona jurídica en el sentido de la teoría de la persona real de la asociación (17). Pero hoy existe claridad acerca de que las asociaciones de personas son formas de organización humana que constituyen sujetos autónomos, en la realidad de la vida social, con independencia de la variación de sus miembros. Ellas son realidad social. Esto ha sido destacado no sólo por juristas (18). Al respecto, me refiero también a los análisis de LITT, NICOLAI HARTMANN y RENATE MAYNTZ (19). El ordenamiento jurídico toma en cuenta esta realidad al dotar a las asociaciones de personas de capacidad jurídica y al calificarlas como personas jurídicas, o reconociéndoles, cuando menos, legitimación procesal pasiva —en el caso de las asociaciones sin capacidad jurídica (20)—. Además, el derecho constitucional alemán parte de la

(16) FLUME, que todavía en su *Lehrbuch des Allg. Teils des Bürgerlichen Rechts*, t. I/2, 1983, pp. 29 y s., había caracterizado la teoría de la ficción de SAVIGNY, en principio, como correcta y como sólo necesitada de complementación, en su contribución al *Kegel-Festschr.* (1987), pp. 147, 155, habla de que la persona jurídica representa «el “todo ideal” de la unidad de eficacia o de la unidad de la vida social», en lo cual «el tipo sociológico» sería «una descripción en el plano de la “realidad”».

(17) Así, por ejemplo, el § 31, del Código Civil alemán y los arts. 54, 55, del Código Civil suizo.

(18) BUSCH (nota 15), pp. 10 y ss.; ENGISCH (nota 1), E-18 y ss.; HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), p. 84; JESCHEK, *ZStW*, t. 65 (1953), pp. 210, 212.

(19) LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, 1926, pp. 234 y ss.; N. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins*, 1933, pp. 151 y ss.; MAYNTZ, *Soziologie der Organisation*, 1963, pp. 7, 18 y s., 36.

(20) Véase los §§ 21 y ss., BGB, y § 50, párr. 2, ZPO.

existencia real, al hacer valer los derechos fundamentales también para las personas jurídicas internas, en tanto les sean aplicables por su naturaleza (21).

2. Todo ello, sin embargo, no elimina el hecho de que las asociaciones de personas, para actuar externamente, deben servirse de las acciones naturales de los hombres. Y a esto se aferran los contradictores de la capacidad penal. El principal argumento presentado por ellos hoy reza: falta una verdadera *capacidad de acción* propia; se trata sólo de la imputación de acciones naturales de otros, y esto no alcanza para un hecho punible (22).

Como se dijo, en esto es correcto que la afirmación de la punibilidad de las asociaciones de personas debe ser vinculada a una acción penalmente típica de una persona natural que actúa por la asociación. En esa medida se habla del hecho vinculante. Por eso, el problema también es independiente de la polémica de la dogmática penal, relativa a sí, con relación a la estructura de la acción penalmente relevante, se debe partir de un concepto de acción final, causal o social. De lo que se trata en nuestra cuestión, a diferencia de lo que ocurre en aquélla, no es de los elementos estructurales del actuar, sino de su relación con el sujeto (23).

De allí que se haya intentado debilitar el argumento de la acción con la referencia a que también en el caso de figuras de autoría reconocidas penalmente, como la coautoría y la autoría mediata, estas personas no necesitan participar por sí mismas en la acción directa, sino que la autoría puede derivarse de otros puntos de vista (24). Pero esto no es una comparación suficiente, porque el coautor y el autor mediato además de la participación objetiva en el dominio del hecho, están vinculados a la acción de los otros, en todo caso, por una decisión concreta. En la problemática que aquí se plantea, en cambio, de lo que se trata es de que, por regla general, uno cuenta sólo con la decisión concreta del órgano que efectivamente la ejecuta.

Por ello, esta declaración sólo puede ser encontrada en las particularidades estructurales de las corporaciones. Porque las asociaciones de personas son realidad, y porque, justamente, debido a su existencia no

(21) Art. 19, párr. 3, GG, y, al respecto, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1, 1988, pp. 1080, 1117 y s.; ISENSEE, en: ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, t. V, 1992, § 118, núm. 9.

(22) CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, previo al § 25, núm. 113; JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 204; MAURACH/ZIPF, *Allg. Teil*, pp. 187 y s.; ROXIN, *Allg. Teil*, p. 154; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil. Studienbuch*, p. 83; R. SCHMITT (nota 1), pp. 181 y ss.; entre otros. También el BVerfGE, t. 20, pp. 323, 336, habla de una falta de capacidad de acción propia.

(23) Así, en las consecuencias, HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 84 y s.

(24) TIEDEMANN, NJW, 1988, pp. 1169, 1172; B. ACKERMANN (nota 2), pp. 215 y ss.

sólo ideal, sino real, son convertidas en destinatarias de deberes —sea, en general, de la sociedad, sea, en particular, del ordenamiento jurídico—, ellas cometen una lesión al deber, cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirige. Y dado que la corporación como tal actúa hacia afuera mediante acciones humanas de sus órganos, estas acciones son, al mismo tiempo, también las suyas propias. De lo que se trata aquí, en consecuencia, es de una forma del actuar propio por medio de otro, condicionada por la estructura de la corporación. Por tanto, las asociaciones de personas son, por sí mismas, capaces de acción (25).

Si se observa la discusión actual con mayor precisión, también se comprueba que la propia capacidad de acción, en contra de lo que se afirma para el derecho penal, está ampliamente reconocida en otros ámbitos. Pues la propia capacidad de acción de la corporación es afirmada no sólo para el derecho civil —en el cual, en vista de su mera orientación hacia la responsabilidad, posiblemente rijan otros parámetros (26)—, sino también para el derecho contravencional con sus sanciones punitivas para el castigo de delitos de orden (27). En verdad, con relación a la objeción que aquí se analiza, se trata por ello de que la propia capacidad de acción delictiva, en principio reconocida, no puede ser suficiente, cualitativamente, para el ilícito de los delitos criminales.

Esto se apoya en la suposición —que se halla en el trasfondo histórico de la división entre derecho contravencional y derecho penal—, de que el ilícito de las contravenciones, a diferencia de los delitos criminales, sería valorativamente neutro desde el punto de vista ético-social (28). Se considera que, en el actuar de las asociaciones, falta el actuar ético-socialmente reprochable, que es necesario para los hechos punibles (29).

(25) De aquí parten, sustancialmente, no sólo los defensores de la capacidad penal (nota 2), sino también aquellos de sus contrarios cuyas objeciones recién entran en juego con relación a la capacidad de culpabilidad, como, por ejemplo, HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 84 y ss.; LANGE, JZ, 1952, pp. 261, 264; W. SEILER (nota 1), pp. 66 y ss.

(26) Cf. HÜBNER, *Allg. Teil des BGB*, núm. 123; LARENZ, *Allg. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.^a ed., 1989, p. 165.

(27) Al respecto, con más detalle, TIEDEMANN, NJW, 1988, pp. 1169, 1172.

(28) J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; E. WOLF, *Frank-Festg.*, t. II, 1930, pp. 516, 560 y ss.; EB. SCHMIDT, SJZ, 1948, pp. 225, 230 y ss.; *idem*, A. Arndt-Festschr., 1969, pp. 415, 423 y s.; LANGE, JZ, 1956, t. 73, p. 519; *idem*, JZ, 1957, p. 233.

(29) Cf. también la fundamentación, que se brinda para la falta de capacidad de culpabilidad, así, por JESCHECK, ZStW, t. 65 (1953), pp. 210, 213; ENGISCH (nota 1), Epp. 24 y s., entre otros.

Frente a ello, sin embargo, se debe señalar que esta distinción cualitativa entre derecho contravencional y derecho penal criminal es rechazada con buenos fundamentos por la opinión actualmente dominante en la doctrina (30). Se ha demostrado en forma convincente que también en el derecho contravencional se lesionan normas ético-sociales. Únicamente porque allí se trata sólo de puestas en peligro abstracto de la vida, de la integridad corporal, del patrimonio y del medio ambiente, su contenido ético-social es regularmente menor que el del derecho penal criminal (31). Además, correctamente se señala que las disposiciones penales del derecho penal-criminal no sólo se refieren al ámbito ético-social principal, sino que también en ellas el contenido de disvalor ético-social puede ser reducido; piénsese, por ejemplo, en los delitos de puesta en peligro abstracto regulados en el StGB en el ámbito económico o del tránsito vial, y en delitos imprudentes. Por lo demás, la clasificación no pocas veces es casual o condicionada sólo históricamente. Por eso, se parte, con razón, como punto de vista material, de una diferencia únicamente cuantitativa del contenido del ilícito, y, ciertamente, sin que esta diferenciación haya sido llevada a cabo hasta el momento en forma consecuente en algunos puntos, debido al origen del derecho contravencional a partir del derecho penal administrativo.

Independientemente de esto, se puede poner en duda que en una sociedad pluralista sea de alguna manera posible delimitar con la claridad suficiente, dentro de las normas de conducta del derecho estatal que determina los delitos, entre aquellas que tienen un fundamento ético y aquellas que son valorativamente neutrales.

A ello se agrega que el derecho contravencional alemán, prevé como hecho vinculante para una posible multa contra una asociación de personas, también delitos criminales (32). Su contenido de disvalor ético-

(30) WELZEL, JZ, 1956, pp. 238, 240 y s.; *idem*, JZ, 1957, pp. 130, 131 y ss.; *idem*, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 16; JESCHEK, JZ, 1959, pp. 457, 460 y ss.; *idem*, *Strafrecht*, pp. 52 y s.; HIRSCH, *Neg. Tatbestandsmerkmale*, 1960, p. 279, nota 40; *idem*, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 9.^a ed., 1974, previo al § 51, núm. 11; MATTES, ZStW, t. 82 (1970), pp. 25 y ss., 119 y ss.; *idem*, *Ordnungswidrigkeiten*, t. 1, 1977, pp. 376 y ss., t. 2, 1982, pp. 87 y ss.; 456 y ss.; BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, p. 40; JAKOBS, *Allg. Teil*, p. 44; MAURACH/ZIPF, *Allg. Teil*, p. 17; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, p. 258; R. SCHMITT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 14; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, núm. 42; TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, pp. 101 y s.

(31) Con más detalle, WELZEL, JZ, 1956, pp. 238, 240 y s.; *idem*, JZ, 1957, pp. 130, 132 y s.; MATTES, *Ordnungswidrigkeiten*, t. 2, pp. 87 y ss.

(32) El § 30, OWiG, dice: «Si alguien ha cometido un *hecho punible* [subrayado por el autor] o una contravención como órgano de una persona jurídica, con poderes para representarla, por el cual han sido lesionados... deberes que afectan a la persona jurídica...» A esta contradicción hacen referencia también JAKOBS, *Allg. Teil*, 6/43, y STRATENWERTH, *R. Schmitt-Festschr.*, p. 296.

co —por ejemplo, el de una estafa—, continúa subsistiendo, quienquiera que sea el que responda por ella.

Por consiguiente, el argumento de que las asociaciones de personas no manifiestan suficiente capacidad penal de acción, no resulta convincente. Más bien rige: si ellas son destinatarias de deberes jurídicos, entonces, no sólo pueden cumplirlos, sino también lesionarlos (33). Y no es posible negar como principio que el ilícito de esa lesión sea apropiado para imponer sanciones penales a las asociaciones de personas, fundamentándolo en las particularidades de este ilícito de acción.

3. Pero otra cuestión es la *capacidad de culpabilidad*. La opinión hasta ahora dominante afirma que a la asociación de personas le falta, en todo caso, la capacidad para actuar culpablemente (34).

Con relación a la cuestión de la culpabilidad, en el derecho penal se trata de la reprochabilidad personal del hecho, más precisamente: de la capacidad personal de motivarse conforme a la norma durante la comisión del hecho (35). En la famosa decisión plenaria del Tribunal Supremo Federal de 1952, en la que se trataba el reconocimiento del error de prohibición (36), se dijo al respecto, en coincidencia con la concepción tradicional: culpabilidad significa que el hombre puede decidirse en contra del derecho a partir de una «autodeterminación libre, responsable y moral». Y de esta vinculación entre culpabilidad y personalidad moral se sigue que sólo puede formularse un reproche de culpabilidad frente al hombre (37).

En la discusión surgió la idea de si el problema de la culpabilidad no podía ser solucionado renunciando aquí, a diferencia de respeto del hombre, a la culpabilidad, y, en lugar de ello, vincularse al punto de vista del «interés público predominante» (38). Pero, con tal solución, que re-

(33) HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), p. 84. también v. LISTZ hace referencia a que aquel que por sí mismo «puede celebrar contratos, también puede celebrar contratos estafatorios o usurarios» (Strafrecht, § 28, I, 2).

(34) Así junto a aquellos que niegan ya la capacidad de acción (nota 22), tales como HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 85 y ss.; LANGE, JZ, 1952, p. 264; W. SEILER (nota 1), pp. 79 y ss.

(35) Cf. las referencias en HIRSCH, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10.^a ed., 1984, previo al § 32, núms. 170, 175 y ss.

(36) BGH St. (Gran Senado), t. 2, pp. 194, 200.

(37) ENGISCH (nota 1), E-24 y s.; HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), pp. 85 y s.; JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 204; STRATENWERTH, *R. Schmitt-Festschr.*, pp. 302, 305 (la asociación empresarial «no es una persona moral»).

(38) SCHNÜNEMANN (nota 2), p. 236 y ss. También STRATENWETH, *R. Schmitt-Festschr.*, p. 304, quien, si bien no habla de penas, sino de medidas, le concede aquí a éstas el carácter de sanción punitiva, añadiéndoles una función que «elabora el ilícito pasado», de modo que sólo existe un cambio de etiquetas.

cuerda la *strict liability doctrine* anglosajona (39), sería demasiado fácil. No sólo que con ello se estaría renunciando a la garantía del Estado de Derecho, que ofrece el concepto de culpabilidad frente a castigos inadecuados, garantía que ha sido acentuada en general, para el derecho penal, también por el Tribunal Constitucional Federal (40). La imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad constituiría en definitiva, materialmente, un cuerpo extraño en el derecho penal. Este quedaría desnaturalizado, en esa medida, convirtiéndose en un mero derecho de responsabilidad (41).

Es recomendable, por ello, considerar las cosas con mayor precisión. Si se observa la realidad social, se advierte que se habla con toda frecuencia de la culpabilidad de una corporación. Se habla, por ejemplo, de la culpabilidad de una empresa química que por dejadez desagua sustancias tóxicas en un río, que ha destruido de esa forma los peces y puesto en peligro el suministro de agua potable. O se habla de la culpabilidad de una empresa, como de la antigua IG-Farben, con relación a la explotación y muerte de trabajadores. También es frecuente la utilización de la palabra «culpabilidad», respecto de la conducta de estados. La cuestión de cuál de las partes de un conflicto bélico fue culpable del inicio de la guerra no es sólo un tema de interés histórico. El art. 231 del Tratado de Versalles, en el cual las entonces potencias vencedoras imputaron al Imperio Alemán la culpabilidad por el inicio de la 1.^a Guerra Mundial, significó un grave reproche, el cual, por su unilateralidad, fue sentido, como se sabe, como la «mentira de la culpabilidad por la guerra», y constituyó una pesada hipoteca para la República de Weimar. Y la culpabilidad con la que el Imperio Alemán se cargó luego realmente, durante la época del nacionalsocialismo, nos es todavía tan próxima, que no es necesario que la exponga con más detalle.

Estos ejemplos muestran claramente, a la vez, que la culpabilidad de ningún modo significa, en tales casos, algo éticamente indiferente. Antes bien, al formularse un reproche de culpabilidad, a la corporación se la aplica plenamente un parámetro moral. Ello se refleja también

(39) En la *strict liability doctrine* se trata de delitos, para cuya punición no se exige *mens rea*, sino que es suficiente el interés público en el castigo de hechos antijurídicos. Debido a la dependencia de la culpabilidad, esta teoría abriría el camino al reconocimiento de la capacidad penal de las corporaciones en esa clase de delitos. Al respecto, cf. B. ACKERMANN (nota 2), pp. 79 y ss., y con más detalle A. EHRHARDT (nota 2), cap. 4, A, II, 2, a.

(40) BVerfGE, t. 20, pp. 323, 331; t. 25, pp. 269, 286; t. 27, pp. 18, 29; t. 45, pp. 187, 259 y s.

(41) También es llamativo que, en la argumentación de STRATENWERTH, se habla constantemente del problema de la «responsabilidad» jurídico-penal del empresario (R. Schmitt-Festschr., pp. 296 y ss., 307) y él, a partir del rechazo de la capacidad de culpabilidad de las asociaciones de personas, deduce la relativización de los límites protectores que resultan del concepto de culpabilidad (pp. 304 y s.).

en que a las asociaciones de personas se le reconoce honor (42). No sólo se habla del honor de las naciones, sino también del honor de empresas y asociaciones. El lado negativo, o sea, la deshonra, muestra claramente que aquí también se aplican parámetros éticos.

En esa medida, por tanto, es absolutamente posible comprobar paralelos de culpabilidad con las personas naturales. Y el paralelismo existe también en lo que se refiere a la libre autodeterminación. Dado que la asociación de personas sólo puede actuar a través de seres humanos, la cuestión del libre albedrío debe ser contestada, aquí como allí, de modo concordante. Respecto de las asociaciones de personas no debería valer, por ello, algo distinto que en los demás casos del derecho penal (43).

Además, es notable que la ciencia, al igual que en cuanto a la capacidad de acción, tampoco con relación a la capacidad de culpabilidad, tenga reparos en reconocer, para el derecho contravencional, la capacidad de culpabilidad de las corporaciones, presupuesta por el legislador (44). La suposición de que esto no sería una contradicción porque, en el derecho contravencional uno se mueve en un ámbito neutral a los valores éticos, es desacertada. Tal como ya lo he demostrado, ella se basa en una apreciación equivocada del derecho contravencional, y ya la idea en sí de una reprochabilidad exenta de valores éticos es una *contradictio in adiecto*.

Por lo demás, el énfasis en la moral que frecuentemente se vincula en derecho penal criminal con el concepto de culpabilidad, significa una importante distorsión de este concepto. A este respecto, colaboró en gran medida que al derecho penal frecuentemente se le imputara irracionalidad. Una consideración más fría muestra que, con relación a la cuestión de si existe culpabilidad penalmente relevante, de lo que se trata es sólo de que sean consideradas en favor del autor del hecho antijurídico determinadas anomalías y déficits de conocimiento que van en contra de

(42) Véase BGH St., t. 6, p. 186; t. 36, pp. 83, 88; BGH (Z), NJW, 1971, p. 1655; BayObLG, StV, 1982, p. 576; OLG Frankfurt, NJW, 1977, p. 1353; NJW, 1989, p. 1367; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a ed., 1991, previo al § 185, núm. 3. Al respecto, con más detalle, KRUG, *Ehre und Beleidigungsfähigkeit von Verbänden*, 1965; HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, 1967, pp. 91 y ss. (bajo la reelaboración del aspecto moral).— Además, se debe hacer referencia a que, en el derecho civil, se parte, como algo obvio, de la posibilidad de las personas jurídicas de actuar de modo contrario a la moral y las buenas costumbres, y por ello se aplican a ellas los §§ 138 y 826, BGB.

(43) Respecto de la cuestión del libre albedrío, en el marco de la culpabilidad jurídico-penal, en general: ROXIN, *Allg. Teil*, § 19, núms. 35 y ss., con otras referencias.

(44) En concordancia con el § 1, párr. 1, OWiG, se habla de la exigencia de un actuar *reprochable* de la corporación; cf. CRAMER, en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 1989, § 30, núm. 17; GÖHLER, *OWiG*, 10.^a ed., 1992, previo al § 29a, núm. 13.

su motivación a un actuar conforme a derecho (45). También esto habla en contra de las objeciones que se formulan a partir del concepto de culpabilidad contra la capacidad penal de las asociaciones de personas.

Pero, ¿se formula acaso la objeción de que como consecuencia del reconocimiento de la capacidad de culpabilidad de las asociaciones de personas se trasladaría esta culpabilidad a los socios individuales: es decir, que la consecuencia sería la culpabilidad colectiva de los socios?

En este contexto, se recuerda la tesis de la culpabilidad colectiva, como fue sostenida después de la 2.^a Guerra Mundial por MARTIN NIEMÖLLER y otros (46). Pero la esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de persona individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la corporación, por tanto, no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros. Antes bien, debe decidirse en forma separada acerca de ambas. Esto se ve con especial claridad cuando la conducta culpable de la corporación se realizó en contra de la voluntad de una minoría superada en la votación, o cuando el órgano actuante por la corporación ha actuado en contra de la voluntad de los miembros. Esto también se ve en el caso de los estados que han caído en manos del régimen injusto de un dictador (47).

Una culpabilidad colectiva, una culpabilidad sumaria de los socios individuales no es lo que se deriva, por tanto, de la culpabilidad de la asociación. Únicamente es posible una responsabilidad colectiva, de forma tal que los perjuicios que se derivan de la culpabilidad de la asociación para una corporación, sean también perceptibles mediatamente para sus miembros. Nosotros, en Alemania, siempre tenemos esto dolorosamente presente. Aun cuando haya que cargar con esta responsabilidad un largo tiempo, esto no significa, en todo caso, culpabilidad colectiva, y mucho menos puede derivar en una culpabilidad de quienes nacen posteriormente, como parece insinuar el título de un libro reciente, «Nacido culpable» (48). La diferencia entre culpabilidad y responsabilidad por culpabilidad ajena, por lo demás, ya se ve claramente en el segundo mandamiento (Libro II, Moisés, cap. 20, vers. 5), en el cual se

(45) Cf. las regulaciones legales respectivas, como los §§ 20, 21, 17 y 35, StGB.

(46) Aquí también juega un papel la «Confesión de culpabilidad de Stuttgart» del Consejo de la Iglesia Evangélica en Alemania, del 19/19/1945 (*Verordnungs- u. Nachrichtenbl.*, de la Iglesia Evangélica en Alemania, 1/1946), en la que se hablaba de la «solidaridad de la culpabilidad», lo cual, sin embargo, no fue pensado como confesión de una culpabilidad colectiva.

(47) Ello no excluye, sin embargo, que los estados mismos se conviertan en víctimas de un régimen injusto, principalmente cuando éste ha sido forzado por otro estado, como era el caso, por ejemplo, de los estados satélites de la U.R.S.S.

(48) PETER SICHROVSKY, *Schuldig geboren. Kinder aus Nazifamilien*, 1987.

habla de la culpabilidad del padre, que azotará a los hijos hasta la tercera y cuarta generación.

De todo ello se deriva que la capacidad penal de las asociaciones tampoco fracasa si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad. En el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual, la «culpabilidad de la asociación», que es suficiente para el concepto de culpabilidad penal.

4. Por ello, podemos dedicar nuestra atención al tercer argumento principal que se esgrime en contra de la capacidad penal: la objeción de que la *pena*, por su esencia, no se adecúa a las corporaciones.

a) Se dice que la pena expresa el juicio de desaprobación ético-social de la sociedad y contiene un tratamiento del delincuente que lo concibe como personalidad moral. Por ello, el concepto de pena sólo sería aplicable a personas naturales (49).

Este concepto de pena orientado a la personalidad moral del hombre, como se sabe, se remonta a KANT (50). Por eso, no quiero excluir que la transformación producida a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX de la afirmación a la negación de la capacidad penal de corporaciones en Alemania también haya estado influida por la teoría del derecho en la «Metafísica de las Costumbres» de KANT.

En cambio, si se observa la literatura actual sobre la teoría de la pena, se comprueba que casi ya no se habla del concepto de pena clásico, dominante aun después de la II Guerra Mundial, vinculado a KANT y luego a HEGEL. En lugar de ello, vemos que en las dos últimas décadas la tendencia que triunfa es la de las teorías de la prevención. Prevención general y prevención especial son los conceptos de los que se habla en todos los ámbitos (51). Esto va acompañado de una fuerte influencia de la escuela sociológica (52). Y el padre alemán de la escuela sociológica del derecho penal y de la pena con finalidad, FRANZ VON LISTZ —como se mencionó— ya a fines del siglo pasado había exigido la punibilidad de las asociaciones de personas.

(49) JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 204; HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), p. 86; ENGISCH (nota 1), E, pp. 34 y s.; entre otros.

(50) KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, nueva edición de VORLÄNDER, 1954, pp. 158 y ss., 163. Acerca de este concepto de pena, cf. también BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, pp. 419 y s.; H. MAYER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1953, p. 33; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 238 y ss.

(51) Véase, p. ej., ROXIN, *Allg. Teil*, § 3, núms. 36 y ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/14 y ss.

(52) Y, por cierto, de la forma más marcada en la actual orientación «funcionalistas». Véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1972, pp. 16 y ss., 24 y ss., 33 y ss.; SCHÜNEMANN, en *idem*, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 1, 45 y ss.; AMELUNG, en: SCHÜNEMAN, *lug. cit.*, pp. 85, 87, 98 y ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, p. V, VII y s.

Si observamos el punto de vista de la prevención general, se advierte, en efecto, que él también se adecúa a las corporaciones. Si se impone una sanción dineraria en contra de una asociación, el efecto frente a las demás asociaciones es totalmente comparable al que se produce frente a una multa impuesta a una persona individual ante las demás personas naturales. Como puede observarse en el derecho de las contravenciones, si se impone una multa millonaria contra una sociedad anónima por un delito económico, entonces, las demás empresas pensarán bien si quieren correr tal riesgo de sanción. También es evidente el efecto de prevención especial. La asociación penada se cuidará aún más que lo que ocurre con las personas naturales, de volver a entrar en conflictos con la ley respectiva. Investigaciones empíricas realizadas en los Estados Unidos confirmaron, en esa medida, la suposición de que las empresas económicas, al encontrarse expuestas a la opinión pública, se esfuerzan en impedir nuevos daños a su imagen (53). A esto se agrega que, por lo general, los socios, o, en su caso, los accionistas, ejercen opresión para un buen comportamiento futuro, a fin de que las ganancias no se reduzcan como consecuencia de la disminución de las ventas producidas por los perjuicios a la reputación.

Por mi parte, sin embargo, dudo de que la orientación unilateral a la prevención, del concepto de pena, actualmente preferida, acierte correctamente en la esencia de la pena. Al tenerse en cuenta, al imponer una pena, sólo la conducta futura fiel al derecho, se pierde el elemento de castigo del hecho cometido, y, de este modo, el puente entre hecho y justicia. Por cierto, la amenaza penal contenida en el precepto penal tiene, como amenaza, por naturaleza, una función puramente preventiva. Pero la corriente actualmente de moda deja de lado que aquello que es amenazado materialmente para esa finalidad de prevención, consiste en un castigo para el caso de la comisión, y no únicamente en un reforzamiento de los deberes para evitar un segundo hecho (54). Es interesante que este contenido primario de la pena a imponer, que reside en el castigo del hecho cometido, reingresa luego por la puerta trasera en muchos sostenedores actuales de las teorías de la prevención, como en el caso de la llamada prevención general positiva. En ella se trata de la estabilización de la norma, según se afirma, es decir, del reforzamiento de la confianza de la sociedad en la fuerza de existencia y de imposición del ordenamiento jurídico. Y, para ello, se atribuye importancia decisiva al

(53) Al respecto, cf. las referencias en A. EHRHARDT (nota 2), cap. 4, B, VII.

(54) Con más detalle, ARMIN KAUFFMANN, *Die Aufgabe des Strafrechts*, en: *Rhein.-West. Akademie der Wissenschaften, Vorträge*, 1982 (G., N.^a 262); HIRSCH, en: MEDICUS/HIRSCH/v. ARNIM, *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, 1993, pp. 35, 44 y ss. La prevención que parte de la sanción es sólo otro fin mediato de la pena.

sentimiento de justicia de la generalidad, orientado a la pena merecida correspondiente a la culpabilidad (55).

En el concepto de pena, por tanto, no basta con remitirse únicamente al aspecto de la prevención. La cuestión es, más bien, si la pena puede satisfacer su función primaria de castigar el hecho cometido en forma justa y adecuada a la culpabilidad frente a las asociaciones. Para su respuesta, ya fueron dadas las pautas, habiéndose afirmado precedentemente la posibilidad de la corporación de actuar en forma contraria al deber y culpablemente. Pues, entonces, no es incorrecto reaccionar contra la lesión culpable al deber, con una sanción penal amenazada previamente. Al respecto, en lo que se refiere al componente moral, si bien por una lado se debe reflexionar acerca de que el derecho de sanción estatal sólo está orientado a la conservación de la conducta legal, pero no de la conducta moral que va más allá de aquélla, por otro lado, de la referencia a la culpabilidad de la pena se deriva que el concepto de pena, al igual que el concepto de culpabilidad, necesariamente tiene contenido ético.

Si se observa con mayor detenimiento, sin embargo, de ello no se deduce nada en contra de la pena de las asociaciones. Las normas jurídicas dirigidas a la asociación de personas que interesan penalmente, no resultan en modo alguno éticamente indiferentes —tal como ya se demostró para el ámbito del derecho contravencional—. Por ejemplo, si una empresa económica sin el control debido, produce un somnífero que ocasiona malformaciones del embrión, y, con ello, el nacimiento de niños con daños físicos (56), esto no es algo que sea éticamente irrelevante. Pero si la corporación es destinataria de normas éticas, de modo tal que, como vimos, pueda serle formulado un reproche de culpabilidad por la lesión de la norma, entonces, con esto, ella también es persona en el sentido ético, en forma suficiente como para poder ser destinataria de la punición en caso del no cumplimiento de tales normas.

Se ha citado, sin embargo, como diferencia esencial frente al hombre como destinatario de pena, que la corporación no puede sentir la pena ella misma, le faltaría, por tanto, la receptividad a la pena (57). Si se la mira como una forma de organización abstracta, efectivamente no puede tener sentimientos. Pero es una estructura que recibe vida a través de su miembros cambiantes y de sus órganos. Por ello, la sanción penal impuesta produce reacciones dentro de la asociación.

Por tanto, a partir del concepto de pena, no se derivan fricciones.

(55) ROXIN, *Allg. Teil*, § 3, núm. 47; STREE, en: *Schönke/Schröder*, previo al § 38, núm. 3.

(56) El § 95, *Ley de Medicamentos*, en conexión con el § 30, OWiG.

(57) HAFTER, *Schweiz. Strafrecht*, 2.^a ed., 1946, p. 72 (invocando a KOHLER); ENGISCH (nota 1), E-16; HARTUNG (nota 13), E-43.

b) Pero también se formulan otras objeciones en contra del reconocimiento de la capacidad penal:

aa) Resulta de especial interés la objeción presentada por KARL ENGISCH en las Jornadas de Juristas Alemanes de 1953, con relación a la justicia de los efectos que tendría la punición de asociaciones para los socios. En lo anterior, se habló de que los efectos alcanzaban en forma mediata a los socios. Por eso, ENGISCH (58) opinaba en ese entonces, ocho años después de la caída de Alemania, que la idea de la capacidad penal de las corporaciones se había «demostrado, entretanto, como abrir la caja de Pandora». El decía: «Probablemente hoy estamos todos de acuerdo en cuanto a reconocer que ya hemos probado suficiente de la responsabilidad penal por imposición del destino como para haberle perdido el gusto. Hemos comprobado que cada uno de nosotros ya tiene suficiente carga con responder por aquello que él mismo es y ha hecho, y que no tenemos ninguna inclinación a responder también, sin culpa, por aquello que otros han hecho culpablemente, y con los cuales la casualidad, la desprevenición, la buena fe, nos han unido en una asociación. Sólo en la medida en que se nos pueda hacer realmente el reproche de haber participado en alguna forma culpablemente, activa o pasivamente, dolosa o imprudentemente, en el hecho delictivo dentro de la asociación, sentimos como justa una responsabilidad penal por este hecho delictivo... Por eso, tampoco se puede llegar a que el individuo sea quien carga con la culpa no en la medida de su culpabilidad, sino según su participación financiera en la empresa».

Esta toma de posición, surgió en forma parecida también en otros ponentes de las Jornadas de Juristas de 1953 (59), es especialmente digna de destacar por su contexto histórico. Si, con relación a la cuestión de la culpabilidad, jugó algún papel el temor —que en lo anterior se demostró como materialmente infundado— de que la consecuencia fuera la culpabilidad colectiva de sus miembros, aquí, en la cuestión de la pena, tampoco se quiso saber nada de la afectación mediata por los efectos. Se tenía a la vista las consecuencias que se derivaron del régimen nacionalsocialista luego de 1945 para la población alemana.

Pero hoy quizá se puede ver las cosas menos emocionalmente. Frente al problema particular de las sanciones contra los estados se debe considerar, también, en primer lugar, la afirmación de ENGISCH que nos interesa en primera línea, en el sentido de que la sanción penal contra empresas económicas corporativas es injusta respecto de los socios que participan en ella económicamente. En efecto, una multa sensible, puesta contra la empresa, disminuye sus ganancias. Pero también se debe tener en cuenta que en ese caso se trata sólo de efectos mediatos. Los socios no responden con su propio patrimonio, sino que los perjui-

(58) (Nota 1), E-28.

(59) HARTUNG (nota 13), E-43 y s.; HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), p. 89.

cios que surgen para ellos están limitados a los efectos que se derivan de la punición de la corporación. En este punto, se trata de riesgos que están vinculados en forma general con la calidad de socio de una asociación de personas. Así como, de la actividad de una asociación, nacen ventajas para el socio, así también son posibles desventajas. Para minimizar estos riesgos, los socios pueden asegurarse a través de la elección de órganos confiables. Por ello, aquellos efectos mediatos que tienen las sanciones penales contra asociaciones de personas no son injustos.

Ahora bien, en lo que se refiere a la punición de los estados referida por ENGISCH, en ese punto las cosas se vuelven un poco complicadas, por el hecho de que, normalmente, en un estado, se nace, uno no puede elegirlo. Por los demás, las posibilidades de un ciudadano individual de evitar un régimen injusto son generalmente reducidas, sobre todo cuando el espíritu contemporáneo favorece un régimen semejante. Por otro lado, justamente en la actualidad se advierte que, dado el caso, también los estados pueden ser disciplinados sólo mediante la amenaza de sanciones y su ejecución en caso de incumplimiento (60), y es inevitable que también aquellas partes de la población no culpables del régimen político respectivo deban sufrir en forma mediata consecuencias de la sanción.

Por ello, la objeción de Engisch no es decisiva.

bb) Esto rige también para otra objeción que se formula contra el reconocimiento de la capacidad penal. Según ésta, en los casos en los cuales también es condenado el autor individual que actúa como órgano, tendría lugar una *doble punición* (61). El autor individual culpable sería penado, en contradicción con el precepto *ne bis in idem*, tanto por la pena impuesta en contra de él mismo, como también, proporcionalmente, por la pena dictada en contra de la asociación. Pero esta objeción se origina, igualmente, en la insuficiente diferenciación entre persona individual y asociación. Cuando un órgano de una empresa económica realiza un hecho delictivo en el marco de su actividad en favor de la empresa, en la punición se trata, por un lado, de su propia responsabilidad, y, por el otro, de la de la empresa. Ninguna de las dos es eliminada total o parcialmente, respectivamente por la otra (62). Los eventuales efectos mediatos de la punición de la empresa no alcanzan al autor in-

(60) Acerca de la responsabilidad de derecho internacional y de derecho penal internacional, con más detalle, IPSEN, *Völkerrecht*, 3.^a ed., 1990, pp. 488 y ss.

(61) ENGISCH (nota 1), E-36 y ss.; HEINITZ, *Gutachten* (nota 1), p. 90.

(62) Tanto menos cuando, respecto de la corporación, son necesarias exigencias de culpabilidad adicionales. Al respecto, con más detalle *infra*, V, 3, b.

dividual en forma diferente que lo que lo hacen con los demás trabajadores o socios (63).

Según lo expuesto, puede comprobarse que la capacidad penal de las asociaciones de personas es, en principio, posible.

V

Dado también que el Tribunal Constitucional Federal no expresó reparos constitucionales en su decisión del año 1966 (64), el legislador no está impedido para introducirla.

1. Podría preocuparlo, sin embargo, que pudieran verse dañados los esfuerzos de reforma de la última década orientados a la humanización del derecho penal, por la introducción de la pena de las asociaciones. ¿Sería, quizá, la consecuencia, una desindividualización de los parámetros penales, y de este modo, desnaturalizar la pena individual? Pero, si se observa la praxis anglosajona, que reconoce la pena de las asociaciones desde hace décadas, no se comprueba un desarrollo en este sentido. Más bien se tiene la impresión contraria, de que demasiado poco derecho penal individual le quita color a la pena de la asociación, y que, por ello, frecuentemente ingresan en las reflexiones acerca de la culpabilidad penal parámetros de responsabilidad del derecho civil. Y si se observa la administración de justicia penal alemana actual, se tiene inmediatamente la impresión de que más bien ya sufre una supraindividualización de sus parámetros.

2. Mayor peso tiene la cuestión de si existe una *necesidad práctica* suficiente para una transformación tan decisiva de nuestro sistema jurídico actual como lo sería la punibilidad de las asociaciones de personas por encima del derecho contravencional, es decir, en el llamado derecho penal criminal. ¿Se oculta detrás de la exigencia, quizá, sólo una corriente contemporánea antiempresaria, como se observa en los países

(63) Del mismo modo, fracasa la objeción de que un proceso penal presupondría la *presencia* corporal de un acusado. Pues con prescindencia de que el principio de inmediación procesal no rige de modo irrestricto, el reconocimiento de las corporaciones tiene la consecuencia de que el proceso tenga que adaptarse a la estructura de ellas. El hecho de que esto es posible lo muestra no sólo la praxis de la justicia penal anglosajona y el procedimiento alemán de la pena de multa, sino también las otras ramas de los tribunales, como el proceso civil y el proceso administrativo.

(64) BVerfGE, t. 20, pp. 323, 335 y s., acentuándose expresamente que el principio garantizado por el derecho constitucional *nulla poena sine culpa* también tiene que valer para las personas jurídicas, y, por cierto, en el sentido de que las personas que actúan directamente por ellas, responsabilizándolas, tienen que haber actuado culpablemente.

industrializados occidentales desde los años sesenta con diferente intensidad? Los lemas en contra de las llamadas multinacionales y también parte de lo que se ha escrito con relación a la criminalidad de cuello blanco (*white collar*), tiene un trasfondo ideológico. Sin embargo, el aumento de la criminalidad empresarial constituye un hecho que ya no puede ser menospreciado. Así, con todo, en los Estados Unidos en los años 1984 a 1987 se formularon más de 1.500 acusaciones contra empresas económicas, sólo en los tribunales de distrito (65). También en Alemania se estima que el 80% de todos los casos de criminalidad económica grave son cometidos bajo el manto de una empresa (66). Las causas de este proceso son, especialmente, el aumento del fin de lucro desmedido, de la competencia, los estímulos para el abuso del complejo sistema de subvenciones, y no en último término, el desarrollo técnico con los elevados riesgos que de él se derivan. Se debe señalar que la punibilidad de las asociaciones de personas ya ha sido introducida en los Países Bajos, lo será este año en Francia, está prevista en un nuevo Proyecto de Reforma en Suiza, y es reclamado por el Consejo de Europa (67).

La cuestión entre nosotros, en todo caso, podría consistir en si la regulación en el derecho contravencional, que —como ya se mencionó— también incluye delitos criminales como hechos vinculantes, no es suficiente. Si bien el precepto respectivo contiene una importante amenaza de multa, de todos modos es insatisfactorio que, a pesar de que el hecho sea un delito criminal con relación al autor individual, no lo sea desde la perspectiva de la corporación que está detrás de él. No existe ningún fundamento objetivo para un privilegio tal. Esto, tanto menos cuando las contravenciones, a diferencia de los delitos criminales, están sometidas al principio de oportunidad, de modo tal que, en la práctica, la persecución se concentra en el autor individual directamente actuante. Por ello, ya se ha hablado de un estado de necesidad de prevención (68).

Pero, en todo ello se trata no ya de una problemática científica, sino de cuestiones cuya solución se halla en la discrecionalidad político-criminal de legislador. En sí mismo, esto rige también para la cuestión re-

(65) Cf. las referencias en A. EHRHARDT (nota 2), cap. 4, B, VII.

(66) K. LIEBL, *Bundesweite Erfassung von Wirtschaftsstraftaten*, 1984, pp. 135 y s.

(67) Cf. el art. 51 del Código Penal de los Países Bajos, en la redacción de 1976; los arts. 121-2 del Código Penal francés (que entró en vigencia el 1/9/1993); el art. 100-4, N.º 1, del Anteproyecto de Código Penal suizo, redactado en conexión con el mensaje sobre la modificación del Código Penal, del 12/6/1989; y la recomendación del Consejo de Europa, del 20/10/1988, N.º R (88), 18.

(68) SCHÜNEMANN (nota 2), pp. 236 y ss. ACHENBACH habla del «impulso por la presión del problema» (JuS, 1990, pp. 601, 607).

lacionada, en vista de la fijación del debate actual a las empresas económicas, de si el legislador debe limitar la punibilidad sólo a corporaciones económicamente activas. Desde el punto de vista constructivo, ello sería posible —como en los demás casos en que el derecho penal, en algunas disposiciones penales, sólo comprende como autor a un determinado círculo de personas—. Pero debería estar fundamentado materialmente. El derecho contravencional alemán vigente no prevé tal limitación (69), y no resulta para nada extraño que asociaciones de personas con objetivos ideales cometan delitos, p. ej., delitos impositivos, defraudación de subvención, o —en el caso de instituciones de investigación— un delito ambiental.

Un problema especial lo constituyen las corporaciones de derecho público. En este punto, la competencia penal de tribunales nacionales se vería conmovida y también en el caso de las corporaciones regionales conduciría a fricciones el que un tribunal pudiera penar a una corporación de la cual él mismo es parte. Para el control social de las corporaciones de derecho público, son competentes los parlamentos al igual que los tribunales constitucionales y administrativos.

Por último, para el legislador se plantea la cuestión de si deberían ser alcanzadas por la punibilidad sólo agrupaciones de personas jurídicamente capaces o también otras estructuradas corporativamente. Al respecto, rige que para el derecho penal debería resultar decisiva la forma real de aparición y no el reconocimiento de la capacidad jurídica. Esto ya ha sido reconocido en el derecho contravencional vigente (70).

3. Si el legislador se decide en favor de la punibilidad de las asociaciones de personas, enfrentará aún algunos problemas particulares básicos, cuya respuesta corresponde a la ciencia y que, por lo tanto, no pueden quedar aquí abiertos.

a) Ante todo, se trata de la cuestión de a través de cuáles acciones humanas, y de quién, puede volverse punible la corporación.

aa) En lo que se refiere, en primer lugar, a los *sujetos* de la acción la jurisprudencia norteamericana y el derecho de la Comunidad Europea proceden en forma muy extensiva. Se deben incorporar todos los miembros actuantes por la corporación, también los empleados de rango más

(69) Cf. el § 30, OWiG.

(70) § 30, OWiG. No se deben incluir, sin embargo, las asociaciones con objetivos puramente criminales. Su acto fundacional es nulo de antemano por violación de la ley. El reconocimiento de su capacidad penal las revalorizaría como sujetos de derecho. La comprensión jurídico-penal se refiere, en estos casos, a los miembros; cf. los §§ 129 y s., StGB.

bajo, en tanto actúen sólo *within the scope of employment* (71). En los Estados Unidos, esta opinión, apoyada en la *vicarious liability doctrine* (72), posibilita extender ampliamente la punibilidad de las asociaciones, y, de este modo, simplificar mucho la práctica de la persecución penal. Pero de esta forma se borran los límites de la responsabilidad civil por el actuar por otro, y el volverse penalmente culpable por la propia acción. Esto se advierte inmediatamente cuando se contrapone una empresa ejercida corporativamente, p. ej., una sociedad de responsabilidad limitada, a una ejercida por una persona natural. Supongamos que ambas tuvieran más o menos la misma dimensión, y que uno de sus empleados comenzara a realizar dentro del ámbito de sus funciones, maniobras estafatorias con el fin de proporcionar a la empresa ventajas patrimoniales. En el caso de la empresa ejercida por la persona natural, indiscutiblemente, la autoría del empresario sólo sería posible en caso de que se dieran los presupuestos de una coautoría o autoría mediata; si no, sólo entraría en consideración, instigación, o si el empresario respectivo nada sabía, en todo caso, una lesión del deber de vigilancia (73). Pero esta diferenciación previamente dada como algo objetivo, en nada puede modificarse por el hecho de que la empresa sea ejercida por una sociedad de responsabilidad limitada. La diferencia se agota, antes bien, en que en el segundo caso una corporación ocupa el lugar de la empresa individual. Justamente, sólo puede hablarse de actuar propio de una corporación, en caso de acciones de personas naturales que están llamadas a actuar como órganos conforme a la constitución de la asociación, y, con ello, representan con su actuar a la corporación como tal. De esto parte también el derecho contravencional alemán y el derecho civil, pudiendo quizá resultar adecuada la ampliación a otras personas diri-

(71) Acerca de la práctica americana en particular, cf. A. EHRHARDT (nota 2), cap. 4, B, III, 2, b, con amplias referencias. Acerca del derecho de la Comunidad Europea, véase supra, nota 5.

(72) La *vicarious liability doctrine* configura el fundamento para la ampliación —ocurrída a principios de este siglo— de la capacidad penal de las corporaciones en el derecho penal anglosajón, a delitos *mens rea*. Ella, a diferencia de la *strict liability doctrine* (supra, nota 39), exige culpabilidad del que actúa directamente. Al asumirse aquí para el derecho penal, en los Estados Unidos, las *respondeat superior-rule* del derecho civil, surgió una responsabilidad jurídico-penal por la conducta culpable también de los empleados subalternos. De otro modo se desarrolló la *corporate criminal liability* en Inglaterra, donde la base se asienta en las personas destacadas (*alter ego-theory*). Al respecto, con más detalle, B. ACKERMANN (nota 2), pp. 83 y ss., 101 y ss., y, en profundidad, A. EHRHARDT (Nota 2), cap. 4, A, II, 2, b, y B, I-III, 2.

(73) La infracción al deber de vigilancia en establecimientos y empresas es sancionada, conforme al § 130, OWiG, como contravención. Se plantea la cuestión de si, *de lege ferenda*, no debería ser calificado como hecho punible, en la medida en que el deber de vigilancia se refiera a la comisión de hechos punibles.

gentes, como las que se han realizado en la jurisprudencia del derecho civil (74).

La concepción que va más allá de estos límites jurídicamente obligatorios se ve favorecida, actualmente, por el hecho de que, en la discusión de derecho penal de hoy, se habla, en general, del problema de la capacidad penal de «empresas», y, por ello, entran en consideración todas las personas que actúan por la empresa hacia afuera. Sin embargo, se debe distinguir entre empresa y titular de la empresa. La empresa constituye únicamente una unidad de acción y de organización. En contraposición, el destinatario de deberes jurídicos y titular de derechos es el titular de la empresa, esto es, una persona natural o una unión corporativa de personas que toma su lugar (75). Por ello, lo decisivo es quién actúa jurídicamente como titular de la empresa, en el caso de una empresa corporativa, por tanto, la corporación a través de sus representantes (76).

En vista de la práctica norteamericana, que deja esto de lado, y de las regulaciones correspondientemente más amplias en el derecho sancionatorio de la Comunidad Europea, este punto merece particular atención.

bb) En lo que atañe, en segundo lugar, al *aspecto del contenido* de las acciones, quizá se tienda a suponer, primeramente, que la clase del objeto social de la asociación limita la clase de lesión al bien jurídico que entra en consideración, es decir, por ejemplo, en caso de empresas económicas, sólo entran en consideración delitos contra el patrimonio. Sin embargo, se advierte que las posibilidades de delitos concebibles son muy amplias. Piénsese por ejemplo, en los delitos de homicidio que pueden ser cometidos por empresas económicas mediante la producción de productos peligrosos para la vida, con dolo eventual o imprudentemente. Sólo quedan excluidos, por supuesto, delitos que por su naturaleza sólo pueden ser cometidos por una persona natural. En todos los demás casos únicamente resulta decisivo que la acción

(74) Cf. el § 30, OWiG, y el § 31, BGB. Acerca de la jurisprudencia civil, véase BGH Z, t. 49, pp. 19, 21, con otras referencias.

(75) Acerca de la distinción entre empresa y titular de la empresa, cf. KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 3.^a ed., 1987, pp. 74 y ss., y WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, t. I, 1980, pp. 308 y s., que también ha acentuado con razón la importancia de esta diferenciación, en la discusión de esta conferencia. La distinción significa, a la vez, que también se excluye la idea, *de lege ferenda*, de castigar empresas que tienen como titular a un empresario individual, por tanto, a una persona natural, por hechos vinculados a la empresa cometidos por empleados, aun cuando sean representantes (p. ej., un procurador general). Pues sólo puede ser castigado quien puede ser conceptualizado como sujeto de derecho, o sea, destinatario de deberes.

(76) Así, también STRATENWERTH, *R. Schmitt-Festschr.*, pp. 297 y s. (funciones directivas). También las recomendaciones del Consejo de Europa (nota 67) se basan en la dirección de la corporación.

haya sido vinculada a la asociación, y no sólo en ocasión de la actividad societaria (77).

b) Otro punto fundamental lo configura el problema de *cómo se determina la culpabilidad de la asociación*. ¿Hay que apoyarse en el volverse culpable del órgano que actúa por la asociación?; ¿deben ser considerados puntos de vista adicionales a ser deducidos de la unidad de la corporación o, incluso, únicamente éstos resultan decisivos?

Las regulaciones legales ya mencionadas y la jurisprudencia anglosajona relativa a los delitos *mens rea* con respecto a la capacidad penal de las asociaciones de personas parten de que de lo que se trata es de la culpabilidad del individuo que actúa por la asociación, y que únicamente se requiere la comprobación de esto (78). Al respecto, debe recordarse una vez más que la corporación actúa hacia afuera por medio de sus órganos, y que, según esto, la lesión al deber cometida por ella, es decir, el ilícito, ya es cometido por la acción del órgano. Esto sugiere, por ello, que igualmente su culpabilidad es suficiente. Pues de lo que se trata en la culpabilidad jurídica por delitos es de la cuestión de si la decisión que originó la acción contraria a derecho había sido evitable, porque aquel que tomó la decisión de acción habría podido motivarse conforme a la norma. Aquel cuya decisión de acción produce la lesión al deber jurídico es, de este modo, idéntico a aquel que hace surgir la culpabilidad para la corporación. El órgano actuante es justamente aquel componente de la corporación que la representa a ésta externamente. Al haberle sido atribuida tal función al órgano, éste actúa con efectos para la responsabilidad de la corporación.

Sin embargo, se plantean dudas respecto de si esto sólo, por sí, es suficiente para los parámetros de la culpabilidad penalmente relevante. La corporación es una estructura más compleja que una persona natural. Mientras que en la culpabilidad de un autor individual, se enfrenta la cuestión con respecto a una persona unitaria, no más divisible, y, por ello, a partir del actuar culpable ya se deriva un fracaso de la persona en su totalidad, con relación a la corporación, esta relación no es necesaria. Más bien es posible, a su respecto, que el órgano cometa un delito que, para la persona en su totalidad, resulta sorprendente e inevitable. La consideración de que corresponde a la corporación organizarse de modo tal que no se produzca absolutamente ningún delito, no parece suficiente para un reproche de culpabilidad penal. Desde el punto de vis-

(77) Cf. también STRATENWERTH, que habla de la exigencia de una «relación funcional» y que critica, con razones contundentes, el criterio, preferido en general, del usufructo de la empresa en favor del empresario (*R. Schmitt-Festschr.*, pp. 298 y ss.; allí también con referencias acerca de la opinión contraria, p. 298, nota 16).

(78) Cf. el § 30, OWiG, y el § 31, BGB, como también, respecto del derecho anglosajón, la *vicarious liability doctrine* (véase *supra*, nota 72).

ta penal, nada puede reprimirse en tanto no haya evitabilidad en concreto. Aquello que en las personas naturales se deriva ya de la identidad de la persona entre el actuante directo y el autor, en el caso de la corporación requiere, por ello, una comprobación adicional: a la culpabilidad del autor del hecho vinculante, se debe agregar el que este hecho hubiera podido ser evitado por la corporación. Al respecto, de lo que se trata no es ya, como en la culpabilidad del hecho por el hecho vinculante, de que quien toma la decisión de acción al cometer el hecho hubiera podido motivarse conforme a derecho, sino de falencias en la selección y control de los órganos, otras faltas organizativas, política de negocios criminógena, etc. (79)

Ahora bien, se podría llegar a la idea aun más amplia, de apoyarse de antemano sólo en esta evitabilidad y declarar prescindible la culpabilidad del autor del hecho vinculante. Frente a esto, sin embargo, debe señalarse que la culpabilidad requiere siempre una referencia psíquica concreta al hecho, de modo tal que la culpabilidad de la asociación depende siempre de la presencia de un hecho vinculante cometido culpablemente. Sin embargo, en este contexto se debe tener en cuenta que posiblemente los otros miembros del directorio o el consejo de vigilancia pueden haber cometido por sí mismos hechos vinculantes antijurídicos y culpables tales como hechos omisivos e imprudentes, de modo tal que, entonces, quedaría fundamentada por esta vía la culpabilidad de la asociación.

Se demuestra, por tanto, que para la culpabilidad de una asociación es presupuesto necesario la culpabilidad de un órgano que actúe por ella. En la literatura norteamericana, esto ha sido resumido en el precepto: *The corporation... stands in the shoes of its agent* (80). Pero esto no es todo. A ello se debe agregar aún que los pasos ilegales que éste emprendan hayan sido evitables como tales también para la asociación.

c) Otras cuestiones presentadas en la literatura se refieren, por un lado, a la clase de pena a imponer. Con relación a esto, por su naturaleza, la multa se halla en el primer plano, pero también tienen importancia las penas privativas de libertad en forma de penas restrictivas de la actividad y la disolución de la asociación. Por otro lado, se trata del problema de cómo se debe proceder cuando la asociación se libera del proceso

(79) También JAKOBS se inclina hacia aspectos concretos de la culpabilidad en la agrupación de personas (*Allg. Teil*, 6/45).

(80) COFFEE, en: KADISCH, *Encyclopedia of Crime and Justice*, t. I, 1983, p. 259. Por la necesidad del hecho vinculante culpable se resuelve también la objeción formulada por ENGISCH (nota 1), E-36, de que la pena contra la asociación alberga el peligro de ser una pena de sospecha referida a acciones de los órganos no totalmente aclarables. Por otro lado, es posible un proceso autónomo contra la corporación, lo cual es práctico cuando no se puede establecer la identidad del autor del hecho vinculante, o, si no, cuando el hecho no puede ser perseguido por razones distintas a las jurídicas; así, entre tanto, también el § 30, párr. 4, OWiG.

penal mediante la autodisolución. Al respecto, en el caso de que continúe en una nueva asociación, de lo que se trata es de cuestiones de identidad, y, sino, entra en consideración una determinación de la culpabilidad relativa a la anterior asociación que se volvió punible y la disposición del comiso de sus anteriores valores patrimoniales. Pero, en todo esto, se trata únicamente de cuestiones técnicas, de tal modo que no es necesario continuar tratándolas aquí (81).

VI

Por tanto, a modo de resumen se puede establecer: las objeciones de principio que se formulan respecto de la capacidad penal de asociaciones de personas no resultan decisivas. El legislador, antes bien tiene la posibilidad de introducir la pena de las asociaciones, si le parece indicado desde el punto de vista de la política criminal, sin entrar en conflicto con los puntos de vista científicos. Sin embargo, en su configuración debe tener bien en cuenta las particularidades estructurales de la corporación y los límites y diferenciaciones que de ellas se derivan. Existen muchos indicios de que Alemania se acerca a la reincorporación de la punibilidad de las asociaciones de personas. La tarea de la ciencia consistirá en coadyuvar a que se eviten entre nosotros los desbordes que se observan en el derecho de los Estados Unidos y de la Comunidad Europea.

(81) Acerca de ellas, con más detalle, A. EHRHARDT (nota 2), cap. 7, E, así como cap. 4, B, VI, 2, con amplias referencias, también respecto de la doctrina anglosajona.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 29 de diciembre de 1993).

Exposición de motivos

La presente Ley transpone la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, cuyo contenido básico en lo relativo a entidades financieras queda reflejado en el capítulo I de la norma.

Tratándose de una norma que, dirigida a prevenir y dificultar el blanqueo de capitales, impone fundamentalmente obligaciones administrativas de información y colaboración a las entidades financieras, ha resultado coherente y respetuoso con la Directiva circunscribir la presente Ley a las actividades de blanqueo de capitales provenientes de aquellas actividades ilícitas que producen gran alarma social y son más fácilmente identificables por las propias entidades financieras, como son el tráfico de drogas, el terrorismo y la delincuencia organizada.

Dirigida primordialmente a las personas y entidades que integran el sistema financiero, que son objeto de mención en el artículo 2.1 de la Ley, ésta se aplicará también a otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, a las que se refiere el artículo 2.2. Consciente, por otro lado, de las limitaciones que el principio de territorialidad impone a la eficacia de las normas, la presente Ley exige a las entidades españolas que establezcan en sus sucursales y filiales en el extranjero procedi-

mientos internos de prevención del blanqueo de capitales, al tiempo que instruye a las autoridades españolas para que recaben especialmente la cooperación de las de aquellos Estados cuya soberanía se extiende a territorios limítrofes con España.

Aunque son muchos los tipos de entidades financieras sujetas a esta Ley, ha parecido necesario establecer un cuadro sancionador común a todas ellas, inspirado en el de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, disposición que en materia procedimental se declara de aplicación subsidiaria.

El capítulo III regula la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y su Servicio Ejecutivo. Por un principio de eficacia en la actuación y economía de medios en la organización administrativa, ha parecido oportuno, dado el actual grado de liberalización de las transacciones con el exterior, llevar a cabo, en esencia, una ampliación de las competencias de la ya existente Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios, ha siendo de la prevención del blanqueo de capitales uno de sus principales objetivos.

Entre las disposiciones adicionales destaca especialmente la tercera, que sienta el principio de afectación a la lucha contra el tráfico de drogas de los bienes incautados a los narcotraficantes.

La presente Ley resultará directamente aplicable desde su publicación, puesto que ninguna de las habilitaciones que contiene para su desarrollo reglamentario resultan necesarias para la inmediata eficacia de aquélla.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Ámbito de aplicación.*—1. La presente Ley regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de:

- a) Actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias sicotrópicas.
- b) Actividades delictivas relacionadas con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
- c) Actividades delictivas realizadas por bandas o grupos organizados.

2. A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.

3. Las obligaciones y sanciones establecidas en la presente Ley se entenderán sin perjuicio de las obligaciones y sanciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de las acciones y omisiones tipificadas y de las penas previstas en el Código Penal.

Art. 2.º *Sujetos obligados*.—1. Quedarán sujetas a las obligaciones establecidas en la presente Ley:

- Las Entidades de Crédito.
- Las Entidades Aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida.
- Las Sociedades y Agencias de Valores.
- Las Instituciones de Inversión Colectiva.
- Las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y de Fondos de Pensiones.
- Las Sociedades Gestoras de Cartera.
- Las Sociedades emisoras de Tarjetas de Crédito.
- Las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda, sea o no como actividad principal

Se entenderán incluidas entre las anteriores las personas o entidades extranjeras que, a través de sucursales o mediante prestación de servicios sin sucursal permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las entidades anteriormente descritas.

2. Quedarán también sujetas a las obligaciones establecidas en la presente Ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Se considerarán tales:

- a) Los casinos de juego.
- b) Las actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles .
- c) Las demás que, atendiendo a la utilización habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, al emplazamiento de los estable-

cimientos, o a otras circunstancias relevantes, se determinen reglamentariamente.

Art. 3.^o *Obligaciones*.—Los sujetos mencionados en el artículo precedente quedarán sometidos a las siguientes obligaciones:

1. Exigir, mediante la presentación de documento acreditativo, la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocio, así como de cuantas personas pretendan efectuar cualesquiera operaciones, salvo aquellas que queden exceptuadas reglamentariamente. No precisarán identificarse las entidades de crédito y demás entidades financieras mencionadas en el artículo 2.1 de esta Ley.

Cuando existan indicios o certeza de que los clientes o personas cuya identificación fuera preceptiva no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan.

2. Examinar con especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1.

3. Conservar durante un período mínimo de cinco años los documentos que acrediten adecuadamente la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos que las hubieran realizado o que hubieran entablado relaciones de negocio con la entidad, cuando dicha identificación hubiera resultado preceptiva. Reglamentariamente podrá ampliarse el período mínimo de conservación de documentos al que se refiere este párrafo.

4. Colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, «el Servicio Ejecutivo»), y a tal fin:

a) Comunicarle, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1. La comunicación la realizarán, en principio, la persona o personas que los sujetos obligados hubieran designado de conformidad con los procedimientos a que se refiere el apartado 7 de este mismo artículo.

Reglamentariamente se determinarán aquellos supuestos o transacciones específicas que deban ser objeto de comunicación al Servicio Ejecutivo en todo caso.

b) Facilitar la información que el Servicio Ejecutivo requiera en el ejercicio de sus competencias.

5. Abstenerse de ejecutar cualquier operación de las señaladas en la letra a) del apartado 4 precedente sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en dicho apartado.

6. No revelar ni al cliente ni a terceros que se han transmitido informaciones al Servicio Ejecutivo con arreglo al apartado 4 anterior, o que se está examinando alguna operación por si pudiera estar vinculada al blanqueo de capitales.

7. Establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. La idoneidad de dichos procedimientos y órganos será supervisada por el Servicio Ejecutivo, que podrá proponer las medidas correctoras oportunas.

8. Adoptar las medidas oportunas para que los empleados de la entidad tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta Ley. Estas medidas incluirán la elaboración, con la participación de los representantes de los trabajadores, de planes de formación y cursos para empleados que les capaciten para detectar las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales y para conocer la manera de proceder en tales casos.

Art. 4.^o *Exención de responsabilidad.*—La comunicación de buena fe de las informaciones contempladas en el apartado 4 del artículo precedente, por el sujeto obligado o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad.

CAPÍTULO II

Régimen sancionador

Art. 5.^o *Clases de infracciones.*—1. Las infracciones administrativas previstas en esta Ley se clasificarán en graves y muy graves.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente, constituirán infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 7, incluida la no adopción de medidas correctoras propuestas por el Servicio Ejecutivo a las que se alude en el artículo 3, número 7 anterior, y 8.

3. Constituirán infracciones muy graves las siguientes:

a) El incumplimiento de la obligación de confidencialidad prevista en el apartado 6 del artículo 3.

b) El incumplimiento del deber de comunicar aquellos supuestos específicos que reglamentariamente se determinen según lo previsto en el apartado 4, a), del artículo 3.

c) El incumplimiento injustificado por el sujeto obligado del deber de comunicación previsto en el apartado 4, a), del artículo 3, cuando algún directivo o empleado de la entidad obligada hubiera puesto de manifiesto a los órganos de control interno de ésta la existencia de indicios o la certeza de que un hecho u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales.

d) La negativa o resistencia a proporcionar una información concreta solicitada por el Servicio Ejecutivo mediante requerimiento escrito, según lo previsto en el apartado 4, b), del artículo 3.

e) Las tipificadas como graves, cuando durante los cinco años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito de los recogidos en el artículo 344 bis, h) o i), del Código Penal o de encubrimiento o receptación en relación con las actividades enumeradas en el apartado 1 del artículo 1 de esta Ley, o sancionado en resolución firme, al menos, por dos infracciones administrativas de las establecidas en la presente Ley.

Art. 6.º *Concurso con otros procedimientos sancionadores.*—1. No podrán sancionarse con arreglo a esta Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente, cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

2. Cuando se estimara que los hechos y datos puestos en conocimiento del Servicio Ejecutivo pudieran ser constitutivos de delito, se ordenará, si se hubiera incoado, la suspensión del expediente sancionador, dándose traslado de aquéllos al Ministerio Fiscal.

Terminado el procedimiento penal se reanudará la tramitación del expediente sancionador contra los sujetos obligados que no hubieran sido condenados en vía penal como autores, cómplices o encubridores del delito cometido. La resolución que se dicte en el expediente deberá respetar en todo caso los hechos declarados probados en dicho procedimiento penal.

Art. 7.º *Responsabilidad de administradores y directivos.*—Además de la responsabilidad que corresponda a la entidad obligada, quienes ejerzan en ella cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

Art. 8.º *Sanciones por infracciones graves.*—1. Por la comisión de infracciones graves se podrán imponer las siguientes sanciones:

a) Amonestación privada.

b) Amonestación pública.

c) Multa cuyo importe mínimo será de 1 millón de pesetas y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 1 por 100 de los recursos propios de la entidad; el tanto del contenido económico de la operación más un 50 por 100, o 25 millones de pesetas.

La sanción prevista en la letra c), que ha de ser obligatoria en todo caso, se impondrá simultáneamente con alguna de las previstas en las letras a) o b).

2. Además de la sanción que corresponda imponer a la entidad obligada por la comisión de infracciones graves, se podrán imponer las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, fueran responsables de la infracción:

a) Amonestación privada.

b) Amonestación pública.

c) Multa a cada uno de ellos por un importe mínimo de 500.000 pesetas y máximo de hasta 10 millones de pesetas.

d) Suspensión temporal en el cargo por plazo no superior a un año

La sanción prevista en la letra c), que ha de ser obligatoria en todo caso, se impondrá simultáneamente con alguna de las previstas en las letras a), b) o d).

Art. 9.º *Sanciones por infracciones muy graves.*—1. Por la comisión de infracciones muy graves se podrán imponer las siguientes sanciones:

a) Amonestación pública

b) Multa cuyo importe mínimo será de 15 millones de pesetas y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 5 por 100 de los recursos propios de la entidad; el duplo del contenido económico de la operación, o 250 millones de pesetas.

c) Tratándose de entidades sujetas a autorización administrativa para operar, la revocación de ésta.

La sanción prevista en la letra b), que ha de ser obligatoria en todo caso, se impondrá simultáneamente con alguna de las previstas en las letras a) o c).

2. Además de la sanción que corresponda imponer a la entidad obligada por la comisión de infracciones muy graves, se podrán imponer una o varias de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, fueran responsables de la infracción:

a) Multa a cada uno de ellos por importe de entre 10 y 100 millones de pesetas.

b) Separación del cargo, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo máximo de cinco años.

c) Separación del cargo, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las sujetas a esta Ley por un plazo máximo de diez años.

La sanción prevista en la letra a), que ha de ser obligatoria en todo caso, podrá aplicarse simultáneamente con alguna de las previstas en las letras b) y c).

Art. 10. *Graduación de sanciones.*—1. Las sanciones aplicables en cada caso por la comisión de infracciones muy graves o graves se graduarán considerándose, además de los criterios establecidos en el artículo 131.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las siguientes circunstancias:

a) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.

b) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

c) Las sanciones firmes por infracciones muy graves de las previstas en esta Ley impuestas al sujeto obligado en los últimos cinco años.

2. Para determinar la sanción aplicable de entre las previstas en los artículos 8.2 y 9.2, se tomarán en consideración las siguientes circunstancias:

a) El grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos que concurra en el interesado.

b) La conducta anterior del interesado, en la entidad inculpada o en otra, en relación con las exigencias previstas en esta Ley.

c) El carácter de la representación que el interesado ostente.

d) La capacidad económica del interesado, cuando la sanción sea multa.

Art. 11. *Prescripción de las infracciones y de las sanciones.*—1. Las infracciones graves prescribirán a los tres años; las muy graves, a los cinco años.

2. El plazo de prescripción se contará desde la fecha en que la infracción hubiera sido cometida. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume.

La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento de los interesados, del procedimiento sancionador, volviendo a correr el plazo si el expediente permaneciera paralizado durante un mes por cau-

sa no imputable a aquellos contra quienes se dirija. También se interrumpirá por la iniciación de un proceso penal por los mismos hechos, o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible

3. Las sanciones que se impongan conforme a esta Ley prescribirán a los dos años en caso de infracciones graves, y a los tres años, en caso de infracciones muy graves.

Art. 12. Procedimiento sancionador.—1. La incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores a que hubiere lugar por la comisión de infracciones previstas en esta Ley corresponderá a la Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, según dispone el artículo 15.

Será competente para imponer las sanciones por infracciones muy graves el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda. Será competente para imponer las sanciones por infracciones graves el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

Cuando la entidad infractora sea una entidad financiera o precise de autorización administrativa para operar, será preceptivo para la imposición de la correspondiente sanción el informe de la institución u órgano administrativo responsable de su supervisión.

2. En lo relativo al procedimiento sancionador, se estará a lo previsto en la normativa reguladora de dicho procedimiento aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, y en lo relativo a la ejecución y publicidad de las sanciones y demás cuestiones atinentes al régimen sancionador se estará a lo previsto en las Leyes específicas aplicables a los distintos sujetos obligados y, en su defecto, a lo dispuesto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

CAPÍTULO III

Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias

Art. 13. Funciones.—1. Con el fin de impulsar y coordinar la ejecución de la presente Ley se crea la Comisión de Prevención del Blanqueo

de Capitales e Infracciones Monetarias, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía.

Además de las competencias que se derivan de la presente Ley, dicha Comisión tendrá las previstas en el artículo 17.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios.

2. Serán funciones de la Comisión:

a) La dirección e impulso de las actividades de prevención de la utilización del sistema financiero o de empresas de otra naturaleza para el blanqueo de capitales, así como de prevención de los delitos monetarios e infracciones administrativas relacionadas con la normativa sobre transacciones económicas con el exterior.

b) Colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, coordinando las actividades de investigación y prevención llevadas a cabo por los restantes órganos de las Administraciones Públicas que tengan atribuidas Competencias en las materias señaladas en la letra precedente.

c) Servir de cauce de colaboración en dichas materias entre la Administración Pública y las organizaciones representativas de las entidades financieras y demás empresas sujetas a la presente Ley.

d) Garantizar el más eficaz auxilio en estas materias a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial.

e) Informar los proyectos de disposiciones que regulen aspectos relacionados con la presente Ley.

f) Elevar al Ministro de Economía y Hacienda las propuestas de sanción cuya adopción corresponda a éste o al Consejo de Ministros.

g) Las demás funciones que le atribuyan las disposiciones legales vigentes.

Art. 14. *Composición.*—1. La Comisión estará presidida por el Secretario de Estado de Economía y tendrá la composición que reglamentariamente se establezca. Contará, en todo caso, con la adecuada representación de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y del Ministerio Fiscal, de los Ministerios e instituciones con competencias en la materia, así como de las Comunidades Autónomas con competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

2. La Comisión podrá actuar en pleno o a través de un Comité Permanente, cuya composición se determinará reglamentariamente, que en todo caso contará con la adecuada representación de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, y cuyas funciones establecerá la propia Comisión.

Art. 15. *Organos*.—La Comisión llevará a cabo su cometido con el apoyo de los siguientes órganos:

1. La Secretaría de la Comisión, que será desempeñada por la unidad orgánica, con rango al menos de Subdirección, que reglamentariamente se determine. Quien dirija dicha unidad orgánica ostentará, con carácter nato, el cargo de Secretario de la Comisión.

Corresponderá a la Secretaría de la Comisión, entre otras funciones, incoar e instruir los procedimientos sancionadores a que hubiere lugar por la comisión de las infracciones previstas en esta Ley, así como formular la correspondiente propuesta de resolución, que elevará a la Comisión.

2. El Servicio Ejecutivo de la Comisión, al que, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas y a otros Servicios de la Administración, corresponderán las siguientes funciones:

a) Prestar el necesario auxilio a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos competentes.

b) Elevar a los órganos e instituciones señalados en la letra precedente las actuaciones de las que se deriven indicios racionales de delito o, en su caso, infracción administrativa.

c) Recibir las comunicaciones y las informaciones previstas en el apartado 4 del artículo 3.

d) Analizar la información recibida y darle el cauce que en cada caso proceda.

e) Ejecutar las órdenes y seguir las orientaciones dictadas por la Comisión, así como elevarle los informes que solicite.

f) Supervisar la idoneidad de los procedimientos y órganos a que se refiere el apartado 7 del artículo 3 de esta Ley y proponer las medidas correctoras correspondientes.

g) Las demás previstas en esta Ley o que le atribuyan las disposiciones legales vigentes.

Art. 16. *Régimen de colaboración*.—1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda autoridad o funcionario, incluidos los de arancel, que descubra hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1, ya sea durante las inspecciones efectuadas a las entidades objeto de supervisión, o de cualquier otro modo, deberá informar de ello al Servicio Ejecutivo. El incumplimiento de esta obligación tendrá la consideración de infracción muy grave y se sancionará disciplinariamente como tal según lo previsto en la legislación específica que les sea de aplicación.

La obligación que se establece en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del secreto del protocolo notarial, que abarca los instrumentos públicos a los que se refiere el artículo 34 de la Ley de 28 de mayo de 1862, así como los relativos al reconocimiento de hijos no matrimoniales.

2. Cuando ejerza sus funciones en relación con entidades financieras sometidas a legislación especial, el Servicio Ejecutivo deberá recaabar del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores o Dirección General de Seguros, u órgano autonómico correspondiente, según corresponda, toda la información y colaboración precisas para llevarlas a cabo.

3. De acuerdo con las directrices que establezca la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, el Servicio Ejecutivo y, en su caso, la Secretaría de la Comisión colaborarán con las autoridades de otros Estados que ejerzan competencias análogas, recabando especialmente la cooperación de las de aquellos Estados cuya soberanía se extienda a territorios limítrofes con España.

El intercambio de información se condicionará a lo dispuesto en los Convenios y Tratados Internacionales o, en su caso, al principio general de reciprocidad, así como al sometimiento de dichas autoridades extranjeras a las mismas obligaciones de secreto profesional que rigen para las españolas.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Aun cuando no lo exijan las correspondientes leyes o reglamentos locales, las entidades españolas sujetas a la presente Ley velarán para que sus sucursales y filiales en el extranjero tengan establecidos procedimientos internos adecuados para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Cuando, excepcionalmente, dichas leyes o reglamentos locales impidan o hagan ineficaces tales procedimientos, las entidades financieras españolas deberán comunicarlo al Servicio Ejecutivo. Este pondrá tal circunstancia en conocimiento de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que procederá de la forma que considere más apropiada.

Segunda.—Se da la siguiente redacción al artículo 17.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios:

«Corresponderá a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la alta dirección y el impulso, a través de los órganos correspondientes, de las actividades de investigación y

prevención de los delitos monetarios e infracciones administrativas de control de cambios, procurando la debida coordinación de los Organismos de la Administración Pública para la consecución de tales fines, y garantizando el más eficaz auxilio en esta materia a los órganos judiciales.»

Tercera.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria y en los términos que establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Los créditos presupuestarios destinados a la prevención o represión del tráfico ilícito de drogas tendrán la consideración de ampliables en función del ingreso previsto para el Estado de la enajenación de los bienes, efectos e instrumentos decomisados a los que se refiere el artículo 344 bis, e), del Código Penal.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Desde la entrada en vigor de la presente Ley y hasta que se aprueben sus normas de desarrollo, la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, con las competencias que le atribuye la presente Ley, actuará con la composición y órganos previstos para la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios en el Real Decreto 2391/1980, de 10 de octubre, en su redacción dada por el Real Decreto 1651/1991, de 8 de noviembre.

Segunda.—Hasta tanto se regule orgánicamente el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, corresponderá al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios el desempeño de las funciones previstas en el artículo 15.2.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El Gobierno, en el plazo de seis meses, regulará y constituirá los órganos establecidos en la presente Ley.

Segunda.—Las referencias contenidas en las disposiciones vigentes a la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios y a su Servicio Ejecutivo se entenderán efectuadas a la Comisión y al Servicio Ejecutivo regulados en los artículos 13 y 15 respectivamente, de esta Ley.

Tercera.— La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Real Decreto 1767/1993, de 8 de octubre, del Ministerio de Justicia, por el que se modifica el artículo 251 del Reglamento Penitenciario (BOE de 21 de octubre de 1993).

Artículo Único

El artículo 251 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 251.

En el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal.

En estos supuestos, el tiempo de estudio en el centro que haga la propuesta será el suficiente para que se obtenga un adecuado conocimiento del interno de la previsión de conducta y de la consolidación de factores favorables.

Las resoluciones que se adopten al amparo de lo establecido en el presente precepto y que impliquen el pase de un penado al tercer grado se notificarán al Ministerio Fiscal.»

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional

I

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) n.º 150/91, de 4 de julio (Ponente Luis López Guerra) (1) vino a cerrar un período de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) en el que se había cuestionado la constitucionalidad de la estimación obligatoria de la agravante de reincidencia. En aquella sentencia se declaró la constitucionalidad de esta agravante y de los efectos que le asigna el Código penal, empezando por la «obligatoriedad de tomarla en consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas... de la Sección 2.ª del Capítulo IV del Libro I del Código penal», esto es, «para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena (art. 61 C. penal)». Desde la STS 6-4-90 una línea jurisprudencial de la Sala Segunda negaba la constitucionalidad de la obligatoriedad de este efecto agravante de la reincidencia. Con posterioridad a la importante STC 4-7-91 era de esperar que esta línea jurisprudencial no siguiera sosteniéndose, y así se reconoce expresamente en varias Sentencias de la Sala Segunda. Sin embargo, en alguna ocasión vuelve a insistirse en aquel planteamiento anterior, como sucede no sólo en la STS 5-7-91,

(1) Cfr. B.O.E. 29-7-91 y GARCÍA VALDÉS/CANTARERO/PUYOL, Derecho penal constitucional, IV, 1993, pp. 3039 ss.

sólo un día posterior a la STC aludida, sino todavía en la STS 5-2-93. El debate que se abrió en abril de 1990 tiene, pues, no sólo un interés histórico, sino también actual. Veamos los términos del mismo.

II

Empecemos por la vía argumental que inició la STS 6-4-90 (Ponente Enrique Bacigalupo). No admitió abiertamente la inconstitucionalidad de toda agravación de la pena por reincidencia, pero solamente consideró acorde con la Constitución dicha agravación cuando no superase el límite de la culpabilidad por el hecho, apreciada sin tomar en cuenta la conducta anterior del reincidente. Este planteamiento, que analizaré enseguida, suponía no sólo negar la constitucionalidad del «automatismo de la aplicación del art. 10, 15, en relación con el 61, 2 CP», sino en realidad también de toda esta regulación. Además, suscitaba la cuestión de la posible competencia del TS para decidir la inconstitucionalidad de una normativa posterior a la Constitución. Me referiré en primer lugar a este aspecto previo.

La actual redacción de los arts. 10, 15.^a y 61, 2.^a CP procede de la Reforma Urgente y Parcial de 25 de junio de 1983. Es, por tanto, posterior a la Constitución. Como es bien sabido, los Tribunales ordinarios, incluido el Supremo, son competentes para dejar de aplicar las disposiciones anteriores a la Constitución que considere contrarias a la misma, pues pueden considerarse *derogadas* por ella (lo que se conoce como «inconstitucionalidad sobrevenida»), mientras que únicamente el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas posteriores a la Constitución. Respecto a las normas posteriores a la Constitución no se admite en nuestro Derecho el sistema de *control difuso* de la constitucionalidad por parte de cualquier juez ordinario que caracteriza al Derecho norteamericano. Así lo sugirió ya para la actual regulación de la reincidencia la STS 5-12-90 y lo confirmó la STS 21-1-92 (ambas del mismo Ponente, Puertas Luis). ¿No se opone a esta clara distribución de competencias la vía iniciada por la STS 6-4-90? Así habría sido si dicha línea hubiera conducido a la Sala a afirmar la inconstitucionalidad de la aplicación de la reincidencia en alguno de los casos enjuiciados. Pero esta posibilidad sólo se apunta como posible respecto a casos distintos a los concretamente resueltos. En todas las Sentencias que he encontrado en la referida dirección se acaba afirmando la constitucionalidad de la aplicación de la reincidencia en el caso concreto. Ahora bien, sigue siendo discutible la validez de la declaración, siquiera abstracta, de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de apreciación de la reincidencia inequívocamente prevista por el Código penal.

Este extremo no es secundario, porque el efecto de agravación obligatoria no es un accidente, sino un elemento esencial de la regulación legal de esta circunstancia. Negar este efecto no es sólo *limitar* el alcance de la ley a través de una *interpretación* adecuada a la Constitución, sino contradecirla abiertamente. Pero es que, además, hacerlo por la vía argumental que siguió la STS 6-4-90 supone en realidad negar *toda* eficacia agravatoria propia a la reincidencia, o, por lo menos, toda capacidad de decidir el *grado* en que hay que imponer la pena.

En efecto. El planteamiento de la repetida Sentencia no consistía en condicionar la agravación por reincidencia a que *esta circunstancia* demostrase una mayor culpabilidad en el hecho, sino a que la pena resultante estuviera ya justificada *de todos modos* (esto es: aun *sin tener en cuenta la reincidencia*) por la culpabilidad manifestada por los demás elementos concurrentes en el hecho. Citemos literalmente el resumen que ofrece la propia Sentencia mencionada: «Dicho de otra manera: cuando la agravante de la reprochabilidad por el hecho (*establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor* ni pronósticos de conducta desfavorables) (2) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad». Abona, por otra parte, la interpretación aquí sostenida el hecho de que en alguna otra Sentencia del mismo Ponente se niega que la reincidencia influya por sí misma en la culpabilidad por el hecho. Esto implica que lo que está afirmando en estas Sentencias la Sala Segunda es que la reincidencia, que a su juicio no agrava la culpabilidad por el hecho, no puede tampoco agravar la pena más de lo que *ya permiten los demás factores del hecho* que sí afectan a la culpabilidad. Esto podría entenderse incluso en el sentido de que la reincidencia no puede desplegar por sí misma ningún efecto agravatorio. Es cierto, sin embargo, que en la STS 5-7-91 ello parece matizarse permitiendo la posibilidad de que la reincidencia influya *dentro del grado* de la pena a que conduzcan las demás circunstancias.

Esta otra Sentencia distingue dos momentos en la individualización de la pena: «se debe determinar primeramente el máximo que corresponde a la gravedad de la culpabilidad y luego establecer hasta dónde es necesaria la pena considerando la reincidencia». Previamente la Sentencia había afirmado que la reincidencia agrava la pena «básicamente por razones de prevención especial y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho». Ello encajaría en el modelo de la «teoría del espacio de

(2) La cursiva es mía. Pero también el inciso que sigue dentro del paréntesis parece privar de eficacia agravatoria propia a la peligrosidad que manifiesta en el sujeto la reincidencia. El Ponente de la Sentencia, BACIGALUPO, sostiene en la STS 7-7-91 que la razón de la agravación de pena propia de la reincidencia es la prevención especial y no la culpabilidad por el hecho.

juego», según la cual la culpabilidad determina un margen dentro del cual debe atenderse a las consideraciones de prevención especial, y también en la teoría que ve a la culpabilidad como el límite máximo, pero no mínimo, de la pena (3). Pero en el planteamiento de la Sentencia ello se concreta en el sentido de que el *grado* en que debe imponerse la pena no puede ser superior por razón de la reincidencia al que permiten como máximo los demás factores y circunstancias (o su ausencia). El juez sólo podría moverse dentro de dicho grado.

En este sentido, la STS ahora examinada (5-7-91) determina qué factores influyen en la gravedad de la culpabilidad por el hecho (distintos a la reincidencia) y qué ocurre cuando los mismos conducen al grado mínimo de la pena. Respecto a lo primero, considera factores de la culpabilidad: «1) la gravedad de la ilicitud cometida; 2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma; y 3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor». En cuanto a lo segundo, según la Sentencia, «en los casos en los que la medida de la culpabilidad, establecida de esta manera, caiga dentro del grado mínimo, la pena no podrá superar este grado aunque el autor sea formalmente reincidente». Pero esto equivale justamente a contradecir la regulación del Código penal, que en caso de concurrencia de una agravante —y la reincidencia lo es— remite a los grados medio o máximo (art. 61, 2.^a). Es cierto que el art. 61, 3.^a CP prevé la compensación racional de las circunstancias agravantes u atenuantes cuando concurren ambas, pero ello no puede utilizarse como argumento para negar la virtualidad agravatoria de la reincidencia prevista por el art. 61, 2.^a cuando no concurre ninguna circunstancia atenuante propiamente dicha, ni para desconocer un peso propio a la reincidencia en la ponderación a que obliga la compensación exigida por el art. 61, 3.^a. (4)

(3) Sobre estas construcciones ver, p. ej., MIR PUIG, Derecho penal, Parte general, 3.^a ed. 1990, pp. 826 ss.

(4) La STS 5-7-91 esgrime como posible fundamento de su posición (negación del grado medio o máximo, pese a la reincidencia, cuando la culpabilidad por el hecho, determinada por otro conducto, conduciría al grado mínimo) la posibilidad de compensar la reincidencia con una atenuante analógica (art. 9, 10.^a) de culpabilidad especialmente leve. Pero, por una parte, ello presupondría la concurrencia de algún factor de análoga significación a alguna de las atenuantes específicamente previstas en el art. 9, sin que baste una alusión genérica a una culpabilidad especialmente leve; y, por otra parte, no puede admitirse que la *compensación racional* a que obliga el art. 61, 3.^a deba conducir necesariamente al grado mínimo. Por lo demás, todo ello presupone, a su vez, que es cierta la suposición de la Sentencia de que la reincidencia no afecta a la gravedad del hecho y sólo a la prevención especial. Es evidente que, si se admite que la reincidencia influye en la gravedad del hecho, dejará de tener todo sentido hablar de compensación entre la poca gravedad del hecho y la reincidencia, puesto que ésta influirá ya previamente en aquel primer término de la hipotética compensación.

Sea como fuere, el planteamiento de las Sentencias examinadas fue seguido, con mayor o menor fidelidad, por un número significativo de decisiones de la Sala Segunda del TS, de distintos Ponentes, como las SS. de 15-10-90, 26-12-90, 12-4-91, 6-5-91. Pero es importante insistir en que en ninguna ocasión dicho planteamiento condujo a casar la Sentencia de la Audiencia por indebida aplicación de la reincidencia, pues en todos los casos se consideró que de todos modos la culpabilidad del sujeto permitía la pena impuesta. Tampoco hay que olvidar, por otra parte, que un número no menos importante de Sentencias de la misma Sala no aceptó la orientación analizada (así SS. 5-12-90, 18-1-91, 18-2-91, 14-3-91, 16-3-91).

III

El Tribunal Constitucional, en su ya citada Sentencia de 4-7-91, resolvió varias cuestiones de constitucionalidad promovidas por el Juez de Instrucción de Daroca (Zaragoza) declarando que la regulación de la reincidencia del CP es compatible, sin ninguna reserva, con la Constitución. Hay que entender, pues, que ello alcanza, entre otros aspectos, al esencial del carácter obligatorio de la agravación prevista para el caso de que concurra la circunstancia 10, 15.^a CP. Pero antes de referimos a las consecuencias que esta decisión tuvo y ha de tener en la dirección hasta aquí analizada de la Jurisprudencia del TS, conviene resumir los argumentos centrales de la sentencia del TC.

1. Empieza la Sentencia razonando que «no existe precepto alguno que proporcione una aproximación sobre cuál sea la naturaleza, fundamento y razón de ser de esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal». Constata a continuación la falta de unanimidad en la doctrina acerca de estos extremos, para llegar a la conclusión de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la regulación de la reincidencia debe decidirse atendiendo «no a las construcciones doctrinales formuladas respecto de la agravante ahora cuestionada, sino única y exclusivamente a la regulación y efectos que el Código Penal establece respecto de la misma».

a) Este posicionamiento metodológico merece alguna atención. Me parece correcto que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada regulación no se juzgue desde el exclusivo prisma de una particular concepción doctrinal que concurre con otras que conducirían a la solución contraria. La Constitución no está llamada a excluir determinadas opiniones doctrinales en beneficio de otras, si todas ellas gozan del mínimo de razonabilidad que hay que suponer cuando son defendidas por algún sector respetado por la comunidad científica. Al contrario, la Constitución ha de ser la casa común de muy diversas opciones inter-

pretativas de las normas ordinarias y hasta de la misma Constitución. Me atrevería incluso a sostener que, mientras que el TS puede casar una Sentencia por infracción de ley en base a una de las posibles interpretaciones de la misma, el TC no debe afirmar la inconstitucionalidad de una norma en base a una de sus posibles interpretaciones, aunque sus miembros puedan considerarla preferible, si admiten que existen otras también razonables y compatibles con la Constitución.

Hace ya años que dediqué una monografía a la reincidencia en el Código penal (5). En ella expuse y analicé críticamente las distintas fundamentaciones doctrinales del efecto agravatorio de la pena propio de la reincidencia (6). Tomé posición sobre el fundamento de la regulación del Derecho positivo (7), y acabé considerándolo insuficiente desde el punto de vista *de lege ferenda* para justificar el mantenimiento de aquella regulación (8). Pero, como el Tribunal Constitucional, no consideraría bastante mi actitud crítica frente a la regulación jurídico-positiva de la reincidencia para deducir su inconstitucionalidad. Es evidente que existen otros puntos de vista arraigados en la doctrina favorables a la agravación de la pena por reincidencia. Hay que suponer que el Derecho español refleja concepciones defendidas y defendibles en el Derecho comparado (incluso en países de Constituciones parecidas a la nuestra) y en la comunidad científica.

Creo que lo dicho vale aunque la opinión crítica pueda alegar en su favor determinados principios constitucionales y hasta una determinada concepción global de la Constitución. Los principios constitucionales y el sentido global de la Constitución admiten, por su carácter abstracto, aún más posibilidades de interpretación y concreción que regulaciones más precisas de las normas ordinarias. Personalmente defiendo una concepción de la función y límites que corresponden al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho como el acogido por la Constitución española, así como una construcción de la teoría del delito que estimo coherente con tal concepción; pero soy consciente de que ni el conjunto ni los detalles de tal planteamiento son los únicos *razonablemente compatibles* con la Constitución. Del mismo modo, aunque entiendo que la agravante de reincidencia es poco coherente con el espíritu de la Constitución, admito que ésta no se opone a la posibilidad de otra interpretación defendible.

b) Permítaseme resumir brevemente las conclusiones a que llegué en mi tesis doctoral sobre la reincidencia acerca del fundamento y crítica de la misma. Tras examinar la numerosas opiniones formuladas en la doctrina desde el siglo pasado acerca del fundamento de la agravación

(5) Vid. MIR PUIG, La reincidencia en el Código penal, 1974.

(6) Cfr. *op. cit.*, pp. 427-495.

(7) *Ibidem*, pp. 495-537.

(8) *Ibidem*, pp. 537-548.

de la pena por reincidencia, empecé por descartar las que sólo tomaban en consideración el elemento de repetición material de infracciones, sea para afirmar su repercusión en el injusto objetivo, sea como índice de peligrosidad o capacidad criminal de futuro del sujeto, sea como expresión de mayor culpabilidad de autor o por el hecho. Ninguna de tales fundamentaciones tienen en cuenta el requisito legal específico de la reincidencia representado por la condena anterior (9). Mayor acierto encontré en las construcciones que parten del reconocimiento del *sentido admonitorio* de la condena anterior y de la necesidad de tener en cuenta el significado que el mismo confiere a la comisión de una nueva infracción tras una condena (10). Sostuve, sin embargo, que ello no podía llevar a olvidar, como estas otras posiciones tienden a hacer, el elemento de repetición material de infracciones. Esta última puede verse como manifestación de un mayor *desprecio* de los bienes jurídicos, en general (reincidencia genérica, antes «reiteración») o de la clase de los concretamente afectados (reincidencia específica), y el hecho de que la repetición delictiva tenga lugar desconociendo el significado admonitorio de la condena personalmente sufrida añade a este aspecto el de *rebeldía* (11).

Este fundamento que entiendo subyace a la regulación de la agravante de reincidencia *en el derecho positivo* me parecía y me sigue pareciendo (12) profundamente criticable, y hace que aquella agravante aparezca como rechazable en el Derecho penal que aconseja la Constitución: en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos) y no una mera actitud interna del sujeto que, aun manifestada en el hecho, no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida. A ello debe añadirse, en sentido crítico, que la actitud de mayor desprecio y rebeldía manifestada por la repetición delictiva tras la condena no suele ir acompañada de una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria (13).

(9) Cfr. *Ibidem*, sobre todo pp. 477 s.

(10) Cfr. *Ibidem*, pp. 478 ss.

(11) Cfr. *Ibidem*, pp. 527 s.

(12) Cfr. MIR PUIG, Derecho penal cit., pp. 712 ss.

(13) Cfr. MIR PUIG, Reincidencia cit., pp. 537 ss.; *el mismo*, Derecho Penal cit., p. 713. En contra también del mantenimiento de la agravante de reincidencia: RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios I, p. 744; GARCÍA ARÁN, Criterios, p. 164; QUINTERO OLIVARES, Introducción, p. 278; MUÑOZ CONDE, Adiciones, p. 1226. Cfr. también BERGALLI, Recaída, pp. 69 y ss. Pide la supresión de la reincidencia, al menos como circunstancia de apreciación obligatoria, ASÚA BATARRITA, Reincidencia, pp. 460 s. En Alemania la 23.^a Ley de Reforma Penal de 13 de abril 1986 derogó la agravante genérica de reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad: así ROXIN, CPC n.º 30 (1986), p. 676. Se habían manifestado en contra de la agravación: FROSCH, op. cit., p. 105; HAFFKE, RÜCKFALL, pp. 197 ss.

Pero adviértase que, tanto la mayor parte de las fundamentaciones propuestas por otros autores como la mía propia, admiten que la segunda o ulteriores infracciones cometidas tras una condena anterior poseen un significado distinto a la primera, que les confiere *mayor gravedad* que a ésta. Que dicho significado distinto sea o no suficiente para justificar una agravación de la pena, es otra cuestión. Tradicionalmente la opinión dominante ha dado una respuesta positiva a la misma. Mi punto de vista, que ha ido ganando adeptos, es el contrario, pero ello no ha de llevar a desconocer que la posición tradicional no carece de todo fundamento. No se trata, pues, de que sea incomprensible y, por tanto, irracional atribuir al segundo delito mayor gravedad que al primeramente condenado. El delito antecedente no sólo es eso, un antecedente ya juzgado y pasado. Volver a delinquir es *insistir* en el delito, y hacerlo pese a haber sufrido en *carne propia* la concreta advertencia de una condena demuestra un significado de *rebeldía* específica. Con ello no hago más que describir algo profundamente arraigado en la propia valoración social de toda repetición de cualquier mal pese a habérselo reprochado a su autor. El hecho del reincidente, la reincidencia, es más grave que el primer delito. A mi juicio, la gravedad adicional del hecho del reincidente no ha de ser tratada con una agravación de la pena, pero constituye una realidad valorable y valorada de otro modo por otras concepciones doctrinales y legales —como la del Código penal español—.

En conclusión: si la Constitución no ha de ser un obstáculo a la pluralidad de interpretaciones de sus mismos principios y de las normas ordinarias, sino todo lo contrario, discrepar acerca de la justificación de una regulación como la de la reincidencia no es suficiente para afirmar su inconstitucionalidad. Para ello haría falta algo más, la ausencia de todo posible fundamento y, por tanto, la absoluta irracionalidad de aquella regulación, cosas que no concurren. O bien sería preciso probar que la reincidencia conculca algún principio determinado de la Constitución, como los alegados por el Juez de Darroca en su cuestión de constitucionalidad. Veámoslos y veamos la respuesta del TC.

2. a) Se aduce en primer lugar el *principio de culpabilidad*, en base al art. 1, 1 de la Constitución, «que define el Estado español como un Estado de Derecho», al principio de legalidad (arts. 9, 3 y 25, 1 CE) y a la dignidad del hombre y su derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 10, 1 CE). Sobre estos fundamentos entiende el Juez de Darroca que la Constitución reconoce «la doctrina de la culpabilidad como normalidad de la motivación». La agravación de la reincidencia se opondría a esta doctrina porque «por la complejidad de sus presupuestos fácticos, prescinde de la exigencia elemental del conocimiento del injusto por el sujeto». Aunque es notorio que con ello se está acogiendo mi concepción de la culpabilidad, que también yo mismo apoyo en la Constitución, es evidente que puede haber otras concepciones de la culpabi-

lidad compatibles con la Constitución. Asiste la razón al TC cuando responde que, por una parte, la consagración constitucional del principio de culpabilidad «no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación», y sobre todo que, por otra parte, «tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener(...) que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos». La aplicación de la agravante de reincidencia presupone, al contrario, que el sujeto *sepa* que ha sido condenado anteriormente (14).

No es correcto, en cambio afirmar, como hace el TC que el principio de culpabilidad que acoge la Constitución, y que aquél reputa independiente de toda opción por una doctrina de culpabilidad, consista únicamente en excluir la licitud de un Derecho penal «de autor». Si bien caben diversas concepciones de la culpabilidad compatibles con la Constitución, para determinar en qué consiste, cosa que no dice aquélla, es inevitable acudir a la doctrina, aunque sólo sea para obtener los elementos del concepto de culpabilidad que, por encima de matices diferenciales, se halle generalmente aceptado. Y un tal concepto, que en un sentido amplio exige la posibilidad de imputar suficientemente el hecho punible a su autor como sujeto racional, va más allá de la exclusión de un Derecho penal de autor.

b) Un segundo grupo de principios alegados en la cuestión de constitucionalidad se refiere a los fines de la pena. Se entiende que la agravación de pena de la reincidencia no puede desplegar ninguno de los fines que la pena puede perseguir en el «sistema constitucional». Parte de la base de que en el modelo de Estado de Derecho democrático acogido en el art. 1, 1 CE la pena sólo es admisible si es estrictamente necesaria para los fines de prevención del delito y, por otra parte, debe entenderse acogido el principio de proporcionalidad entre pena y culpabilidad. Todo ello se corresponde con el planteamiento que definiendo (15). Pero de nuevo tengo que dar la razón al TC cuando rechaza las consecuencias que de ello deriva el Juez de Daroca para la reincidencia. Ni puede decirse que la agravación de pena de la reincidencia no pueda desplegar un efecto intimidativo de prevención general respecto a todos los condenados anteriormente que se saben en tal situación, ni el hecho de que no consiga necesariamente la resocialización del sujeto puede hacerla inconstitucional. Respecto a lo primero no hacen falta ulteriores consideraciones; en cuanto a lo segundo, como dice la STC, «tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena», por lo que en los muy frecuentes casos en que la resocialización no es esperable no deja de ser constitucional la aplicación de la pena, si es necesaria para la prevención general.

(14) Cfr. MIR PUIG, Reincidencia cit., pp. 294 ss.

(15) Cfr. MIR PUIG, Derecho penal, pp. 97 ss.

Por lo que se refiere a la exigencia de proporcionalidad, el TC afirma que «es competencia del legislador», «dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho». La afirmación me parece demasiado radical, pues entendida literalmente vaciaría de contenido limitador al principio de proporcionalidad. Más prudente es la matización que más adelante añade: «es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/86, antes citada)». Sin embargo, es discutible que pueda admitirse como compatible con el principio de proporcionalidad *un cierto grado* de desproporción, y también es dudoso afirmar, como hace a continuación la STC, que en el caso de la reincidencia esta desproporción no sería en cualquier caso tan grave porque únicamente opera dentro del marco penal típico. La imposición de la pena en el grado medio o máximo en lugar de en el mínimo puede suponer un aumento de pena de meses o años. Si este aumento no guardara proporción con la mayor gravedad del hecho del reincidente, no podría admitirse simplemente como una desproporción de insuficiente entidad. Los que ocurre es —y esto es lo que debería haber señalado la STC— que no es absolutamente evidente, sino *opinable* si existe o no desproporción entre la agravación de la pena mencionada y la gravedad del hecho de reincidente, y siendo así, no puede considerarse inconstitucional la *opción* que acoge el Derecho vigente —aunque sea distinta a la que otras legislaciones y un importante sector actual de doctrina admite—.

c) Se alegan también como principios constitucionales infringidos por la regulación de la reincidencia los de *seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad* (art. 9, 3 CE) y de *igualdad* (art. 14 CE). El de seguridad jurídica se vulneraría, por una parte, por la imposibilidad que puede tener el sujeto de conocer debidamente el significado de su delito y pena anteriores, y, por otra parte, porque la agravación no se debe a una mayor culpabilidad sino sólo a una mayor peligrosidad del sujeto. El TC sólo contesta al primer aspecto, replicando con razón que los datos anteriores que ha de conocer el sujeto se hallan claramente determinados por la ley. El segundo aspecto también podría contestarse recordando que la mayor parte de fundamentaciones doctrinales de la agravación de pena de la reincidencia advierten una mayor culpabilidad o gravedad en el segundo hecho, y no sólo una mayor peligrosidad.

Al principio de igualdad se opondría una agravación carente de suficiente fundamento que aparecería como una discriminación injustificada. Responde el TC: «tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la CE». A mí y a otros no nos parece que lo primero sea «tan» razonable como lo segundo, pero admito

que por lo menos no es absolutamente irracional, por lo que acepto la conclusión del TC. Me remito a lo dicho más arriba.

El Juez de Daroca alega la transgresión de otros principios constitucionales como la *prohibición de tratos degradantes, el derecho a la presunción de inocencia y a utilizar medios de prueba pertinentes* (art. 24 CE) y el principio *non bis in idem*. El TC no encuentra, como es comprensible, dificultad alguna en rebatir los argumentos referidos al art. 24. Mayor entidad podría tener la objeción referida a la prohibición de *bis in idem*, si no fuera porque queda descartada ya por lo dicho acerca de la posibilidad de ver en la insistencia en el delito pese a la condena anterior un elemento que se manifiesta en el hecho reincidente que se juzga, como algo distinto al hecho anterior. Aunque se rechace el tratamiento penal de aquel significado del hecho del reincidente, puede admitirse que la agravación de la pena prevista para el mismo no supone volver a castigar de nuevo el delito anterior, sino un aspecto del hecho actual.

III

Sea como fuere, el hecho es que la STC que acabamos de comentar tiene fuerza vinculante para los Tribunales ordinarios, incluido el Supremo. Estos no pueden dejar de aplicar la agravación obligatoria de la pena prevista por el CP para el caso de que concurran los presupuestos de circunstancia décimoquinta del art. 10. Ni siquiera es admisible jurídicamente el planteamiento anterior de la Sala Segunda del TS según el cual dicha agravación sólo sería constitucional cuando *también* estuviese justificada por la gravedad de la culpabilidad determinada sin tener en cuenta la reincidencia. Sin embargo, al menos dos Sentencias del TS siguen insistiendo en esta línea (16). La primera, de 5-7-91, es sólo un día posterior a la STC que declaró la constitucionalidad de la regulación de la reincidencia en el CP. El señalamiento de la Vista correspondiente había tenido lugar para el día 24 de junio. En la Sentencia no se alude en ningún momento a la STC. Todo hace pensar que la Sala no pudo tomar conocimiento de la importante decisión del TC. La situación es completamente distinta en el momento en que se dicta la segunda de las Sentencias del TS a que he hecho referencia, de fecha 5-2-93.

Aunque tras la STC 4-7-91 se advierte una clara dirección de la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS que confirma sin ambages ni restricciones la constitucionalidad de la regulación vigente de la reincidencia, la STC 5-2-93 (del mismo Ponente que la STS 6-4-90 que inició el rechazo de la estimación automática de la reincidencia) vuelve

(16) También cree posible seguir manteniendo la línea jurisprudencial que inició la STS 6-4-90 ZUGALDÍA, El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del TS, en «Estudios de Jurisprudencia», año I, n.º 3, noviembre/diciembre 1992, p. 70.

a insistir en la doctrina superada por el TC. Como había ocurrido en todas las SSTs anteriores a la STC, tampoco en la STS 5-2-93 se admite que en el caso concreto objeto de recurso la aplicación de la agravante de reincidencia sea inconstitucional, pero vuelve a apuntarse la posibilidad de que en otro caso pudiera serlo. El recurrente había alegado infracción del principio *non bis in idem*. La STS responde:

«Ciertamente este principio ha sido reconocido como principio constitucional incluido implícitamente en el art. 25, 1 CE por el TC, pero esta Sala ha establecido desde las SS del TS 6-4, 15-10, 13-11 (17) y 5 y 26-12-90; 18-1 y 30-4-91, que el art. 10, 15 CP, en principio, admite una aplicación conforme a la CE que no vulnera dicho principio. En igual sentido se ha pronunciado posteriormente el TC en la S 150/91».

«La única razón que es posible alegar para sostener una vulneración del principio *non bis in idem* consiste en que la pena aplicada supera en el caso concreto la merecida según la gravedad de la culpabilidad por el delito cometido en la sentencia. En este caso tal plus sancionatorio implicaría una sanción por el delito cuya pena ya ha sido satisfecha y cuya culpabilidad, en consecuencia, ya ha sido cancelada».

«Pero esto no ocurre en el caso concreto, dado que no se percibe que el Tribunal de instancia haya aplicado al recurrente, que traficaba con drogas que producen grave daño a la salud, una pena superior a la gravedad de su reprochabilidad. A mayor abundamiento se señala que la pena aplicada no supera el grado medio, lo que implica que la Audiencia ni siquiera ha utilizado la posibilidad de agravar la pena que daba la apreciación de reincidencia».

No puede decirse, como hemos visto que viene a hacerse en esta Sentencia, que la STC 150/91, que hemos comentado más arriba, se manifestara «en igual sentido» que la dirección jurisprudencial que había venido negando la constitucionalidad de la aplicación automática de la reincidencia. Aquella STC declara sin restricción ni corrección alguna la compatibilidad con la Constitución de la regulación vigente de la reincidencia, regulación que establece la agravación *obligatoria* de la pena *siempre* que concurren los requisitos previstos en el art. 10, 15 CP. Esta regulación encuentra, a mi juicio, su fundamento (para mí insuficiente, pero suficiente para la ley y para otras legislaciones y otras direcciones doctrinales arraigadas) en la mayor gravedad que confiere al hecho del

(17) Pero la STS 13-11-90 que he podido encontrar sostiene, en contra de la línea aludida por la STS citada en el texto de 5-2-93, la constitucionalidad de la agravación obligatoria prevista en el CP. En este sentido, declara que «lo que no cabe discutir» es «que, en todo caso, la ley positiva, representada por el art. 10, 15 CP, impone a los Tribunales de Justicia de cualquier orden o categoría penal, hacer aplicación de ese precepto cuando se produzcan los requisitos necesarios para ello, como ocurre en el presente supuesto, en que el procesado fue objeto de condenas anteriores por varios delitos comprendidos en el mismo capítulo del enjuiciado (delitos de robo)».

reincidente el mayor desprecio y rebeldía que supone la insistencia en el delito pese a haber experimentado la admonición de la condena anterior «en carne propia». Este aspecto eleva la gravedad del hecho *por sí mismo y con independencia de la gravedad mayor o menor que indiquen otros factores de la culpabilidad por el hecho*. Al admitir que la reincidencia pueda considerarse por el legislador como expresión de una *específica* mayor gravedad *del hecho agravado*, el TC vino a considerar suficiente para la constitucionalidad de la agravación este sentido de la circunstancia de la reincidencia por sí mismo, que no depende del merecimiento de pena que determinen *otros* factores de la culpabilidad del hecho. Como vimos al analizar la dirección jurisprudencial superada por el TC, dicha dirección suponía en realidad rechazar la incidencia de la reincidencia, *por sí misma*, en la gravedad del hecho y, por tanto, su capacidad para fundamentar una agravación *específica* de la pena compatible con la Constitución. Esta concepción, abiertamente opuesta al CP, no puede seguirse manteniendo desde la STC 159/91.

Quien, como yo mismo, considere insuficiente el fundamento propio de la reincidencia para dar razón satisfactoria de su tratamiento penal en el Derecho vigente, no tendrá otra vía para evitarlo que pedir la *reforma de la ley*. La agravación de la pena por reincidencia debería suprimirse o, al menos, hacerse facultativa. Cuestión distinta es si en su lugar debe admitirse un tratamiento asegurativo *no punitivo* (medidas de seguridad) cuando la reincidencia o, simplemente, la habitualidad criminal, manifieste una considerable peligrosidad de comisión ulterior de delitos contra la vida y/o contra la libertad sexual (18).

(18) En sentido favorable a admitir en estos casos la imposición de una medida de seguridad posterior a la pena se manifestó en su momento la Propuesta Alternativa de Parte General del CP del Grupo Parlamentario Comunista: cfr. MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, CPC n.º 18 (1982), art. 110, p. 646.

NOTICIARIO

Nuevos Catedráticos de Derecho Penal

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal D. José Manuel Valle Muñiz, en la Universidad de Cantabria; D. Javier de Vicente Remesal, en la Universidad de Vigo; D.^a Rocío Cantarero Bandrés, en la Universidad de la Rioja; y D.^a Adela Asúa Batarrita, en la Universidad del País Vasco.

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVI

FASCICULO III

	<u>Págs.</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Responsabilidad por lesiones deportivas</i> , por Carlos García Valdés . . .	965
<i>Crítica formal del concepto de la omisión</i> , por D. José Ramón Serrano-Piedecasas	981
<i>Relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal</i> , por D. Francisco Javier Álvarez García.	1009
<i>El «insider trading»</i> , por D. Jacobo López Barja de Quiroga	1031
<i>La regulación del delito alimentario nocivo</i> , por D. Fernando Pérez Álvarez	1061
 CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas</i> , por D. Hans Joachim Hirsch	1099
 SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i> , por D. ^a M. ^a del Carmen Figueroa Navarro.	1125
 SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional</i> , por Santiago Mir Puig	1139
 NOTICIARIO	
<i>Nuevos Catedráticos de Derecho Penal</i>	1153

INDICE

	<u>Págs.</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Responsabilidad por lesiones deportivas</i> , por Carlos García Valdés . . .	965
<i>Crítica formal del concepto de la omisión</i> , por D. José Ramón Serrano-Piedecasas	981
<i>Relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal</i> , por D. Francisco Javier Álvarez García	1009
<i>El «insider trading»</i> , por D. Jacobo López Barja de Quiroga	1031
<i>La regulación del delito alimentario nocivo</i> , por D. Fernando Pérez Álvarez	1061
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas</i> , por D. Hans Joachim Hirsch	1099
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i> , por D. ^{ta} M. ^{ta} del Carmen Figueroa Navarro	1125
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional</i> , por Santiago Mir Puig	1139
NOTICIARIO	
<i>Nuevos Catedráticos de Derecho Penal</i>	1153

