

1-320262

345.46026
M385dP

1988

C-1

DERECHO PENAL ECONÓMICO PARTE GENERAL

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de A Coruña*



Surant lo bllanch
Valencia, 1998

ciertamente en los principios penales, tuviesen en cuenta las notables peculiaridades que presenta el fenómeno socio-económico.

III

LA CUESTION DEL BIEN JURIDICO

Bibliografía:

Además de los Tratados, Manuales y Comentarios de Parte general y de Parte especial que se citan al final de la obra, vid.: ARROYO ZAPATERO: **Derecho penal económico y Constitución**, en Revista penal, 1997, n.º 1; BAJO FERNANDEZ: **La Constitución económica española y el Derecho penal**, en **Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal**, L.H. Pereda, Bilbao 1983; BOTTKE: **Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas**, en L.H. Tiedemann, cit.; CARBONELL MATEU: **Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos**, en CDJ, 1994, XXXVI; DOVAL PAIS: **Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios**, en CDJ, 1994, XXXVI; GIMBERNAT ORDIG: **Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual**, en EPCr, XV, 1992; HASSEMER / MUÑOZ CONDE: **La responsabilidad por el producto en Derecho penal**, Valencia 1995; HERZOG: **Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge**, 1991; KINDHÄUSER: **Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico**, en L.H. Tiedemann, 1995, cit.; MARTINEZ-BUJAN PEREZ: **El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria**, en E.P.Cr., XVIII, 1995; MORALES PRATS: **Técnicas de tutela penal de los intereses difusos**, en CDJ, 1994, XXXVI; MUÑOZ CONDE: **Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos**, en Revista penal, 1997, n.º 1; MUÑOZ SANCHEZ: **El agente provocador**, Valencia 1995 (Prólogo de J. Cerezo); PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**, en **La reforma penal: delitos socio-económicos** (ed. de Barbero Santos), Madrid 1985; RODRIGUEZ MONTAÑES: **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**, Madrid 1994; RODRIGUEZ MOURULLO: **Los delitos económicos en el Proyecto de Código penal**, en ADPCP 1981; SCHÜNEMANN: **¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escamamiento?**, (trad. T. R. Montañés) en Cuadernos del C.G.P.J., n.º 8, 1991; SGUIBI: **Tutela penal de "intereses difusos"**, en **La Questione criminale**, 1975; SILVA SANCHEZ: **Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1.º del código penal**, en **AAVV Derecho de la circulación** 1993; TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**, Madrid 1995; TIEDEMANN: **Poder económico y delito**, Barcelona 1985; TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho penal económico**, Barcelona 1993; TORIO LOPEZ: **Los delitos de peligro**

hipotético, en ADP, 1981; TORIO LOPEZ: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva* en ADP, 1986; TORIO LOPEZ: *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en el libro *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2.ª ed., Bilbao 1994; VVAA: *Intereses difusos y Derecho penal*, CDJ, 1994, XXXVI.

En el capítulo anterior se puso de relieve la capital importancia que cabe atribuir a la institución del bien jurídico protegido a la vista de la perspectiva que se ha adoptado en el presente trabajo. Concebido como criterio rector para la delimitación de la agrupación de los delitos socioeconómicos, la categoría del bien jurídico plantea numerosas cuestiones de interés que deben ser resueltas con carácter previo al examen de las restantes cuestiones generales. Por lo demás, no se olvide que —según se anticipó— la legitimidad de la intervención penal en el terreno económico dependerá en buena medida fundamentalmente de la posición que se adopte ante la teoría del bien jurídico. Por último, en el seno de la institución del bien jurídico procede estudiar diversas peculiaridades que son comunes a los delitos económicos y que contribuyen a reforzar la autonomía científica de este sector del Derecho penal.

3.1. *La diferenciación entre bien inmediato y bien mediato*

El primer aspecto que procede aclarar es el relativo a la necesidad de diferenciar nítidamente los conceptos de bien jurídico inmediato y de bien jurídico mediato. Tanto a la hora de estudiar la teoría general del bien jurídico como llegado el momento de examinar el objeto jurídico de las concretas figuras delictivas ha venido siendo frecuente en nuestra doctrina —por influencia de la doctrina extranjera, especialmente la italiana— aludir a un bien jurídico «mediato» como noción diferente de la de bien jurídico «inmediato», el cual —por contraposición, a su vez, a aquél— recibe asimismo el nombre de bien jurídico específico o bien jurídico directamente tutelado.

Esta última noción sirve para rellejar la institución del bien jurídico protegido en sentido técnico, en tanto que elemento básico de todo delito. Por el contrario, la noción de bien jurídico mediato posee un significado diferente, que se vincula a la llamada «*ratio legis*» o «finalidad objetiva de la norma» y que, dicho sintéticamente, expresa las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. Por tanto, aunque en algunos casos el contenido de ambas nociones pueda coincidir, conviene dejar claro que en otros casos ello no sucede así y que, desde luego, ambas nociones deben ser siempre conceptualmente

deslindeadas. En efecto, el bien jurídico técnicamente tutelado por una determinada norma penal no tiene por qué identificarse con la finalidad última perseguida por el legislador cuando se decide a crear dicha norma. Como escriben COBO/VIVES (P.G., p. 295), las razones motivadoras de la incriminación de una conducta tendidas en cuenta por el legislador, así como las finalidades político-criminales perseguidas con ella, podrán ciertamente encontrarse tras el bien jurídico e incluso conferirle sus últimas precisiones, pero no deben ser confundidas con éste: es más, la «*ratio legis*» puede verse ya satisfecha desde la previsión legislativa, mientras que el bien jurídico técnicamente tutelado *siempre* ha de resultar lesionado o puesto en peligro por la realización del delito.

Definidos de esta manera, hay que subrayar, pues, que únicamente es el bien jurídico inmediato (bien jurídico por antonomasia) el que se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de que su vulneración (su lesión o su puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo (vid. por todos LUZÓN, P.G. p. 302) y, por tanto, dicha vulneración habrá de ser abarcada por el dolo o la imprudencia del agente. Por lo demás, la noción de bien jurídico inmediato es la que debe servir de principal referencia para designar las diversas funciones que tradicionalmente se han venido atribuyendo a esta institución en la Ciencia del Derecho penal (vid. p.ej. COBO/VIVES, P.G., pp. 294 y ss., LUZÓN, P.G., pp. 328 y s.; MIR, P.G., L. 6/42-45), señaladamente la función «interpretativa», en virtud de la cual el bien jurídico desplegará una relevante misión en la tarea de descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación teleológica, que, como es sabido, en Derecho penal es la que posee la máxima significación.

Por el contrario, la vulneración del bien jurídico **mediato** no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tiene por qué exigir que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él. Con arreglo a lo expuesto, hay que convenir en que el concepto de bien mediato desempeña una función mucho más modesta en Derecho penal, sobre todo porque —aparte de lo dicho— no servirá como criterio básico para llevar a cabo la antecitada función «interpretativa».

Ello no obstante, no puede indicarse que la noción de bien jurídico mediato carezca de toda trascendencia, puesto que sí podrá poseer incidencia en el adecuado cumplimiento de otras funciones que se asignan al bien jurídico. Así sucederá, sobre todo y desde luego, en el caso

de la función de límite y orientación del *ius puniendi* (función político-criminal atinente a la posible creación o supresión de delitos) y en el caso de la función sistemática (referente a la clasificación y a la sistematización de los grupos de delitos), pero también podrá tener influencia en la función de criterio de medición o determinación de la pena (en la medida en que la posible incidencia mediata sobre un bien jurídico adicional al directamente protegido pueda tomarse en consideración, como un dato más, para la determinación de la gravedad del injusto, a los efectos de determinar «la mayor o menor gravedad del hecho» en las hipótesis en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes del art. 66, 1.^a

En lo que concierne al vigente Derecho penal español cabe señalar que el art. 287 del C.P., que es una norma que en principio es susceptible de ser aplicada a todos los delitos incluidos en el Capítulo XI del Título XIII, se reconoce (a los efectos de eliminar el requisito de la denuncia previa) que cualquiera de dichos delitos puede afectar a intereses generales. Y lo mismo cabe decir del art. 296 en referencia a las figuras delictivas contenidas en el Capítulo XIII de dicho Título.

Así las cosas, conviene insistir en la idea de deslindar en el tema que nos ocupa claramente las nociones de bien jurídico inmediato y bien jurídico mediato. Es más, tal vez no sea exagerado decir que es precisamente en la esfera de los delitos socio-económicos en donde se evidencia una mayor necesidad de efectuar dicha diferenciación, habida cuenta de que en la inmensa mayoría de estas figuras delictivas es posible descubrir un bien jurídico inmediato o directamente tutelado (bien jurídico en sentido técnico) y un bien jurídico mediato. Y, en este sentido, no se olvide que la relevancia de este último concepto se deriva del hecho de que en el marco de los intitulados delitos socio-económicos en sentido amplio algunas figuras delictivas que preservan técnicamente un bien patrimonial individual tienen cabida en esta categoría precisamente por su proyección mediata sobre el orden económico. Con razón han podido escribir al respecto BAIOSUAREZ (P. E., p. 563) que el orden económico en sentido amplio aparece «como un bien jurídico de segundo orden detrás de los intereses patrimoniales individuales».

Pues bien, lo que interesa señalar es que, partiendo de esta última premisa, siempre se ha podido constatar una gran inseguridad en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de señalar en determinadas figuras delictivas cuál es el bien jurídico inmediato y cuál el bien jurídico mediato. Y la cuestión se complica todavía más si se repara en la circunstancia de que, si bien el objeto jurídico mediato será siempre

supraindividual en la esfera de los delitos socio-económicos, el objeto jurídico directamente tutelado podrá ser individual o supraindividual.

En otras palabras, y en lo que atañe al Derecho penal español, cabe recordar que, asumida la amplia caracterización del grupo de los delitos socio-económicos, hemos partido de la base de que podremos reconducir al mismo delitos que, a pesar de afectar en primera línea a un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual (ej. propiedad industrial, secretos industriales, delito societario de administración fraudulenta), poseen la aptitud para proyectarse mediatamente sobre un interés de índole supraindividual; pero, a su vez, será factible comprobar también cómo en delitos (y gr., la defraudación tributaria) en que técnicamente se preserva un bien jurídico supraindividual podrá existir además un bien mediato (de carácter inmaterial éste) diferente (vid. MARTINEZ-BUJAN, 1995, pp. 127 y ss.).

En síntesis, de todo cuanto se acaba de exponer cabe deducir la importancia que ostenta señalar con precisión en el examen de cada figura delictiva en particular cuál es el bien jurídico inmediato y cuál el bien mediato.

3.2. Las diversas caracterizaciones de los bienes jurídicos: bienes individuales y bienes supraindividuales; bienes generales y bienes difusos

En apartados anteriores se ha repetido en diferentes ocasiones que en el ámbito de los delitos socio-económicos latamente concebidos podremos encontrarlos tanto con delitos que tutelén directamente un bien jurídico **individual** (con proyección mediata sobre el orden socio-económico) como con delitos destinados a proteger un bien jurídico de naturaleza **supraindividual**.

Ahora bien, antes de plantear cualesquier cuestiones en materia de bien jurídico, importa aclarar que dentro de lo que he convenido en denominar bien jurídico «supraindividual» es imprescindible efectuar una subdivisión, acompañada de ulteriores explicaciones acerca de la terminología adoptada, habida cuenta de que en la doctrina y en la jurisprudencia no siempre reina unanimidad a la hora de expresar el significado de los diversos conceptos.

En páginas anteriores he empleado el vocablo «supraindividual» referido a un bien jurídico en el sentido más genérico y elemental, a saber, para denotar un bien jurídico que **no** es de naturaleza individual. Se trata, por ende, de una noción puramente negativa. Recuérdese que

el prefijo latino «*supra*» es un elemento compositivo utilizado en lengua española con el significado de «arriba» o «encima de algo». Y, precisamente por esta razón, conviene aclarar que, así concebido, se trata de un término que carece de la precisión deseable.

A mi juicio, hay una expresión que debería ser empleada como sinónima de la de «bienes supraindividuales»: se trata de la expresión «bienes **colectivos**». Aunque en la doctrina pueden descubrirse diferentes entendimientos de ésta, abundando el que la identifica con la de bienes sociales generales, lo cierto es que, en puridad terminológica, conforme al Diccionario de la Real Academia española, el adjetivo «colectivo» no autoriza a efectuar dicha identificación. Antes al contrario, en su primera acepción este adjetivo denota la cualidad de ser «perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos», en atención a lo cual nada obliga a circunscribir su significado al supuesto de la agrupación general de todos los individuos en sociedad, sino a cualquier clase de grupo sectorial. Es más, en la acepción sexta del Diccionario, en la que recientemente se ha venido a admitir el novedoso significado sustantivado, un «colectivo» es «cualquier grupo unido por lazos profesionales, laborales, etc.».

Y es que, en efecto, se impone ante todo una distinción básica dentro de los bienes **supraindividuales** o **colectivos**: de un lado, hay bienes jurídicos **generales**, que se caracterizan por ser intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social; de otro, hay bienes jurídicos que —en expresión moderna que ha cobrado fortuna— se han denominado «**difusos**», que, a diferencia de los anteriores, no son intereses que afectan a la totalidad de las personas. Pues bien, procede indicar que en el marco de la categoría de los delitos socio-económicos que aquí se examina se cuentan figuras delictivas que pueden ser integradas en uno u otro grupo.

Que este tema no es ocioso lo demuestra el dato de que es frecuente constatar en nuestra doctrina científica un cierto divorcio conceptual en torno a dichas nociones. Así puede deducirse, p.ej., del siguiente pasaje de la obra de un autor tan destacado como MIR (P.G., L. 6/37): «en la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material —lo que se llaman los «intereses difusos»—» (citando explícitamente a SGUIBI como autor de esta última expresión). Vid. asimismo el amplísimo contenido que otorgan algunos autores al concepto de «intereses difusos» (VARIOS, en CDJ, XXXVI, 1994).

Frente a asimilaciones de este último tenor, conviene recordar que el concepto de «intereses difusos» fue empleado por vez primera en un

sector de la doctrina italiana, en concreto por el antecitado SGUIBI (1975, pp. 439 y ss.), para referirse a nuevos intereses jurídicos que ciertamente no son, desde luego, intereses individuales, pero que tampoco son intereses sociales generales. Como ha escrito acertadamente en nuestra doctrina TORIO (1994, p. 143), exponiendo los contornos que delimitan esta categoría de progeñie italiana, los intereses sociales generales son intereses de **todos**, en tanto que el interés difuso es un interés **sectorial**. El interés difuso (sectorial) puede considerarse como algo característico de grupos extraordinariamente amplios de sujetos, pero carente de un radio ilimitado de expansión, que, además, posee un intrínseco sentido dialéctico, en la medida en que puede oponerse a otros grupos sociales. Un interés sectorial que, a su vez, se distingue perfectamente de los derechos subjetivos clásicos reconocidos por el Derecho civil. Así las cosas, es menester aclarar que alguno de los bienes jurídicos antes aludidos, como el medio ambiente o la salud pública, no son reconducibles a la categoría de los intereses jurídicos difusos, sino que se trata de auténticos intereses sociales generales porque son sin duda intereses compartidos por la generalidad de los miembros del cuerpo social.

Por lo demás, y en lo que respecta al tema que aquí nos afecta, tampoco se puede sostener sin más que la «economía nacional» o el orden económico representan un interés difuso. Ante todo porque, según vimos en su momento, habría que empezar por designar a qué clase de orden económico (sentido amplio o sentido estricto) nos estamos refiriendo. En efecto, si hablamos del orden económico en sentido estricto, entonces hay que descartar de plano que quepa hallar aquí un interés difuso, puesto que, concebido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía, dicho orden representa sin duda un interés social general. Si, por el contrario, en lo que se está pensando es en el orden económico en sentido amplio (que, como sabemos, nunca aparecerá por sí mismo como objeto directo de protección), entonces sí podrá hablarse con rigor de la tutela de bienes jurídicos difusos en algunos casos, esto es, en la medida en que se acredite que en una determinada figura de delito estemos ante un interés económico sectorial de un grupo interviniente en el mercado, ese será el caso, v.gr., de los genuinos delitos económicos de consumidores.

En resúmenes cuentas, en la esfera de los delitos socio-económicos el bien jurídico técnicamente protegido podrá ser un bien de naturaleza **individual** o de naturaleza **supraindividual**, y, dentro de esta segunda categoría, a su vez, puede tratarse de un bien jurídico **social general** o de un bien jurídico **difuso**.

Parece innecesario insistir en la necesidad de que la labor hermenéutica proceda con suma cautela de cara a fijar con precisión la naturaleza del bien jurídico de acuerdo con el esquema que se acaba de exponer, así como de cara a determinar en su caso cuál es el bien inmediato y cuál el mediato.

3.3. *El «orden económico» como posible bien jurídico penalmente protegido. Referencia a los bienes inmateriales «institucionalizados» y su idoneidad como bienes jurídicos directamente protegidos*

Con el bagaje argumental que se ha consignado en los apartados anteriores en torno al bien jurídico estamos en condiciones ahora de profundizar en una de las cuestiones que ha suscitado mayor controversia en la doctrina española. Me refiero a la calificación del «orden económico» como bien jurídico protegido.

Conviene recordar que la polémica proviene ya de la publicación del Proyecto de C.p. de 1980, cuyo Título VIII del Libro II aludía —como sabemos— a los «Delitos contra el orden socio-económico». Ante esta novedad sistemática de la Parte especial frente al C.p. a la sazón vigente, un sector doctrinal, a partir de una determinada lectura de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1980, dirigió sus críticas hacia el referido Título VIII en su conjunto, sobre la base de concebir el orden socio-económico como bien jurídico protegido.

Sin embargo, según indiqué (vid. *supra* II, 2.5.1), aunque en la repetida Exposición de Motivos se hablaba de un «objeto de protección penal», tal expresión no prejulgaba que el orden económico constituyese el bien jurídico en sentido técnico, sino que más bien se utilizaba en el sentido genérico de objetivo político-criminal o, dicho de otro modo, en el sentido de designar un criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictivas en atención a lo que se viene entendiendo por orden económico como objeto de protección constitucional y jurídica (BAJO, 1983, pp. 175 y ss.; R. MOURULLO, 1981, pp. 717 y s.).

Por lo demás, en lo tocante al orden económico como objeto de tutela penal, procede añadir ahora que —como han indicado BAJO/SUAREZ (P.E., 1993, p. 566)— su configuración habrá de concebirse en sentido equivalente al «orden económico y social justo», a que alude el preámbulo de nuestra Constitución y que comporta una determinada dosis de participación estatal, imprescindible para la conformación del sistema de economía mixta instaurado por el texto fundamental español.

Así las cosas, la respuesta al interrogante formulado acerca de la conceptualización del orden económico como bien jurídico tutelado en el denominado Derecho penal económico exige, obviamente, empezar por diferenciar las dos categorías de delitos económicos.

Es evidente que en los delitos económicos **en sentido amplio** el orden económico nunca podrá constituir un bien jurídico directamente tutelado en el sentido técnico antes relatado, o sea, en el sentido de que su vulneración (su lesión o puesta en peligro) se halle incorporada implícitamente a cada tipo de injusto de la infracción correspondiente, con las consecuencias dogmáticas que de ello se derivan. Como sabemos, es consustancial a esta subcategoría el hecho de que, al lado del bien mediano, existirá siempre un bien jurídico específico en sentido técnico, que normalmente será incluso un bien jurídico patrimonial de naturaleza puramente individual, aunque en algunos casos pueda tratarse de un bien de índole supraindividual. Con todo, el orden económico sí podrá ser catalogado como bien jurídico mediano genérico, integrado en la *ratio legis*, de todas esas figuras delictivas. Precisamente, tal y como se señaló más arriba, la proyección mediana sobre el orden económico es uno de los criterios básicos de identificación de la categoría de los delitos económicos en sentido amplio. Es más, aun en el supuesto de que en cada caso particular pueda, a su vez, identificarse de forma más o menos precisa un aspecto del orden económico general como bien mediano dotado de mayor concreción, lo cierto es que en última instancia todas las figuras delictivas podrán ser reconducidas al concepto más genérico y superior del orden económico.

Por su parte, de forma parcialmente diferente, y más compleja, se plantea el tema en lo que atañe a los denominados delitos económicos **en sentido estricto**. En principio pudiera pensarse aquí que el orden económico aparece como bien jurídico **directamente** protegido. Sin embargo, esta afirmación sólo puede ser aceptada si se acompaña de importantes matizaciones. Quienes, como BAJO/SUAREZ (P.E., 1993, p. 565), admiten de alguna manera que el orden económico en sentido estricto pueda ser considerado como un bien jurídico penal directamente tutelado en algunas figuras delictivas se apresuran a aclarar a renglón seguido que tal consideración sólo es sostenible en la medida en que se matice que dicho orden económico, entendido como regulación jurídica, se concreta en un específico y determinado interés jurídico del Estado, diferente en cada delito en particular.

Es más, según advierten acertadamente los citados autores, ni siquiera en los delitos en que existe una mayor identificación entre el concepto de orden económico como interés y su regulación jurídica (como acontece en los delitos monetarios) puede afirmarse, en rigor, que se agota en dicha noción el proceso de depuración del bien jurídico. En efecto, más allá de una genérica regulación jurídica del intervencionismo estatal (por más que se adjective incluso con una referencia a las transacciones exteriores), en los mencionados delitos es posible hablar de un objeto jurídico dotado de mayor precisión y definido como el interés de la Administración

publica en el control de los medios de pago internacionales. Y con mayor motivo cabe hallar un bien jurídico revestido de más concreción en las restantes figuras delictivas que afectan al orden económico en sentido estricto, como sucede, v. gr., en los delitos relativos a las alteraciones de precios, cuyo bien jurídico se concreta en el interés jurídico que posee el Estado en la consecución de una determinada política de precios, o sucede también en el delito de defraudación tributaria, en el que el bien jurídico directamente protegido se concreta en el patrimonio del Erario público.

En otro orden de cosas, hay que aclarar que, pese a que en alguna ocasión se haya mencionado también la «economía nacional» para designar un posible bien jurídico protegido en esta clase de delitos, hay que convenir con BAJO/SUAREZ (P.E., 1993, p. 566) en que la expresión «economía nacional», empleada en el art. 38 de la Constitución española, es una expresión tan vaga que carece de contenido conceptual y que, por tanto, no puede constituir bien jurídico alguno.

A mi juicio, una adecuada comprensión del problema del bien jurídico en los delitos contra el orden económico en sentido estricto exige diferenciar realmente también un bien jurídico mediato, que se caracteriza en todo caso por tratarse de un bien colectivo **imaterial** o **institucionalizado** (integrado por el orden económico general, aunque éste sea susceptible de subdivisión de acuerdo con sus diversas funciones), y un bien jurídico **inmediato**, que es el interés directamente tutelado en sentido técnico.

Esta diferenciación puede ser correctamente explicada a partir de las construcciones elaboradas en la doctrina alemana por autores como SCHÜNEMANN, ROXIN o JAKOBS cuando hablan, respectivamente, de delitos con «bien jurídico intermedio espiritualizado» (los dos primeros) y de delitos con bien jurídico «con función representativa» (el tercero). En efecto, estas construcciones —analizadas en la doctrina española concienzudamente por RODRIGUEZ MONTAÑES— (1994, pp. 300 y ss.) surgen para ser aplicadas a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o espiritualizados, con respecto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o de una puesta en concreto peligro, toda vez que la vulneración de dichos bienes nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino a través, en su caso, de una reiteración generalizada de conductas; de ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo, la acción individual carezca de la necesaria lesividad. Por consiguiente, la técnica de tipificación que se propone para tutelar aquellos bienes jurídicos inmateriales que se consideran dignos de protección penal es la de construir la figura delictiva sobre la base de un bien intermedio «representante» o con función representativa, que es el que ha de resultar **inmediatamente** lesionado (o, en su caso, puesto en

concreto peligro) por el comportamiento típico individual, y sin que, por su parte, sea preciso acreditar esa efectiva lesividad (lesión o peligro concreto) para el bien inmaterial **mediatamente** protegido. Precisamente, la «abstracta peligrosidad» de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión (o puesta en concreto peligro) reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa. Seméjante construcción posee como único correctivo típico, según sus defensores, los supuestos de «ataques mínimos», en los cuales la conducta será atípica sobre la base del principio de insignificancia. Por lo demás, en lo que atañe a las exigencias de la imputación subjetiva, se destaca que es suficiente con que el dolo o la imprudencia del sujeto abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos (sin necesidad de corrección alguna), bastando con que se conozca la vulneración del bien representante inmediatamente protegido y sin que sea necesario acreditar el conocimiento del bien mediato representado. En síntesis, el menoscabo del bien jurídico mediato o representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo.

Por consiguiente, la aludida construcción de los delitos con bien jurídico intermedio «espiritualizado» o con bien jurídico «con función representativa» sería perfectamente trasladable a los delitos económicos en sentido estricto. De hecho la propia R. MONTAÑES proyecta la referida construcción a delitos económicos tales como los delitos monetarios o los delitos contra la Hacienda pública, sobre la base de entender que en ellos se protegen mediatamente estructuras básicas de la vida económica, pero a través de una serie de conductas concretas que, aunque no comportan individualmente una lesión (o, en su caso, puesta en peligro) de la economía estatal, sí podrían llegar a producirla mediante la práctica repetida y generalizada de dichas conductas (pp. 303 y s., n. 347).

Y es que, en efecto, tomando precisamente el ejemplo de los delitos tributarios, puede descubrirse un bien jurídico inmaterial mediato, que vendría integrado por el correcto funcionamiento del orden económico en este ámbito (o sea, por el adecuado cumplimiento de las funciones que el tributo está llamado a cumplir), y un bien jurídico específico inmediato con función representativa, que vendría constituido por el patrimonio del Erario o, si se prefiere, por la recaudación tributaria. De este modo, la acción defraudatoria individual del sujeto que deja de ingresar en las arcas públicas los impuestos debidos **lesiona** el bien jurídico inmediato o directo, mas no ocurre lo mismo con el bien jurídico mediato o representado del correcto orden económico en cuanto a las funciones tributarias. Este último solo puede ser abstractamente puesto en peligro a través de la reiteración y generalización de conductas defraudatorias individuales. Por lo demás, la exigencia de un límite cuantitativo como característica del resultado material del tipo (reputando atípicos aquellos ataques al bien jurídico situados por debajo de ese límite) supone un

reconocimiento expreso por parte del legislador del principio de insignificancia, como elemento corrector de la intervención penal en este terreno. Por último, de lo anterior hay que colegir que lo único que habrá de acreditar el intérprete, desde la perspectiva del desvalor de resultado, es que la acción defraudatoria individual ha lesionado el patrimonio del Erario, sin que sea necesario comprobar el menoscabo que se produce en el bien mediato, el cual carece de relevancia directa como criterio rector interpretativo del tipo; por su parte, en lo que atañe a la vertiente subjetiva del delito, el dolo del autor debe limitarse a conocer la lesión de dicho patrimonio sin que, en cambio, el peligro para el orden económico tributario tenga que ser abarcado por el dolo del agente (vid. MARTINEZ-BUJAN, 1995, pp. 169 y ss.).

También ARROYO (1997, pp. 7 y s.) ha propuesto acoger esta construcción de los bienes jurídicos colectivos inmateriales no reconducibles a bienes jurídicos individuales con objeto de ser aplicada a delitos como el de abuso de información privilegiada en el mercado de valores o como los relativos al medio ambiente.

En fin, como recapitulación general de todo lo expuesto en el presente epígrafe, puede extraerse, por una parte, la conclusión de que en los delitos económicos en sentido amplio el orden económico nunca aparecerá como bien jurídico protegido en *sentido técnico*; por otra parte, también hay que llegar en rigor a su vez a la misma conclusión en el caso de los delitos económicos en sentido estricto.

3.4. La tesis de TIEDEMANN sobre los bienes jurídicos «intermedios». Valoración crítica

Una cuestión parecida —aunque desde luego no idéntica— a la que se acaba de reproducir en páginas anteriores se ha planteado con relación a la conocida tesis formulada por TIEDEMANN sobre lo que él ha denominado bienes jurídicos supraindividuales «intermedios». Dicha formulación fue acogida explícitamente por el P.A. alemán en materia de delitos económicos y por un autorizado sector doctrinal, siendo perfileada con posterioridad por el citado penalista alemán en sucesivos trabajos.

Pese a que semejante tesis no siempre ha sido adecuadamente interpretada, es claro que no surge para ser aplicada a los delitos económicos en sentido estricto (o sea, a las infracciones penales en el ámbito del Derecho administrativo regulador de la intervención del Estado en la economía), sino precisamente a delitos que conceptualmente están de forma necesaria fuera de dicha categoría. La construcción de la teoría de los bienes jurídicos intermedios es pergeñada por TIEDEMANN (vid. 1993 p. 35) para referirse a bienes jurídicos supraindividuales de

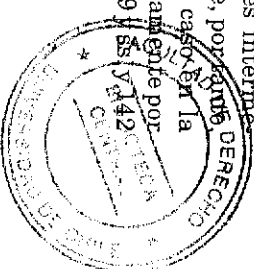
la esfera económica que no pueden ser incluidos en la categoría de los intereses jurídicos pertenecientes al Estado, pero que tampoco pueden ser identificados con los intereses de un sujeto económico individual que interviene en el tráfico económico.

La necesidad político-criminal de recurrir a semejante tesis no requiere mayores explicaciones. Ante los problemas de legitimación que plantea la intervención del Derecho penal en materia económica (evidenciados en la creación de nuevos delitos que no afectan al núcleo histórico de figuras delictivas construidas en torno a los bienes jurídicos tradicionales), no puede resultar extraño que se haya recurrido al expediente de otorgar verdadera carta de naturaleza a nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo, cuya identificación y autonomía justificaría además técnicamente la tipificación de modernas figuras que afectan a la vida económica.

Como sabemos, el Proyecto alternativo alemán en materia de delitos económicos no llegó a convertirse en ley. Sin embargo, su contenido inspiró algunas figuras delictivas creadas por el legislador alemán en diversas leyes especiales e incluso en el propio Código penal. Pues bien, desde un plano ya de *lege lata* se ha podido sostener que en la base de la creación de modernos delitos económicos introducidos en el C.p. alemán, como, v. gr., la estafa de computadoras, la estafa de subvenciones, la estafa de inversión de capital o la estafa de crédito, existe siempre la vulneración en primera línea de un bien jurídico supraindividual —sea de carácter general, sea de carácter difuso— que, por lo demás, resultaría lesionado ante cada acción defraudatoria individual realizada en el caso concreto. Se trataría, por tanto, de la lesión de bienes jurídicos supraindividuales del orden económico, con inclusión de los instrumentos protegidos en el moderno tráfico económico. Así se vulnerarían, respectivamente, según la enumeración antecitada, bienes jurídicos tales como el correcto procesamiento de datos electrónicos como instrumento imprescindible de la vida económica moderna o el adecuado funcionamiento de las finanzas estatales, del mercado de capitales o del régimen de créditos (vid. TIEDEMANN, 1993, p. 34 y bibliografía que se cita).

Sin embargo, frente a la tesis expuesta se han esgrimido dos clases de objeciones.

Por un lado, desde una perspectiva político-criminal, se ha argüido por parte de los autores encuadrados en la Escuela de Frankfurt (HASSEMER, HERZOG, ALBRECHT) que la tutela de semejantes bienes jurídicos, definidos como bienes «supraindividuales intermedios», no permite justificar el recurso al Derecho penal y que, por tanto, «DERECHO PENAL ECONOMICO» debería ser una rama del Derecho administrativo o civil (vid. ampliamente por todos HERZOG, 1991, pássim, especialmente pp. 70 y ss., 109 y ss. y 142 y ss.; HASSEMER / MUNOZ CONDE, 1995, pp. 28 y s.).



Por otro lado, partiendo de la base de que no cabe oponer reparos de entidad a la legitimación de la intervención del Derecho penal en el terreno socio-económico, se ha razonado, desde una perspectiva puramente técnica, que no puede considerarse adecuada la tesis de construir determinados delitos económicos sobre los cimientos de bienes supraindividuales intermedios (así, cabe citar a autores como SCHÜNEMANN, BOTTKE, VOLK, KINDHÄUSER).

Es más, desde esta segunda perspectiva se añade críticamente que los mencionados problemas de legitimación del Derecho penal en la esfera económica no sólo no se resuelven a través de la tesis de los bienes «intermedios», sino que, al contrario, se incrementarían notablemente porque el gigantesco organismo de la economía de mercado es insensible en su función global a las acciones defraudatorias individuales. En atención a ello, se objeta a la tesis de TIEDEMANN que los aludidos bienes jurídicos colectivos en modo alguno pueden verse *lesionados* por la ejecución de una conducta delictiva de un sujeto en particular y, yendo todavía más allá, se llega a afirmar que tampoco son susceptibles de ponerse en peligro por dicha conducta, incluso ni siquiera en peligro abstracto (SCHÜNEMANN, 1991, p. 35). En resumidas cuentas, se ha criticado que tanto desde el punto de vista de su justificación como desde el prisma de su configuración técnica la formulación de TIEDEMANN conduciría a soluciones inaceptables en la medida en que los sedicentes bienes jurídicos en que se asentarían los diversos delitos económicos serían meras expresiones vacías sin una existencia real, con la consecuencia de que tales intereses jurídicos serían incapaces de desempeñar las más elementales funciones que se atribuyen al concepto de bien jurídico.

Así las cosas, los penalistas que, pese a no compartir la tesis de la idoneidad de los bienes jurídicos intermedios, reputan necesaria la intervención del Derecho penal en el ámbito socio-económico proponen una fundamentación diferente, ligada consecuentemente a una reorientación técnica de las figuras típicas delictivas. En este sentido, tomando como base los antecitados modernos tipos defraudatorios que recientemente se han incorporado al Código penal alemán, se argumenta que la solución consiste en reforzar la técnica de tutela de los bienes jurídicos individuales, estimando que el objeto jurídico protegido consiste en el patrimonio y/o la mera libertad de disposición económica frente a las conductas fraudulentas (vid. especialmente SCHÜNEMANN, 1991, p. 35, KINDHÄUSER, 1995, pp. 446 y s.).

Por lo demás, quienes, como estos últimos autores, recurren a la identificación de tales bienes jurídicos delictivos simultáneamente la presencia de los modernos tipos defraudatorios económicos en el C.p. alemán, sobre la base de estimar que en una economía de libre mercado el interés general ha de entenderse equivalente a la suma de los intereses individuales de todos los intervinientes en el mercado. O, dicho de otro modo, el Derecho penal económico estaría orientado desde esta perspectiva, ante todo, a proteger al ciudadano en su actividad como sujeto

económico; pero, con la peculiaridad de que de la suma de todas esas protecciones globalmente consideradas se derivaría como efecto insoslayable la tutela del propio sistema de economía de mercado (así, cfr. SCHÜNEMANN, p. 36). En sentido similar se ha pronunciado KINDHÄUSER (p. 445 y nota 9). Partiendo de la base de que los bienes jurídicos dignos de tutela penal en el ámbito socio-económico son aquellos que tienen como misión preservar las condiciones para el libre desarrollo del individuo en sociedad siempre que dichas condiciones se inscriban dentro de las competencias del Estado (lo que él denomina «condiciones de seguridad jurídicamente garantizadas»), estima que la vulneración de un bien jurídico individual es a la vez socialmente dañosa en la medida en que el cumplimiento de las normas que protegen bienes jurídicos individuales se erige simultáneamente en presupuesto elemental de toda sociedad jurídicamente reglada.

Llegados a este punto, una vez examinadas la tesis de TIEDEMANN y las objeciones formuladas a la misma, estamos en condiciones de valorar los términos del debate.

Partiendo de la premisa (que con carácter general considero correcta con todas las matizaciones y cautelas que proceda efectuar) de que la intervención del Derecho penal en este terreno resulta legítima, creo que, en el banco de pruebas de los delitos económicos españoles, puede llegarse a una posición en cierto modo intermedia y conciliadora entre la tesis de TIEDEMANN y las observaciones críticas de los autores citados, especialmente las dirigidas por SCHÜNEMANN o KINDHÄUSER. Vayamos por partes.

De un lado, a la vista de la regulación española no siempre será posible *de lege lata* identificar, en contra de lo que ha sugerido TIEDEMANN, un bien jurídico supraindividual que resulte directamente protegido en sentido técnico. En efecto, dejando ahora ya al margen infracciones que no revisten carácter delictivo en la legislación española, no se puede sostener que los delitos de quiebra (que en el C.p. español figuran entre los puramente patrimoniales) posean un objeto jurídico supraindividual, ni tampoco cabe propugnar algo semejante con la mayoría de los denominados delitos societarios, los delitos de propiedad industrial o los delitos de competencia desleal, en los cuales el bien jurídico inmediatamente protegido ha de ser configurado desde una perspectiva patrimonial individual.

De otro lado, empero, y en contra de lo que han objetado indiscriminadamente SCHÜNEMANN y KINDHÄUSER, no se puede ignorar que es factible reconocer la presencia de algunos bienes jurídicos «intermedios» en el sentido otorgado por TIEDEMANN a la categoría, situados entre los intereses puramente individuales y los intereses

generales. A la vista de la regulación del nuevo C. p. español de 1995, este sería el caso de los genuinos delitos socio-económicos contra los consumidores (especialmente, los contenidos en los arts. 282 y 283) y del delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores (arts. 285 y 286). Ciertamente, puede convenirse con los dos primeros autores en que en tales delitos no se tutelaría en sentido técnico la funcionalidad (por sí misma) de determinados subsistemas del orden socio-económico sin más aclaraciones, sino que, lo que en rigor se está protegiendo directamente en ellos es un bien jurídico que podría ser concretado en la libertad de disposición económica de los consumidores o de los sujetos intervinientes en el mercado de valores. Ahora bien, un bien así definido **no es un interés puramente individual**, sino un auténtico interés supraindividual perteneciente a la categoría de los intereses difusos.

De hecho, el propio KINDHÄUSER, tras sentar la aludida premisa de que los bienes jurídicos protegidos deben ser reconocidos al patrimonio y a la libertad de disposición del individuo (en la medida en que, como vimos, representan «condiciones jurídicamente garantizadas» para el libre desarrollo del individuo en una sociedad jurídicamente reglada), matiza inequívocamente a renglón seguido que, si tales bienes están dirigidos en primera línea a la protección de un concreto titular, se tratará de un bien jurídico individual, pero si los bienes están destinados al libre desarrollo de muchas personas indistintamente, estaremos, en cambio, ante un bien jurídico supraindividual.

Y es que, en efecto, para examinar con rigor los términos de la polémica, conviene profundizar algo más en la caracterización de estos últimos delitos, en cuanto delitos que preservan intereses difusos del orden socio-económico. Se trata de auténticas infracciones contra el orden socio-económico, cuyo sujeto pasivo aparece integrado por los («particulares») grupos colectivos de consumidores, puesto que la titularidad del bien jurídico no pertenece a la sociedad, ni tampoco al consumidor individual, si bien este último puede alcanzar la condición de perjudicado civil por el delito. De ahí que pueda admitirse —como se ha sostenido en la doctrina española— que el bien jurídico resida en el interés colectivo en el orden del mercado (cfr. TORO, 1994, pp. 154 y ss.). Y puede aceptarse tal concepción en la medida en que se asuma la idea de que nos hallamos ante un bien jurídico «espiritualizado» o «institucionalizado» de índole colectiva, de la misma naturaleza **dogmática** que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública. Bienes jurídicos estos últimos con los que los intereses socio-económicos de los consumidores se identificarían desde el punto de vista dogmático, pese a que como queda dicho posean un diferente radio de expansión, interés sectorial en un caso, intereses sociales generales en el otro.

En este sentido, por tanto, hay que advertir que, al igual que ocurre con estos últimos bienes jurídicos, los intereses de los consumidores en el orden del mercado no se tutelan como bienes jurídicos autónomos o propios, sino que se preservan en tanto en cuanto van ineludiblemente referidos, de modo más o menos inmediato, a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como son fundamentalmente el patrimonio o la libertad de disposición o de decisión de las personas, sin perjuicio de que en algunos casos en concreto puedan entrar aquí en consideración

eventualmente otros bienes como la salud personal (vid. MARTINEZ-BUJAN, Comentarios, P. E., 1996, 1356). Desde esta perspectiva, el interés colectivo de los consumidores en el orden del mercado sería entonces una «mera abstracción conceptual» (expresión utilizada por RODRIGUEZ MONTAÑES, de acuerdo también, ARROYO, 1997, p. 2), que englobaría una colectividad difusa formada por el conjunto de patrimonios, libertades, etc., de los sujetos individuales participantes en el tráfico económico (bienes jurídicos individualizables del grupo colectivo de consumidores). De ahí que en su caso podría reconocerse con TIEDEMANN (1985, p. 36) que dicho interés colectivo resultará **lesionado**, y podría convertirse en esta afirmación en tanto en cuanto se entienda que la lesión del interés colectivo tiene lugar indetectablemente desde el momento en que se ponen en peligro abstracto los bienes jurídicos de los individuos concretos, que son los que constituyen el fundamento último de la criminalización y que son los que deben servir como criterio rector interpretativo del tipo (del mismo modo que, v. gr., sucede en los delitos contra la seguridad del tráfico; vid. SILVA 1993, p. 150).

Por lo demás, desde una perspectiva político-criminal, de lo que antecede se desprende que ciertamente podrá ser materia opinable, a la luz del principio de intervención mínima, saber hasta qué punto y de qué manera puede recurrirse al Derecho penal para tutelar dicho bien jurídico; pero lo que no resulta admisible es negarle sustantividad y autonomía. En efecto, el reconocimiento de que, con carácter general, se tutela semejante bien jurídico no constituye obstáculo conceptual en vía de principio a la criminalización de dichas conductas siempre que se recuerde que nos hallamos ante un bien jurídico «espiritualizado» o «institucionalizado» de índole colectiva en el sentido apuntado y que semejante caracterización imponga determinadas exigencias de tipificación, como se verá en el siguiente apartado. Por tanto, aunque se acepte que este bien jurídico no puede legitimar *por sí mismo* la intervención del Derecho penal, la creación de los delitos socio-económicos basados en intereses supraindividuales difusos sí se justificaría por la necesidad de tutelar, en realidad y en última instancia, bienes jurídicos individuales o individualizables esenciales como los anteriormente mencionados.

En definitiva, entiendo que, por una parte, y con las (ciertamente importantes) matizaciones que se acaban de efectuar, le asiste cierta dosis de razón a TIEDEMANN cuando formula su tesis de la existencia de genuinos bienes jurídicos «intermedios» de índole supraindividual. Por otra parte, empero, no comparto la gran extensión que este autor pretende otorgar a esta categoría en la esfera de los delitos económicos; o cuando menos cabe asegurar que esa amplitud no se ve confirmada *de lege lata* a la vista de la regulación penal española.

Ahora bien, haciendo abstracción de la mayor o menor amplitud que quepa atribuir a la caracterización de TIEDEMANN, lo que importa retener en este momento es que, en lo tocante a los aludidos delitos socio-económicos con bien jurídico («intermedio») difuso, las diferencias entre las tesis de TIEDEMANN, de un lado, y las de SCHÜNNEMANN o KINDHÄUSER, de otro, pueden, a mi juicio, ser relativizadas, si se

comparten las reflexiones conciliadoras que acabo de recoger. Y, en este sentido, lo verdaderamente relevante será constatar que las consecuencias que se derivan en uno y otro caso habrán ser las mismas, tanto en lo que concierne a la legitimación de la intervención penal en este ámbito, cuanto en lo que atañe a la construcción dogmática de los tipos delictivos. Desde esta perspectiva, me remito a lo que expondré seguidamente, en el apartado siguiente, acerca de la técnica de tipificación del peligro abstracto y a las exigencias que impone la circunstancia de que la legitimidad de la intervención penal surja por la necesidad de tutelar en última instancia bienes individuales o individualizables.

Aquí baste con señalar que, desde luego, le asiste toda la razón a KINDHAUSER (1995, pp. 446 y s.) cuando, desde el punto de vista de la legitimación de la intervención penal, arguye que en los delitos económicos que se cometen el bien jurídico no puede circunscribirse puramente a la tutela de la funcionalidad de un subsistema intermedio del orden económico (v. gr., la funcionalidad del sistema crediticio o el mercado de inversión de capitales), habida cuenta de que el simple ataque a dicho subsistema no comporta en modo alguno, sin más, una vulneración de ámbitos de libertad individual «jurídicamente garantizados» (como pueden ser el patrimonio y la libertad de disposición individuales). En otras palabras, la justificación de la intervención penal exigirá acreditar que, más allá de una genérica vulneración del bien supraindividual inmaterial, el autor se ha injerido además en la esfera de libertad jurídicamente garantizada de un tercero. Como veremos ello implicará la necesidad de incorporar al tipo aquellos elementos que, en su caso, resulten imprescindibles para denotar la susodicha injerencia.

Finalmente, todo lo que se acaba de exponer en el presente apartado es perfectamente compatible con el reconocimiento de que existen autónomamente, a su vez, auténticos intereses jurídicos supraindividuales **de carácter social general**, que resultan ya **directamente** tutelados en sentido técnico sin necesidad de efectuar ulteriores matizaciones. Y en ello hay amplia coincidencia en la doctrina especializada, con independencia de la discrepancia que los diversos autores puedan mantener con relación a la teoría de los bienes «intermedios» (vid. p. ej. TIEDEMANN, 1985 p. 12, de un lado, y SCHÜNEMANN, 1991, p. 37, de otro; en la doctrina española vid. ARROYO, 1997, p. 2); tales, sobre todo, el caso de los delitos contra el libre mercado o libertad de competencia (el art. 284 del C.p. español es un claro ejemplo de ello) (vid. MARTINEZ-BUJAN, Comentarios, P.E., 1996, p. 1355). Por lo demás, interesa resaltar al respecto que, si bien es cierto que se trata de intereses sociales generales, se diferencian claramente a su vez de los delitos económicos en sentido estricto porque no pertenecen al ámbito del Derecho administrativo económico, concebido como actividad reguladora del Estado en la economía.

SCHÜNEMANN incluye aquí otros delitos como la falsificación de balances en sociedades mercantiles (que encuentra correlato en el C.p. español en el delito societario del art. 290) o los carteles de precios, como señaladamente los pactos de sumisión en la adjudicación de contratos públicos (que hallan también correspondencia parcial en el art. 262 - inciso 2.º del nuevo C.p. español, incardinado entre los delitos patrimoniales individuales). Asimismo, el citado autor reconduce a esta categoría los delitos contra el medio ambiente (que en el C.p. español se regulan en un título independiente y que tradicionalmente han sido desvinculados de los delitos socio-económicos por parte de la doctrina española mayoritaria).

3.5. *Configuración del injusto en relación con la intensidad de ataque al bien jurídico: tipos de lesión y tipos de peligro; especial referencia a los tipos de peligro abstracto y a los tipos de «aptitud»*

De lo ya expuesto en epígrafes anteriores se puede inferir que en el sector de los delitos económicos encontraremos ejemplos de cada una de las diversas modalidades de tipos que surgen con base en el criterio atinente a la intensidad de ataque al bien jurídico o, si se prefiere, el criterio referente a la manera en que se afecta a dicho bien jurídico.

Así, en algunos casos hallaremos supuestos de delitos de **lesión** o de daño, que se caracterizan por comportar un efectivo menoscabo del objeto jurídico tutelado (ej., delito societario de administración fraudulenta del art. 295, entre los delitos económicos en sentido amplio, o delito de defraudación tributaria del art. 305, entre los delitos económicos en sentido estricto).

En otros casos, en cambio, podremos constatar la presencia de delitos **de peligro**, que suponen una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior al de la efectiva lesión y que, por tanto, se consuman con la concurrencia de un mero peligro para el bien jurídico, concebido como simple probabilidad de lesión. A su vez, dentro de la categoría de los delitos de peligro será factible encontrar supuestos de peligro concreto y de peligro abstracto.

Los delitos de **peligro concreto** exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión (ej., delito societario de imposición de acuerdos abusivos del art. 292, según un importante sector doctrinal).

Los delitos de **peligro abstracto** se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, siendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general de la misma para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión. Por consiguiente, para evaluar el riesgo en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro.

Aunque los delitos de peligro abstracto sean por regla general delitos de mera actividad (en el sentido de que no requieren resultado material alguno), no siempre tiene por qué suceder así, toda vez que resulta perfectamente imaginable que, con arreglo a su estructura típica, se trate de un tipo de resultado. Y ello, en efecto, porque una cosa es la lesión efectiva de un bien jurídico (en cuanto que destrucción del valor ideal) y otra diferente es la verificación de un resultado material, separable espacial y temporalmente de la actividad del agente (vid. por todos LUZON, P.G., p. 314; GIMBERNAT, EPCr, XV, p. 113): en el sector de los delitos económicos podremos hallar precisamente algún ejemplo de esta compatibilidad; así sucede en el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285), que, atendiendo a la intensidad de ataque al bien jurídico, es un delito de peligro abstracto para la libertad de disposición económica (o, si se prefiere, para el bien jurídico imaterial colectivo del correcto funcionamiento del mercado de valores) y que, conforme a su estructura típica, es un delito de resultado material (cf. MARTINEZ-BUJAN, en Comentarios, P.E. 1986, p. 1383). Ahora bien, situados dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto, conviene recordar que —como es sabido— ni es ésta una categoría uniforme ni está exenta de problematismo, en atención a lo cual se impone efectuar una serie de matizaciones, que, por lo demás, devienen imprescindibles en Derecho penal económico, habida cuenta de que en este ámbito específico de la Parte especial del Derecho penal nos vamos a encontrar con ejemplos de las diversas modalidades de peligro abstracto delineadas en la doctrina y, consecuentemente, tendremos que abordar todos los problemas dogmáticos y político-criminales que plantea esta clase de infracciones.

Por una parte, cabe apuntar que el Derecho penal económico es uno de los sectores más significativos en donde podemos verificar la existencia de tipos de peligro abstracto **puramente formales** carentes de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina han sido calificados de delitos «de pura desobediencia» (JAKOBS) o delitos «con función puramente organizativa formal» (SCHÜNEMANN), caracterizados por el hecho de que el sedicente «interés abstracto» resulta ya vulnerado con la mera infracción de la prohibición y sin que el injusto penal incorpore restricción típica alguna (vid. en nuestra doctrina R. MONTAÑÉS, 1994, pp. 324 y s.). Se trata, en puridad de principios, de auténticos ilícitos administrativos cuya elevación al rango de infracción

penales criticable. En el C.p. español de 1995 hay claros ejemplos de esta primera clase de tipos de peligro abstracto: así, cabe mencionar el delito societario de obstaculización a la actuación supervisora de la Administración (art. 294) o el delito tributario contable en su modalidad de incumplimiento de la obligación de llevar libros o registros fiscales (art. 310, apdo. a). A esta clase de infracciones hay que reconducir asimismo aquellos tipos penales cuyo contenido de injusto no rebasa la órbita de la ilicitud civil, con clara violación del principio de intervención mínima. Un ejemplo bien ilustrativo de ello se puede encontrar también en el nuevo C.p. español en el delito societario de obstaculización al ejercicio de los derechos de los socios (art. 293).

Por otra parte, hay que añadir que el sector de los delitos económicos contiene también una muestra elocuente de la presencia de **genuinos tipos de peligro abstracto**, que, a diferencia de los acabados de citar, no son delitos puramente formales sino delitos de peligro real (por abstracto o genérico que sea) para bienes jurídicos penales, con un contenido material de injusto que rebasa la mera ilicitud extrapenal. En suma, son delitos que no se consuman con la simple concordancia formal y objetivadora de la conducta humana con los presupuestos típicos correspondientes, esto es, con la mera infracción de la prohibición, sino que requieren la efectiva comprobación en la conducta de un juicio *ex ante* de peligro para el bien jurídico penalmente protegido, o, lo que es lo mismo, la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de dicho bien jurídico.

Ahora bien, en el seno de la categoría de los delitos de peligro abstracto hay que incluir, según la opinión dominante, una clase en cierto modo intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Me refiero a los denominados «**delitos de aptitud**», llamados también delitos de «peligro potencial» (KELLER) o (como ha hecho en nuestra doctrina TORIO) delitos «de peligro hipotético», delitos cuya utilización es cada vez más frecuente en el Derecho penal económico.

Aunque algunos autores han pretendido otorgar autonomía a esta categoría de los delitos de aptitud como un auténtico género intermedio entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, es mayoritario el entendimiento que los incardina bajo la categoría general del peligro abstracto porque, si bien es cierto que se exige al juez que constate la concurrencia del peligro, se trata de delitos en los que el juez no debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto ni verificar la peligrosidad en ese caso, sino que en principio debe calificar la acción como peligrosa al margen de dichas circunstancias. En otras palabras, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno para los bienes jurídicos de sujetos individuales, dado que tal peligro

es simplemente un «motivo» ponderado por el legislador a la hora de decidir la criminalización del comportamiento. De ahí que, la doctrina mayoritaria adscriba esta modalidad a la categoría del peligro abstracto, aunque es evidente que pueda hablarse aquí ya de un «desvalor potencial de resultado» o (como escribe WOLTER) de un «desvalor de resultado primario» que, concebido como un desvalor de la peligrosidad, indudablemente caracteriza a estos «delitos de lesión o puesta en peligro potencial general» (vid. R. MONTAÑES, 1994, pp. 19 y s.).

Con todo, conviene aciarar que, de acuerdo con la caracterización dogmática de tales delitos propuesta por TORIO para lo que él denomina delitos de «peligro hipotético», la tipicidad dependerá en realidad de la formulación de dos juicios por parte del intérprete: de un lado, un juicio impersonal de pronóstico en el que desde una perspectiva *ex ante* se determina si la acción del agente, además de poder ser subsumida formalmente en el tipo, es apta generalmente para producir un peligro para el bien jurídico; de otro lado, el intérprete ha de llevar a cabo un segundo juicio (*ex post*) sobre «la posibilidad del resultado de peligro», o sea, ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual hubiera podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico. De esta suerte, la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto que debe poder ser imputado objetivamente a la acción del autor, en virtud de lo cual hay que entender que, si éste adoptó previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que se produjera un efectivo peligro para dicho bien jurídico, quedaría excluida la tipicidad (vid. TORIO, 1981, pp. 838 y ss., y 1986, pp. 43 y s.).

Interesa insistir en la importancia que posee una comprensión de los delitos de «aptitud» o de «peligro hipotético» en el sentido que se acaba de exponer, dado que de ella se derivarán consecuencias dogmáticas de diversa índole. Eso sí, a la vista de las precisiones realizadas por el propio TORIO, parece que la terminología por él empleada no resulta, sin embargo, totalmente adecuada, toda vez que en purdad de principios tales delitos entrañan un peligro (*ex ante*) real y no meramente hipotético, al que se asociaría entonces en todo caso un «desvalor potencial de resultado» (cfr. SILVA, 1993 p. 158, n. 37).

Lo verdaderamente característico de estos delitos es la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos «de aptitud», o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Si se repasa el catálogo de delitos económicos en el nuevo C.p. español, se puede comprobar que este recurso técnico —frecuente también tradicionalmente en otros sectores delictivos como, sobre todo, en el ámbito de la salud pública— ha sido bastante utilizado por el legislador de 1995. De esta manera el legislador español ha atendido en este punto las sugerencias de la doctrina especializada, que había preconizado el empleo de semejante técnica restrictiva de tipificación por razones de diversa índole, estimando desde luego que resultaba preferible a la opción de efectuar limitaciones en el tipo subjetivo. Sirvan como ejemplo

en materia de delitos socio-económicos los elementos de aptitud contenidos en los arts. 282 («de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores») y 290 («de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma»).

Una importante cuestión particular, que no es desde luego privativa del Derecho penal económico y que se ha suscitado sobre todo al hilo de la regulación de los delitos contra la salud pública, se plantea a la hora de establecer si la construcción del denominado delito de aptitud o de peligro hipotético requiere inexcusablemente la presencia explícita en el tipo de elementos normativos expresivos de la potencialidad lesiva de la conducta o puede recurrirse a dicha construcción aunque esa potencialidad lesiva no se refleje expresamente. Un autorizado sector doctrinal ha aceptado esta segunda posibilidad, sosteniendo que, merced a una labor de interpretación de la figura delictiva de peligro abstracto de que se trate, se puede llegar a inferir que la antecitada potencialidad lesiva se halla implícita en la formulación típica; esta cuestión ha sido especialmente debatida en relación con el delito de tráfico de drogas (vid. por todos MUNOZ SANCHEZ. El agente provocador, Valencia 1995 pp. 79 y ss., quien se inclina por la segunda posibilidad; de otra opinión CERREZO, en el Prólogo a esta obra, pp. 9 y s.).

En todo caso, conviene añadir que el aludido requisito denotativo de la «aptitud» para la producción de un daño ha sido calificado en la doctrina como elemento normativo típico de carácter **relativo**, en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Y, consiguientemente, al igual que ocurre con todos los elementos del tipo, los términos de aptitud (reveladores de la idoneidad lesiva) habrán de ser abarcados por el dolo del autor, cuando menos a título de dolo eventual. Eso sí, no hay que exigirle al autor en su caso un conocimiento de la peligrosidad de la conducta en su exacta dimensión técnica, sino que será suficiente la fórmula general de la valoración paralela del autor en la esfera del profano, lo cual no es óbáculo por supuesto, por otra parte, para que pueda apreciarse un error —vencible por regla general— sobre el elemento de la aptitud lesiva (cfr. R. MONTAÑES, 1994 p. 311 y ss.).

Llegados a este punto, interesa efectuar una recapitulación y llamar la atención ahora con carácter general acerca de la **importancia** del recurso técnico de los delitos de **peligro abstracto** en la tarea de tipificación de los delitos socio-económicos (cfr. en la doctrina española recientemente ARROYO, 1997, pp. 7 y ss.). En efecto, de lo que se ha expuesto en el presente apartado y de lo que ya se consignó en apartados anteriores cabe colegir en síntesis que la técnica del peligro abstracto se toma en consideración desde un doble punto de vista en el campo de los delitos socio-económicos.

Por una parte, la idea del peligro abstracto está presente a la hora de la tipificación de aquellos delitos económicos en sentido estricto que tutelan bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, *no reconducibles a bienes jurídicos individuales*, por que afectan a estructuras básicas del sistema económico. Según indique, en tal supuesto el referido bien jurídico colectivo inmaterial no es susceptible de lesión ni siquiera de puesta en concreto peligro por cada conducta individual. De ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, la técnica de construcción de esta clase de delitos sea la de los tipos de peligro abstracto, con la reseñada e importante particularidad de que la concreta tipicidad se vincula *formalmente* a la lesión de un bien jurídico intermedio con función representativa.

Por otra parte, la técnica del peligro abstracto se emplea asimismo en la construcción de todos aquellos delitos socio-económicos de carácter supraindividual, sean institucionalizados o sean difusos, que se orientan a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables o determinables. Como sabemos, este grupo de delitos se caracterizará por el dato de que en ellos se puede fijar una conexión más o menos inmediata con bienes jurídicos individuales o individualizables esenciales (vid. R. MONTAÑES, 1994, p. 304). Pues bien, según indique en el apartado anterior, esto es lo que sucede —a mi juicio— con los denominados delitos socio-económicos de consumo (de acuerdo también ARROYO, 1997, p. 8, citando además la infracción de normas de prevención de riesgos laborales)⁷—aunque aquí el tema sea opinable— sucede también con el abuso de información privilegiada en el mercado de valores, al menos de *lege ferenda* (ARROYO, *pretere*, en cambio, englobar este delito en el primer grupo, o sea, el de los delitos que tutelan bienes jurídicos institucionalizados no reconducibles a bienes jurídicos individuales). Cabe recordar que en ellos el interés supraindividual inmaterial en cada caso afectado no se tutela como un bien jurídico autónomo o propio, sino que se preserva en tanto en cuanto va ineludiblemente referido a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como son fundamentalmente el patrimonio o la libertad de disposición o decisión económicas. Así configurado y como una «mera abstracción conceptual» que es —según ya señalé—, dicho interés colectivo resultará lesionado al ponerse en peligro abstracto los bienes jurídicos de los individuos concretos.

Y de ahí que dogmáticamente, desde el prisma de los bienes jurídicos individuales, estos delitos deban ser concebidos —según subraya un importante sector doctrinal (vid. en nuestra doctrina SIL VA, 1993, p. 150, R. MONTAÑES, 1994, pp. 281 y ss. y p. 307)— como «hechos imprudentes» no seguidos de resultado lesivo

o peligroso alguno (lo cual ha autorizado a hablar de «tentativas imprudentes»), que, por eso mismo, comportan una anticipación de las barreras de intervención penal. O, dicho de otro modo, la peligrosidad de la acción debe ser entendida como exigencia de una auténtica infracción del deber objetivo de cuidado con respecto a la potencial lesión de los bienes jurídicos individuales, que son los que constituyen el motivo de la criminalización, una peligrosidad que, consecuentemente, pertenece (como fundamento del injusto además) al tipo y que, como tal, ha de ser abarcada por el dolo del autor.

Así las cosas, cuestión diferente será establecer, con respecto a estos delitos de peligro abstracto, en qué medida está *legitimada* la intervención del Derecho penal. Con carácter general la respuesta me parece simple. En lo que atañe al primer grupo, o sea bienes inmateriales no individualizables, el recurso al Derecho penal estará justificado siempre que el bien jurídico mediato resulte indispensable para el adecuado desarrollo de la economía del país; y ello parece claro, en principio, en el caso de los delitos económicos en sentido estricto recogidos en nuestra legislación penal. En lo que concierne al segundo grupo, entiendo que la respuesta ha de ser también afirmativa (de acuerdo, ARROYO, 1997, p. 8) en tanto en cuanto se parta de la base de que en rigor se tutelan aquí genuinos bienes jurídicos individuales esenciales, como son fundamentalmente el patrimonio y la libertad de disposición económica; y observese que se tutela además el patrimonio y la libertad de disposición de un conjunto *a priori* inabarcable de personas, siendo esta indeterminación de la frontera del peligro la que incrementa precisamente el desvalor del injusto y permite justificar la anticipación de la línea del castigo al momento del peligro abstracto, sin necesidad de esperar a que se produzca un peligro concreto para un sujeto individual determinado (cfr. SCHÜNNEMANN, 1991, p. 36).

Por añadidura, lo que se acaba de decir se comprenderá mejor si se aclara que —como modernamente se ha puesto de relieve en la doctrina especializada— los delitos de peligro abstracto se conciben como delitos de daño *sui generis*, es decir, daños autónomos —y no simples fases o estadios previos a las lesiones— que vulneran las condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute de los bienes desprovisto de toda perturbación («condiciones jurídicamente garantizadas de disposición de los bienes sin riesgo»). Ciertamente, en tales delitos no se trata de una vulneración actual del bien jurídico (por eso el peligro se califica de abstracto), sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados o estereotipados, trátase de patrones objetivos o incluso de patrones referidos al sujeto (ej. el premiso de conducir como requisito de

la participación activa en el tráfico rodado), cuya eficiencia resulta esencial para el aprovechamiento racional de los bienes. En suma, con arreglo a estas premisas, cabe concluir que la lesividad característica de los delitos de peligro abstracto se deriva del dato de que un bien del que no se puede disponer sin cortapisas no es racionalmente aprovechable en su totalidad (vid. KINDHÄUSER, 1995, pp. 448 y s.).

Ahora bien —como este mismo autor señala—, la existencia de delitos de peligro abstracto se vincula además a ulteriores limitaciones. Y, en este sentido, cabe recordar ante todo que, como ya anticipé en el apartado anterior, los bienes jurídicos dignos de tutela penal en el ámbito socio-económico a través de la vía del peligro abstracto son aquellos que tienen como misión preservar las condiciones de seguridad para el libre desarrollo del individuo en sociedad siempre que dichas condiciones no dependan solamente del propio individuo (competencia autónoma), sino que se inscriban dentro de las competencias del Estado (competencia heterónoma), el cual viene así a garantizar jurídicamente dicha seguridad (de ahí que KINDHÄUSER hable de «condiciones de seguridad jurídicamente garantizadas»). Por consiguiente, en el ámbito del Derecho penal económico la tutela de bienes jurídicos a través de la técnica del peligro abstracto será, en esencia, legítima cuando se produzca una vulneración de ámbitos de libertad individual (como puede ser la del patrimonio o la libertad de disposición económica individual), los cuales se hallen además «jurídicamente garantizados», o sea, en el sentido de que la seguridad heterónoma que haya de otorgarse al individuo sea atribuible claramente a la competencia estatal. De ahí que, a tal efecto, resulte imprescindible acreditar que la conducta típica puede ser configurada como una auténtica intencionalidad en la esfera de la libertad ajena jurídicamente garantizada, lo cual comporta, obviamente, la necesidad de incorporar al tipo de injusto los elementos denotativos de semejante configuración; a ello me referiré más abajo.

En fin, si se aceptan las consideraciones precedentes, no debería haber obstáculos en vía de principio para recurrir a la construcción de los delitos de peligro abstracto en la tipificación de los delitos socio-económicos. Ello no obstante, hay que reconocer que su utilización ha sido muy controvertida.

El empleo de tipos de peligro abstracto en la definición de los delitos socio-económicos no es, desde luego, una originalidad del legislador español. Hay que tener en cuenta al respecto que en las modernas reformas del Derecho penal económico alemán se ha utilizado con frecuencia la técnica del peligro abstracto. Así ha sucedido en las dos leyes para la reforma de la criminalidad económica, que han introducido las nuevas figuras delictivas económicas en el StGB, y en algunas tipicidades específicas incorporadas en diversas leyes penales especiales.

Por tal motivo no puede resultar extraño que los Proyectos españoles de nuevo Código penal hayan incluido asimismo numerosos tipos de

peligro abstracto. De todos modos, si se compara la previsión del nuevo C.p. de 1995 con relación a la regulación del PLOCP de 1980, se puede comprobar que en el vigente texto punitivo se ha operado una sensible reducción de los mismos, las más de las veces basada en la renuncia a perseguir sedicentes «delitos económicos» carentes de todo contenido sustancial. En efecto, en algunos de los delitos proyectados en 1980 se trataba simplemente de infracciones que se caracterizaban por una mera antipatrimonialidad de la línea de punibilidad de figuras de contenido puramente patrimonial individual, esto es, lo que se ha convenido en denominar «tentativas autónomamente tipificadas». En otros casos, lo que se pretendía era lisa y llanamente resolver los problemas de prueba que surgen con los tipos de lesión o de peligro concreto.

Evidentemente, ambas razones resultan insuficientes por sí mismas para justificar la creación de tipos de peligro abstracto. Sin embargo, conviene no olvidar que la legitimación existiría si se constata que tales razones son simples motivos acompañantes de una fundamentación esencial, a saber, la necesidad de tutelar auténticos bienes jurídicos supraindignales inmateriales, generales o difusos, cuya protección no resultaría imaginable con otra técnica de tipificación (TIEDEMANN, 1985, p. 36).

Por lo demás, frente al argumento —a menudo esgrimido— de que el empleo de los delitos de peligro abstracto comporta una vulneración del principio de **proporcionalidad**, basada en la idea de que se invade terreno propio del Derecho administrativo, cercenando la libertad de acción empresarial, procede indicar que en ocasiones lo que sucede es lo contrario, puesto que, mientras que la normativa administrativa puede someter a control toda la actividad del empresario, la regulación penal tiene que circunscribirse tan sólo a un sector particularmente intolerable de dicha actividad. En síntesis, no cabe desconocer que un Derecho penal que se limite a establecer un control de la actividad empresarial a través de la prohibición de los ilícitos más intolerables en la materia puede llegar a ser más permisivo que una legislación administrativa desprovista de toda sanción penal (cfr. TIEDEMANN, 1985, pp. 33 y s.). Y semejante razonamiento ha sido asumido por el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en El Cairo en 1984, sobre «El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa». En efecto, en su recomendación 2.ª se establece que «El Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas. Normalmente, el Derecho penal desempeña un papel subsidiario. Pero, en determinados sectores el Derecho penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la actividad económica. En tales casos, el Derecho penal implica una menor intervención en la vida económica que el Derecho administrativo o el mercantil». Por su parte, merece también ser reflejada aquí la recomendación 9.ª, en la que literalmente se dispone que «El empleo de los tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con

precisión y en tanto la prohibición vaya referida directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos».

Ahora bien, según se anticipó más arriba, en la labor de tipificación de conductas hay que exigir que, además de la aludida fundamentación esencial atinente a la firme delimitación de un bien jurídico digno de tutela penal, se añada la necesidad de que los tipos de peligro abstracto se vean rodeados de determinadas exigencias, de tal suerte que encierran un contenido de injusto que alcance el grado de lesividad exigible a las genuinas infracciones penales.

Ciertamente, hay ya clásicos delitos de peligro abstracto que cumplen el contenido de injusto de las auténticas infracciones penales sin mayores exigencias (v. gr., el incendio en casa habitada, el falso testimonio), pero en la esfera del Derecho penal económico la regla general será la necesidad de plasmar en los tipos penales determinados elementos que expresen de modo explícito esa dosis de lesividad añadida.

Pues bien, desde esta última perspectiva, cabe mencionar señaladamente ante todo la técnica de incorporar al tipo específicos elementos normativos de apuritud en el sentido más arriba relatado, en la medida en que se revelan como uno de los medios más característicos de demostración de que la conducta incriminada comporta una injerencia en la esfera de la libertad de disposición ajena. Tal solución resulta especialmente aplicable a los modernos tipos defraudatorios de sujeto pasivo difuso relacionados estructuralmente de forma más o menos próxima con la estafa clásica (v. gr., fraudes de consumidores, fraudes en el mercado de valores, fraudes en la inversión de capital).

Asimismo, hay que incluir aquí también todas aquellas restricciones típicas que en general permitan colegir que el injusto vulnera las antecitadas condiciones de seguridad que deben ser garantizadas por el Estado y que, por tanto, posibiliten una adecuada reducción teleológica de los tipos. Ello impone, como pauta general, el logro de la mayor taxatividad posible en la descripción típica y, en concreto, una precisa delimitación del círculo de sujetos activos con expresión en su caso de los especiales deberes que les incumben en relación con la protección del bien jurídico (esto es, una precisa configuración de los delitos especiales propios, como, p. ej. se hace en el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores, del art. 285), a lo que cabría agregar un incremento en el desvalor de acción estrictamente conside-

rado, merced a la inclusión de especiales modalidades de conducta que resultan especialmente intolerables (como, p. ej., sucede en el delito de maquinaciones para alterar los precios de las cosas, del art. 284, o en el delito societario de imposición de un acuerdo lesivo del art. 292) (vid. ARROYO, 1997, p. 7).

Por otra parte, en la tipificación de los delitos de peligro abstracto cabe citar también otras exigencias, como la eliminación (dejando a salvo supuestos excepcionales) de la versión imprudente e incluso la propia restricción del tipo subjetivo del delito doloso, limitando su posibilidad de ejecución sólo al dolo directo e incluso previendo en su caso especiales elementos subjetivos del injusto cuando la fundamentación de la antijuridicidad así lo exija.

Finalmente, las posibles objeciones que todavía pudiesen esgrimirse desde la óptica del principio de *ultima ratio* inherente al Derecho penal pueden y deben ser refutadas con la previsión de otros recursos dogmáticos, como, especialmente, la inclusión en la figura de delito de específicas causas de levantamiento o de anulación de la pena, basadas en el arrepentimiento activo del autor, que permitan exonerar de pena al sujeto que, pese a haber consumado ya el hecho delictivo, evite (o se esfuerce seriamente en evitar) de forma voluntaria el agotamiento del delito. Esta técnica ha sido utilizada por el legislador alemán en los modernos tipos defraudatorios de peligro introducidos en el StGB (§§ 264-4, 264 a)-3 y 265 b)-2) y también ha sido adoptada recientemente por el legislador penal español en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social.

Algunos de estos expedientes técnicos serán examinados con mayor detenimiento en apartados posteriores.