Cuestiones de derecho penal
Manuel José Vallejo
Ayl - 1968, Buenos Aires, 2004

CUESTIONES DE PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

1. Técnicas legislativas

Las técnicas legislativas de protección que se utilizan cada vez con mayor frecuencia en el derecho penal económico, y no sólo en este ámbito delictivo, son dos: la consistente en la utilización de tipos penales de peligro, a fin de poder adelantar la protección jurídico-penal, y la consistente en la utilización de tipos penales estructurados sobre la base de leyes penales en blanco.

1.1. La utilización de tipos penales de peligro

En los tipos penales de peligro, a diferencia de los tipos penales de lesión, no se produce un daño en un determinado objeto (muerte, lesión, daños, etc.). No hay una lesión, pues, del objeto sobre el que recae la acción, pero sí un peligro para la producción de una lesión: el autor "estuvo a punto de" producir la muerte, unas lesiones, de afectar los intereses financieros de la Comunidad, etc., aunque el legislador ha construido estos delitos refiriéndose a distintas intensidades de peligro: concreto y abstracto.

En realidad, sólo en los primeros (tipos penales de peligro concreto) se da una verdadera, real, situación de peligro para el bien jurídico (ej. del C.P. español, art. 381: conducir un vehículo con temeridad manifiesta), pues en los segundos (tipos penales de peligro abstracto), basta para su realización que la acción sea peligrosa, según la experiencia general, para el bien jurídico (ej. del C.P. español, art. 379: conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas; basta comprobar la acción para poder afirmar la tipicidad). Es decir, lo que el legislador quiere evitar, cuando utiliza esta última técnica, esto es, la técnica de los tipos penales de peligro abstracto, es que el conductor, por ejemplo, conduzca borracho, que se pongan a la venta alimentos en estado de putrefacción, que se favorezca el consumo de drogas, que se presenten declaraciones inexactas o incompletas para la obtención de una subvención o pública, etc.: en estas hipótesis delictivas, y en las que utilice la misma técnica legislativa, el legislador considera que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar la intervención del derecho penal.

1.1.1. DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

La estructura del tipo penal es casi coincidente con la de los de lesión, sólo que el resultado es el peligro que se ha creado al superar la acción los límites del peligro permitido. Es decir, es necesario además de la acción concurra el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los tipos penales de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción (por este motivo, estos últimos no se diferencian, en realidad, de los tipos de pura actividad).

La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere la comprobación de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por éste; pero, ¿cómo se sabe esto? ¿cómo se sabe que la acción del autor ha generado ese peligro para el bien jurídico?

Básicamente, hay dos perspectivas:

- la perspectiva *ex post*, es decir, del momento en que ya tuvo lugar la acción, luego a posteriori, perspectiva que no es satisfactoria, pues es claro que desde esta perspectiva nunca habrá habido peligro; *ex post*, como no se ha producido resultado alguno, difícilmente se podrá afirmar el peligro;

- la perspectiva *ex ante*, es decir, del momento en que el autor actuó, que es la más satisfactoria,¹³ aunque presenta la dificultad de conocer la situación por la que atravesó el autor.

Para ello hay que realizar una *prognosis objetiva posterior*, perspectiva desde la que debe enjuiciarse el hecho el juez. Es decir, hay que trasladarse mentalmente al momento de la acción, y sobre la base de los conocimientos propios y especiales que haya tenido el autor realizar un juicio sobre la posibilidad de que de la acción derivara un peligro real.

Una vez juzgado lo anterior, habrá que preguntarse lo siguiente: ¿qué intensidad debe alcanzar ese peligro?

Pues bien, para que haya un peligro concreto tiene que haber un objeto protegido en presencia, pues de lo contrario difícilmente se podrá afirmar la existencia de dicho peligro, y que no se haya produci-

¹³ Cfr., en este sentido, Bacigalupo: *Principios...*, cit., p. 222.

do el resultado como consecuencia de la aparición de circunstancias en las que no es posible confiar y por las que no se está autorizado a confiar.

1.1.2. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

A diferencia de los anteriores, en estos delitos el comportamiento peligroso (según la experiencia general) es punible por sí mismo. No se requiere que un objeto haya estado realmente en peligro. La realización de la acción es por sí misma peligrosa (1).

El XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El concepto y los principios fundamentales del derecho penal económico y de la empresa", realizado en El Cairo (1984), aprobó, entre otras, las siguientes recomendaciones, hoy plenamente vigentes:

- (3ª) "Es necesaria la existencia de una justicia apropiada y de asistencia a individuos o grupos, víctimas de delitos económicos y de la empresa";
- (9ª) "*El empleo de 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 se refiera 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 delitos.*"¹⁴

¹⁴ Cfr. TIEDERMANN, Klaus: *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 183 y 184; RICH: ob. cit., pp. 54 y 59, y 118-120.

En España, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido su existencia e implícitamente su compatibilidad constitucional. Por ejemplo, en la Sentencia 42/1999, a propósito de un delito contra el medio ambiente,¹⁵ aunque en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, con cita del importante precedente de la Sentencia 145/1985, al referirse al tipo penal contenido en el art. 379 del C.P., declaró, realizando una interpretación excesivamente apegada al texto, muy positivista, que el supuesto delictivo allí contenido "no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas". También en la Sentencia 111/1999 el Tribunal había afirmado que "se trata de una figura delictiva similar, pero no idéntica, a la correlativa infracción administrativa, caracterizándose aquélla por la exigencia de un peligro real para la seguridad del tráfico".

El Tribunal Constitucional español, pues, identifica la infracción penal contenida en el art. 379 del C.P. con la existencia de un efectivo peligro (habla incluso en la última sentencia mencionada de "peligro real"); a *sensu contrario*, si no hay peligro real, por más que el conductor conduzca bebido, no habría infracción penal, sino sólo administrativa.

¹⁵ En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, frente a la tesis del recurrente —que había sido condenado por la Audiencia Provincial por un delito contra el medio ambiente del art. 347 bis del C.P. de 1973—, según la cual para la aplicación de este delito era necesario un peligro concreto para la salud de las personas o para las condiciones de vida animal o vegetal, que no concurría en el caso pues los ríos afectados por el vertido eran "ríos muertos", habiendo considerado la Audiencia, por el contrario, que era suficiente un peligro abstracto, opone que no podía invadir esferas de competencias que sólo los tribunales ordinarios tienen atribuidas. Y que "la decisión relativa a cuál sea en abstracto o en concreto la interpretación más adecuada del precepto como paso previo a su aplicación, constituye competencia exclusiva de los órganos judiciales".

El anterior criterio es, por lo menos, dudoso, pues en el ámbito penal hay una categoría de delitos, los de peligro abstracto¹⁶—en buena medida exigida por las especiales características de la actual "sociedad de riesgos"—¹⁷ a los que pertenece el delito de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 del C.P.¹⁸ que se caracteriza precisamente por la ausencia de un peligro real (sí exigido, en cambio, en el art. 381 del C.P., que contiene un delito de peligro concreto: conducción con temeridad manifiesta).

Por tanto, en mi opinión, debería tenerse en cuenta, que, en realidad, el tipo penal del art. 379 se realiza infringiendo la prohibición de conducir bebido, sin que sea necesario que esta última conducta llegue a poner realmente en peligro la seguridad es tráfico, porque lo que el legislador quiere evitar es que se conduzca en esa situación: lo mismo que quiere evitar, por citar otros supuestos similares, que se administre a los animales cuyas carnes se destinan al consumo humano sustancias no permitidas, aunque

¹⁶ Se ha llegado a decir en la doctrina que la evolución hacia los delitos de peligro abstracto es irreversible: cfr., en este sentido, Jakobs: *Sociedad, norma y persona...* cit., p. 44. Este mismo autor, en "¿Qué protege el derecho penal y qué es lo que protege?...", cit., texto de su conferencia en la Fundación Ortega y Gasset (Madrid), el 21/5/2003, con razón afirma que nadie puede saber con qué nivel de alcoholemia un automovilista que se aproxima se considera individualmente aún en condiciones de manejar el vehículo, de ahí la necesidad de las prohibiciones de puestas en peligro abstractas, "mediante la prohibición de conducir un vehículo de motor en un determinado estado de embriaguez", p. 14.

¹⁷ Cfr. Beck, Ulrich: "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo" (Trad. de Del Rio Herrmann), *Revista de Occidente*, n.º 150, noviembre 1993, pp. 19 y ss.

¹⁸ Cfr., por todos, TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintano Olivares, Gonzalo (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1762. En donde este autor, correctamente a mi juicio, afirma que el tipo penal del art. 379 es de "peligro abstracto, en la medida que la realización típica no depende de la verificación de un resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas".

éstas no lleguen a generar un peligro concreto (art. 364); o se pongan a la venta alimentos en estado de putrefacción (art. 363), o que se favorezca el consumo de drogas (art. 368), etc., aunque en ninguno de estos casos haya estado nadie "a punto de" morir, o de sufrir un daño en su salud.

Como señaló la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 14 de septiembre de 2002*, referida a los delitos alimentarios (art. 364, 2, 1º), que también son de peligro abstracto, "cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto", sino sencillamente de la infracción del deber impuesto por la prohibición. En estos delitos—acaso incluso este criterio se podría generalizar—de lo que se trata es de mantener la vigencia de la norma que contiene aquella prohibición. Éste es el verdadero interés protegido, no un objeto concreto en particular. Aunque, naturalmente, resulte en forma mediana protegido.

Por tanto, en el caso del delito contenido en el art. 379 del C.P., la realización del tipo penal (otra cosa es la realización del delito, que depende siempre de un conjunto de presupuestos estructurados en varias categorías que, a su vez, requieren distintos requisitos) depende, sencillamente, de la infracción del deber de no conducir "bajo la influencia de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas", sin que la expresión "bajo la influencia de" signifique que el conductor deba conducir temerariamente, circulando, por ejemplo, en dirección contraria, por encima de la acera, o que haya estado a punto de atropellar a alguien, sino, lisa y llanamente, que conduzca bebido o drogado, superan-

do en el primer caso la tasa de alcohol que esté fijada en las normas de tráfico, hipótesis ambas en las que es razonable "sospechar" el peligro potencial, abstracto, que tal conducción supone, y que *por precaución* se quiere evitar; lo mismo que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, en los que no es necesario que exista un peligro real para la salud pública de las personas o para las condiciones de vida animal o vegetal, sino que basta con que se realice un determinado vertido para su realización (Sentencia 42/1999), porque existe una presunción razonable de que tal conducta puede afectar a aquellos bienes e intereses.¹⁹

El que ha ingerido alcohol, por encima de la cantidad que esté determinada, conducirá "bajo la influencia de bebidas alcohólicas", aunque en el momento en que sea objeto de control no lo haya exteriorizado en su forma de conducir, y ello no tiene por qué afectar al principio de culpabilidad, pues no se presume nada en contra del acusado. Ello por dos razones: 1) porque está ciertamente prohibido conducir después de haber ingerido alcohol por encima de una cantidad que se entiende, según la experiencia general, que ejerce una influencia negativa en la capacidad psicofísica del conductor, luego que puede afectar a la forma de conducción y, por tanto, a la seguridad de tráfico; y 2) porque ciertamente dicho sujeto conducía con esa ingestión de alcohol.

Otra cosa es que el legislador "presuma", en todos estos delitos en los que se adelanta la protec-

¹⁹ Cfr. KUNDBAUER, Urs: *Gefährdung als Straftat*, Klosterman, Frankfurt, 1989, p. 280, quien sostiene que en los delitos de peligro abstracto se protegen normas de seguridad, necesarias para una desproporcionada disposición sobre los bienes.

ción penal, el peligro que puede suponer la conducta (en realidad, lo mismo ocurre, p. ej., en la tentativa), y por precaución establezca la prohibición penal, aspecto que siempre podrá ser objeto de discusión, como también lo puede ser el mismo sistema mixto de protección (penal y administrativo) que el ordenamiento jurídico brinda en determinados ámbitos, entre ellos en el derecho penal económico. Por supuesto, tampoco se le puede objetar nada desde la perspectiva del principio de legalidad, pues si la situación de peligro está descrita legalmente, ningún problema de legalidad tiene por qué existir.

Se trata, pues, de una técnica legislativa, que cuenta con la aprobación, al menos implícita, del propio Tribunal Constitucional, reconocida ampliamente en la doctrina, con la que se pretende adelantar la protección penal, en determinados delitos (como los delitos alimentarios, tráfico de drogas, medio ambiente, seguridad del tráfico, etc.), para una mayor eficacia de las correspondientes normas.

1.2. La utilización de tipos penales en blanco

Una de las garantías o exigencias del principio de legalidad es la de *lex certa*, que consiste en un mandato de precisión en la configuración de la ley penal dirigido al Parlamento que dicta la ley, prohibiéndole, en consecuencia, crear leyes penales con carácter indeterminado.

La ley penal debe ser una *lex certa*, precisa, bien determinada, pues sólo así podrá saber el ciudadano qué es lo que puede hacer (ámbito de lo lícito), y qué es lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido), así como qué le sucederá (forma y ca-

racterística de la reacción penal) si realiza una conducta penalmente prohibida; al mismo tiempo, el juez podrá reconocer lo que debe sancionar y cómo.

Puede afirmarse que aunque hay un acuerdo generalizado sobre la vigencia de este mandato de precisión, lo cierto es que también se acepta, como inevitable, la existencia de elementos indeterminados, que no faltan en los distintos códigos. Algunos autores, incluso, hablan de que el mandato de concreción es una utopía.²⁰ Probablemente, la razón esté, como dice Lenckner,²¹ en la cada vez mayor elaboración y complejidad de la teoría del delito, en la tendencia progresiva a la protección de bienes e intereses menos concretos que los protegidos en los delitos clásicos (así, los bienes jurídicos colectivos), la introducción cada vez más frecuente de elementos valorativos, y también en la cada vez más frecuente utilización por el legislador de la técnica de la ley penal en blanco.²²

Pues bien, el Código Penal español, como otros, utiliza en distintas hipótesis delictivas la técnica legislativa de los tipos penales en blanco, que sin duda representa una excepción a la exigencia mencionada del principio de legalidad. P.ej.: en los delitos contra el medio ambiente (art. 325);²³ en los delitos relativos

²⁰ Cfr. SCHMIDHAUSER, Eberhardt: "Strafgesetzbliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie", *GS für Marrens* (1987), p. 241.

²¹ Cfr. LENCKNER, T.: "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht un der Satz nullum crimen sine lege", *Jus*, 1968, pp. 253 y ss.

²² Muy interesante al respecto la monografía de SANTANA VEGA, Dulce M.: *El concepto de ley penal en blanco*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; conf. también sobre esta técnica legislativa, BACCALUPO, Enrique, en "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", *Actualidad Penal*, n.º 23, pp. 449 y ss. Véase el mismo artículo en *Derecho penal económico*, cit., pp. 53 y ss.

²³ Véase, sobre la técnica legislativa de la ley penal en blanco empleada en el art. 325 del C.P., la Sentencia del Tribunal Supremo de 24/2/2003 (Inédita), con relación al delito contra el medio ambiente por contaminación acústica.

a expedición de medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas sobre composición (art. 361); en el delito de ofrecimiento de productos alimentarios con omisión o alteración de las condiciones de caducidad o composición (art. 363), pues habrá que acudir para conocer el presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación de la pena a las "leyes o reglamentos sobre caducidad o composición" (Código alimentario); en los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319); en los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 316), etcétera.

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre la problemática constitucional de esta técnica legislativa, aunque en forma muy tímida. Uno de los problemas que presenta esta técnica de remisión en que consiste la ley penal en blanco está relacionado con la norma complementadora.

En la *Sentencia 120/1998*, el Tribunal Constitucional trató la cuestión con relación a un caso en el que el complemento de la ley penal se hallaba disperso en distintas disposiciones, siendo una de ellas autonómica y otras comunitarias, es decir, provenientes de órganos sin competencias penales, concretamente del Parlamento de una Comunidad Autónoma española y del Consejo de las Comunidades Europeas. El Tribunal Constitucional dejó claro en esta ocasión que tanto las normas comunitarias como las autonómicas pueden servir de complemento a las leyes penales en blanco, aunque respecto de estas últimas pone como límite que "no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio", porque evidentemente

ello vulneraría el principio de igualdad. En cuanto a la ley remitente, la ley penal en blanco deberá contener el núcleo esencial de la prohibición, aparte de señalar la pena; por su parte, la norma remitida, norma complementaria de la ley penal en blanco, sólo contendrá un elemento inesencial de la figura delictiva.

El Tribunal Constitucional español sigue sin decir nada respecto de la necesidad de que la norma complementaria contenga una "cláusula de remisión inversa" (*Rückverweisungsklausel*),²⁴ que permita a sus destinatarios, infractores de dicha norma complementadora de la ley penal en blanco, saber que la infracción está amenazada con una sanción en una ley penal. Con razón ha dicho Bacigalupo que "la necesidad de exigir al legislador en España la inclusión en los preceptos complementadores de una cláusula de remisión inversa, se debe deducir de la vinculación del principio de legalidad con el de seguridad jurídica que ha establecido el Tribunal Constitucional para garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado. Si esta afirmación se toma verdaderamente en serio no cabe duda de que tal programación no quedará libre de temores mientras se admitan remisiones genéricas a preceptos que se ignora dónde están y si no se exige que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados".²⁵

En su I Encuentro, correspondiente a la nueva etapa, la Comisión Redactora del Nuevo Código Pe-

CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO 37

nal Tipo Iberoamericano, reunida en Santa Fe de Bogotá en 1995, mostró una especial sensibilidad por el tratamiento de las leyes penales en blanco, siendo objeto de una profunda discusión los distintos aspectos de esta figura, entre ellos el relativo a la necesidad de la mencionada "cláusula de remisión inversa".

La discusión concluyó con la aprobación del siguiente proyecto de artículo: *Leyes penales en blanco*. Las leyes penales que reenvíen, a los efectos de la determinación del comportamiento punible, a otra ley o a una norma de menor jerarquía, sólo serán compatibles con el principio de legalidad si la otra norma contiene una cláusula que indique a sus destinatarios que su infracción será sancionada conforme a una ley penal que deberá ser citada expresamente".

Por su parte, el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984) aprobó entre sus recomendaciones una referida a esta figura, afirmando lo siguiente: "(8ª) En relación con la descripción de los delitos, el empleo de técnicas de remisión a instancias normativas fuera del derecho penal, para determinar cuáles son las conductas que se incriminan, puede conllevar el peligro de imprecisión y falta de claridad, así como un exceso de delegación del poder legislativo en la Administración. La conducta o el resultado prohibidos deben estar especificados, en lo posible, en el propio precepto penal".²⁶

2. Responsabilidad en el ámbito de la empresa: deberes de garante

No cabe duda de que los empleadores pueden tener a su cargo deberes de vigilancia y posiciones

²⁴ Cfr., TIEDERMANN, Klaus: *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen. Tatbestandsbegriff entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, p. 267.

²⁵ BACIGALUPO: *Principios...*, cit., p. 97. Cfr. también, del mismo autor, *Sanciones administrativas*, Colex, Madrid, 1991, pp. 29 y ss.

²⁶ Cfr., TIEDERMANN: *Poder económico...*, cit., p. 184; RICH: *ob. cit.*, p. 57.

de garante, que generan deberes de cuidado en el ámbito de la empresa.²⁷ deberes de cuidado con respecto a sus trabajadores y con respecto a los productos que puedan elaborar y poner a la venta. También son, evidentemente, sujetos pasivos fiscales.

Ahora bien, un principio básico que igualmente rige en toda colectividad, como es el *principio de distribución de funciones*, aconseja también la aceptación de la posibilidad de delegación.

Hoy en día no se puede negar esa posibilidad. Es decir, para el desarrollo tecnológico actual es absolutamente necesario que esos deberes y posiciones de garante sean delegables; se trata de buscar a personas que estén en condiciones de cumplir la función técnica concreta de que se trate, y que permita exonerar de responsabilidad al garante originario.

En qué condiciones se deba producir esa delegación es una cuestión debatida, pero desde luego no parece que se puedan poner en duda las siguientes condiciones:

- que la delegación haya sido realizada en condiciones de cumplir la función del deber, es decir, que se trate de personas capacitadas y que se les proporcionen los medios para ello; en realidad, como en el derecho privado, se trata de la *culpa in eligendo* (elegir a la persona adecuada) y de la *culpa in vigilando* (mantener una vigilancia eficaz);
- el garante (derivado), con estas condiciones, queda como único garante, es decir, el origenario.

²⁷ Cfr., ampliamente, sobre la determinación de los roles dentro de la estructura organizativa de la empresa y sobre los supuestos de delegación de funciones, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 85 y ss., y, más recientemente, FARRADO CABANA, P.: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

rio deja de ser garante, pues aquél aceptó hacerse cargo de la fuente de peligro. Siempre, claro está, hasta donde se haya delegado, y si es temporal, vencido el plazo el garante originario retomará la posición de garante.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de marzo de 1994* afirmó sobre esta cuestión de la delegación de la posición de garante que "no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones (se refería a un teniente de alcalde del Ayuntamiento de Córdoba y al jefe de la Policía local, castigados como autores de delitos de imprudencia en base a que se había producido un estacionamiento indebido de vehículos que había impedido a los bomberos llegar al lugar del incendio, produciéndose varias muertes) puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar (en el caso concreto el servicio de grúas municipales)".

El Tribunal Supremo, pues, absolvió a los recurrentes.

Muy interesante sobre el problema de la responsabilidad penal en el ámbito de una empresa, resulta la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 25 de octubre de 2002*, referida a un caso en el que los acusados habían sido con-

denados en la instancia por unos vertidos de sustancias contaminantes (tricloroetileno), bien diluido, bien en forma concentrada, por lo general a través de la red del alcantarillado, por un delito contra el medio ambiente.

Uno de los condenados, director técnico de la empresa contaminante alegaba en su recurso de casación que no había desplegado conducta alguna que permitiera afirmar su participación en los hechos.

La Sentencia rechaza este planteamiento, señalando que "la organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico-penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquel que es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas.

La cuestión debe encontrar solución necesariamente en el ámbito de los delitos improprios de omisión, pues normalmente el responsable del proceso contaminante, o los altos directivos que conocen la existencia del carácter contaminante de la actividad de su empresa no realizarán materialmente la acción de vertido o emisión que integra el delito medioambiental, sino que se servirán de operarios que habitualmente actuarán con al menos dolo eventual. El problema que debe resolverse es doble: deberá fundamentarse la posición de garante de esos supe-

riores jerárquicos, y su posible omisión de las acciones debidas para controlar el peligro derivado de la actividad industrial que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio (es decir, la responsabilidad por omisión); y, en segundo lugar, resolverse el problema de imputación que plantea la actuación por medio de terceros (los operarios) que incluso podrían actuar..., con al menos dolo eventual, es decir, en otras palabras, debe resolverse en estos supuestos si el principio de autorresponsabilidad puede actuar o no como un posible límite a la imputación a los superiores".

En el caso concreto, la sentencia concluyó afirmando que era innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumieron un compromiso de control, luego que tenían una posición de garante, y que en el ámbito de los delitos de empresa, en el que habitualmente se producen los delitos medioambientales, "el amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho corresponde a aquellos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía (los denominados 'hombres de atrás'), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho, y que difícilmente pueden por sí mismos poner fin al mismo (...). Por ello, la actuación de los operarios en la realización material del ilícito solamente debe excluir la imputación del mismo a los superiores en los supuestos en los que se haya producido una delegación efectiva de la posición de garante, si bien solamente debe reconocerse valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los me-

dios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar".

Corresponde, pues, añade la Sentencia, "a los responsables de producción, así como a los altos responsables de la dirección de las industrias que desarrollan actividades industriales potencialmente contaminantes la adopción de las medidas necesarias para neutralizar, conforme a las exigencias legales y reglamentarias, el peligro contaminante procedente de las mismas (art. 11.b) C.P.). Por ello, la falta de adopción de tales medidas (cuando se conoce la situación generadora del deber, y las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de la capacidad de acción) y, en todo caso, la utilización de operarios subalternos para el vertido ilícito de los residuos, equivale a la producción activa del vertido (arts. 11 y 325, C.P.). Y es justamente por esa comisión por omisión por la que resulta condenado el recurrente en la sentencia de instancia".

3. Modelo sancionatorio para las actividades económicas ilícitas

1. Ante todo, no se puede ignorar que en el ámbito de las conductas del derecho penal económico la elección del modelo sancionatorio no es una cuestión que esté fuera de toda duda. Puede optarse por el modelo de sanción penal (derecho penal) o por el modelo de sanción administrativa (derecho administrativo sancionador).²⁸ Como dice Righi, "una de las estrategias destinadas a controlar conductas ilícitas relacionadas con la actividad empresarial consiste en

acudir a normas de derecho penal administrativo, a las que se adjudica la virtud de tener eficacia preventiva, lo que por lo mismo tornaría innecesario utilizar penas".²⁹

Sólo cuando la infracción de la norma supone un peligro para bienes altamente personales como la vida (p. ej., delitos contra la seguridad de los trabajadores, delitos alimentarios, etc.), es realmente exigible una respuesta penal.

El mencionado autor, Righi, pone de manifiesto, expresando el sentir de la doctrina mayoritaria, que "el derecho penal económico debe ser considerado *ultima ratio* en la protección del orden económico, por lo que debe ser usado en la medida en que previamente hayan fracasado las medidas de profilaxis social y de control jurídico no penal".³⁰ Refiriéndose también a las recomendaciones del Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984), entre ellas la que afirma que "normalmente, debería fomentarse la introducción de medios administrativos y civiles (mercantiles) antes de incriminar actos u omisiones perjudiciales para la vida económica".³¹

En España, el Código Penal de 1995 más bien optó por una fuerte criminalización de las actividades económicas ilícitas, e incluso la pena privativa de libertad tiene una función central en la represión de los delitos económicos; situación que se mantiene después de la importante reforma operada en el Código Penal español por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que, en esencia, entra en vigor el 1º de octubre de 2004. Es decir, el legislador ha optado

²⁸ Righi: ob. cit., p. 128.

³⁰ Ídem, p. 55.

³¹ Ídem.

44.
por emplear en esta materia el instrumento más poderoso del Estado: el derecho penal.

Ahora bien, se opte o no por un modelo de sanciones administrativas, sería bueno que en la regulación jurídica de la actividad económica tuviera lugar una unificación en el tratamiento sancionatorio del Estado,³² pues incluso ocurre con frecuencia que con relación a determinadas materias, las distintas legislaciones disponen tanto de medidas de carácter administrativo, como de medidas de carácter penal (en España eso es lo que ocurre, p. ej., en los fraudes fiscales y de subvenciones, salud pública, tráfico rodado, medio ambiente, etc.), siendo altamente insatisfactorio que se apliquen reglas diferentes según que la sanción sea de una u otra naturaleza. Así, la Ley alemana de Contravenciones de 1968 (OWiG), o la Ley portuguesa de Contravenções de 1982, constituyen modelos caracterizados por su semejanza con la Parte General del derecho penal.

Por tanto, uno y otro orden, el administrativo sancionador y el penal, ambos, pues, sancionadores, deberían ser respetuosos de los mismos principios, bien conocidos en el ámbito penal, como el de legalidad, con todas sus consecuencias y manifestaciones, el de culpabilidad, que, entre otras consecuencias, exige dar relevancia, en su caso, al error en que pueda incurrir el sujeto, el principio de presunción de inocencia, etcétera. Con razón se afirmaba ya en la *Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español de 18 de febrero de 1981*, que la potestad sancionadora debía estar sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales por la sujeción de ambas a principios comunes rectores de todo el derecho sancionador.

³² Cfr. BACIGALUPO: Sanciones..., cit., p. 76.

Doctrina en la que el Tribunal Constitucional español viene insistiendo. Así, en su *Sentencia 157/2000* este Tribunal recordó una vez más que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación (con ciertos matices, aún no esclarecidos) al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.³³

Esta conclusión tiene su principal explicación en el hecho de que entre la infracción penal y la administrativa no hay sino una diferencia simplemente cuantitativa, y como con razón ha dicho Righi, "el único dato que claramente permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica".³⁴

Ocurre, además, que el ámbito administrativo sancionador puede llegar a ser más gravoso incluso que el ámbito penal. En efecto, piénsese en la gravedad de las multas que se pueden imponer en aquel ámbito, y la imposibilidad de que ellas puedan inefectuarse. En cambio, en el ámbito penal, como es sabido, la pena de prisión de hasta dos años puede inefectuarse si el condenado ha delinquido por primera vez (art. 81, C.P.), e incluso en algunos códigos, como el italiano (art. 163) y el francés (art. 132.31), se prevé este beneficio también con respecto a otras penas, como las pecuniarias o restrictivas de derechos (esta última en el caso del Código Penal fran-

³³ Cfr. al respecto, BAYO FERNÁNDEZ, Miguel, y BACIGALUPO, Silvina: "El delito fiscal: consideraciones dogmáticas y de política criminal", LL, 2000-6, en particular el apart. VII dedicado a la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

³⁴ Ob. cit., p. 131. También, en el mismo sentido, expresando el punto de vista mayoritario al respecto, BAYO FERNÁNDEZ, Miguel, y BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, afirman que la diferencia "entre el delito y la infracción administrativa ha de considerarse fracasada", p. 79.

ccés). Además, existe la posibilidad, con mayor o menor alcance, de aplicación de sanciones/penas alternativas. Ello significa, paradójicamente, que en algunas hipótesis podría ser más "ventajoso" ser sancionado penalmente que administrativamente.

2. En otro orden de cuestiones, igualmente relacionadas con el modelo sancionatorio, a mi juicio todo Código Penal debería contener un sistema de triple vía, en el que además de las penas y medidas de seguridad como respuestas básicas al delito, se contemplase la reparación como forma de resolución del conflicto creado por el delito mismo, que creo que puede tener una importancia extraordinaria entre otros delitos en algunas de las nuevas conductas delictivas, asociadas al derecho penal económico, como, por ejemplo, en los delitos fiscales.

Ciertamente, habrá casos (p. ej., piénsese en un delito contra el medio ambiente o en un delito alimentario) en los que los intereses afectados no serán individuales, por lo que difícilmente se podrán satisfacer las pretensiones de una víctima en particular, sencillamente porque la víctima es la colectividad. Pero esta circunstancia no es obstáculo en absoluto para adoptar también aquí la reparación como tercera vía.

Hoy en día el derecho penal propugna un sistema de triple vía, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas al delito, se añade la reparación, como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, como indemnización de daños al lesionado o trabajos comunitarios, por ejemplo.

Esta institución de la reparación, la llamada comúnmente "tercera vía", tiene como principal destina-

tario y beneficiario a la víctima del delito, o a la propia colectividad cuando la reparación tiene lugar a través de trabajos en beneficio de la comunidad, en aquellos casos, por ejemplo, en los que no hay una víctima individual, sino que ésta es la propia colectividad.

Aparte de la ventaja que tiene esta figura de poder lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantado con un menor coste social, la reparación permite un rápido arreglo del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del delito, ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesidad de que se celebre el juicio oral. Es decir, tan pronto se produzca aquella conciliación, el proceso podría concluir mediante sobreseimiento de la causa.

Evidentemente, la reparación tiene su ámbito de aplicación más característico en los delitos que no sean graves, sin la concurrencia de violencia, y muy particularmente en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, así como en el derecho penal económico, exigiendo siempre, por la propia naturaleza de la institución, la libre aceptación de la víctima/perjudicado y del autor, así como, en el ámbito procesal, cierta concesión al principio de oportunidad respecto de los delitos para los que se prevea la reparación, aunque para evitar posibles presiones sobre personas inocentes debería exigirse siempre un reconocimiento libre de la culpabilidad por parte del acusado, así como la concurrencia de pruebas con indicios suficientes como para iniciar una persecución penal.³⁵

³⁵ Un interesante sistema se prevé en el proyecto de *Corpus Juris europeo* (versión acordada en Florencia), en cuyo art. 19.4 se distingue entre el archivo y la transacción. El "archivo" permite que se puedan concluir las investigaciones, cuando el acusado "habiéndolo reconocido su culpabilidad, ha reparado el daño y restituido, en su caso, los fondos irregularmente

3. La Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su I Encuentro (Santa Fe de Bogotá, 1995), acordó que el nuevo *Código Penal Tipo Iberoamericano* se orientara en este sentido, en el sentido de un sistema de triple vía, entendiendo que con la reparación se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y, sobre todo, se toma en cuenta a la víctima.

En realidad, la reparación es un caso claro de compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada, frente a los de compensación destructiva de la culpabilidad, en los que el autor recibe un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad (como es el caso de la pena).

Por supuesto, como ha dicho Albin Eser, coautor del *Proyecto Alternativo sobre Reparación*, la reparación no es la "piedra filosofal" del derecho penal,³⁶

perchidos" y la "transacción" tiene un alcance más amplio, pues el Ministerio Público europeo no sólo puede concluir las investigaciones, sino también detener la persecución, si ya se hubiera iniciado, e imponer, además de la restitución, el pago de una cantidad de dinero, de acuerdo con las condiciones previstas en el art. 22.2.b), que dice lo siguiente: "En cuanto a la transacción, se excluirá en los casos de reincidencia, tenencia de armas, utilización de documentos falsos o si la cantidad del fraude es superior o igual a 50.000 euros. En los demás casos podrá ser propuesta por las autoridades nacionales al Ministerio Público europeo, tanto para los asuntos que dependan de la competencia nacional (...), como para los asuntos de competencia europea, bajo las condiciones siguientes: cuando el demandado reconozca libremente su culpabilidad, cuando las autoridades dispongan de indicios suficientes de culpabilidad para justificar el envío a juicio de la causa, cuando la decisión de la transacción se haga públicamente, cuando lo acordado respete el principio de proporcionalidad. En caso de rechazo el Ministerio Público europeo debe, si ha lugar, reclamar la causa."

³⁶ Cfr. *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, realizado por un grupo de trabajo de profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos, Fundación Konrad Adenauer, CLEDDLA, Buenos Aires, 1998, trad. de Beatriz de la Gandara Vallejo, p. 10.

pero es un instrumento más que, a mi juicio, tendrá cada vez más importancia en el sistema penal de consecuencias jurídicas. En Alemania hace ya varios años (1994) que se introdujo el § 46 a), relativo a la reparación³⁷ en el StGB. En este Código, la reparación no sólo puede operar como circunstancia atenuante, sino también como verdadera causa de exclusión de la responsabilidad penal. En España, por el contrario, la reparación sólo opera como circunstancia atenuante (art. 21, 5ª, C.P.), aunque, excepcionalmente, en los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social (arts. 305.4, 307.3 y 308.4), bajo el nombre de regularización tributaria o reintegro de cantidades (en la hipótesis de fraude de subvenciones) opera como causa de extinción total de la responsabilidad penal, a pesar de estar castigados estos delitos con penas de hasta cuatro años de prisión (menos graves). Sin duda, ello es consecuencia de la intensa finalidad recaudatoria en la lucha contra el fraude fiscal.

A mi juicio, la regulación penal española debería contemplar la reparación con un carácter más amplio. Además, la reforma penal sustantiva debería de acompañarse también de una reforma procesal, que permitiera una rápida y eficaz resolución de estos supuestos, sin tener que esperar para ello a la celebración del juicio. En España rige, como princi-

³⁷ *Compensación autor-víctima, reparación del daño*. Si el autor se esfuerza por conseguir la compensación de la víctima, repara en todo o en su mayor parte el daño causado o aspira seriamente a repararlo, o repara total o sustancialmente el daño causado a la víctima, habiendo requerido tal reparación un esfuerzo personal importante o renuncia personal de su parte, el tribunal podrá atenuar la pena según el § 49, párr. 1º o, en aquellos casos en que se contempla como pena máxima un año de cárcel o una pena pecuniaria que no supere los trescientos sesenta días-multa, prescindir de la pena."

prio general, la obligatoriedad de la persecución (principio de legalidad), al contrario de lo que ocurre en otros países, como Alemania, en donde la Ordenanza procesal (*Strafprozessordnung* —StPO—) prevé para los delitos menos graves (*Vergehen*), no para los delitos graves o crímenes (*Verbrechen*), la posibilidad de que el fiscal se abstenga de su persecución, así como que pueda prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, imponiendo al mismo tiempo al inculpado, con la aprobación del tribunal competente y del propio inculpado, la imposición de determinadas prestaciones, como la reparación (§§ 153 y 153 al, StPO).

De todos modos, aunque en España no existe aún una regulación similar, hay autores que ya se han pronunciado a favor de introducir en la legislación española el principio de oportunidad,³⁸ limitado a ciertos casos de reducida gravedad, a fin de aliviar la excesiva carga de la justicia. Con razón ha dicho Balcázar que "la reforma penal no se debe agotar en la reforma del Código Penal, ... que la reparación debe ser especialmente tenida en cuenta (y que) como cualquier reforma penal, ésta debe ir también acompañada

³⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente: "Los procedimientos penales simplificados (Principio de 'oportunidad' y proceso penal monitorio)", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1457, pp. 13 y ss.; y en "Jornadas sobre la Justicia Penal en España", *Revista del Poder Judicial*, n.º especial II, 1986; VIVES ANTON, Tomás S.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en "Jornadas sobre la Justicia Penal en España", cit., p. 108, quien afirma que "la ley podría otorgar un margen al principio de oportunidad"; COMDE-PUMERO FERREIRO, Cándido: "La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal", comunicación presentada en la Conferencia de Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, Madrid, 1989; LÓPEZ BARAÑA DE GUSOGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal, Madrid, 1999, pp. 438 y ss., con amplia información sobre el contenido que se le debería dar al principio de oportunidad y referencias al derecho comparado.

da de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad, ... no resuelve el conflicto social que plantea el delito mejor que los sistemas más modernos".³⁹ Tampoco existe en el derecho penal español la transacción.⁴⁰

En España existen los acuerdos de conformidad en los arts. 655 y 784.3, en relación con el 787 de la LECrim. (ley 38/2002), con relación a delitos con penas de prisión de hasta nueve años, pero no tienen el alcance de una transacción, pues la conformidad se produce al inicio del juicio oral y tiene que referirse a la pena de mayor gravedad solicitada.

Según el nuevo art. 787.1, LECrim. española, "si la pena no excediere de seis años de prisión, el juez o tribunal dictará sentencia de conformidad", concurrendo los requisitos a los que aquel precepto se refiere. Constituye una novedad en el proceso penal español la nueva disposición contenida en el art. 801, LECrim. (Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre), que atribuye competencia objetiva al juez de Instrucción (hasta ahora únicamente con competencia para instruir), en funciones de juez de guardia, para dictar sentencia de conformidad, tratándose de delitos castigados con pena de prisión de hasta tres años, multa de cualquier cuantía o pena de cualquier otra naturaleza que no exceda de diez años, siempre que, entre otros requisitos, se baje la pena en una tercera parte.

³⁹ Balcázar, Enrique: "Alternativas a la pena privativa de libertad", *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, n.º 43-44, 1996, pp. 136 y 137.

⁴⁰ La Ley 29/1998, de 13/7, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su art. 77.1, abre una posibilidad de admitir la transacción, pues prevé que los procedimientos contencioso-administrativos en primera o única instancia puedan ser concluidos por un acuerdo con la Administración.