

¿CÓMO SE ELABORA UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*?

Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales

Primera parte: Tipicidad*

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO
Universidad de La Laguna

1. Introducción

La crítica y propuestas de reforma del Derecho positivo no se pueden realizar sin un conocimiento previo, profundo, del mismo¹. La introducción de un nuevo precepto en el Código Penal, sea en su parte general o especial, no puede ser fruto de la improvisación o de una reacción política irreflexiva². Por el contrario, parece que un precepto que puede establecer como consecuencia jurídica una pena de diez, veinte o treinta años de privación de libertad debe ser el resultado de un proceso racional de discusión, en el que por razones —in-

* Este trabajo fue elaborado durante una estancia de investigación realizada entre los meses de enero y marzo de 2003 en la Eberhard-Karls Universität de Tubinga, y es deudor de los comentarios y sugerencias realizados por los Profesores Doctores Adán Nieto Martín y Joachim Vogel, a quienes reitero mi agradecimiento.

¹ Como, con razón, señala CEREZO MIR, JOSÉ: Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 89.

² Sobre las denominadas leyes reactivas, críticamente, v. Díez RIPOLLÉS, José Luis: «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», AP, 2001/1, margs. 16 y s. También, STACHELIN, Gregor: Strafrechtsgesetzgebung im Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 116 y s., señalando la falta de distancia en relación con el objeto de regulación y el déficit de racionalidad de las mismas. Sobre su estructura típica, críticamente, AMELUNG, Knut: «Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsgesetzgebung», ZStW 92 (1980), pp. 60 y s. En relación con la reforma impulsada por el gobierno para tipificar específicamente como delito la convocatoria ilegal de referéndum, v. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Una reforma innecesaria y desproporcionada», El mundo, 29 de noviembre de 2003; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «El 'referéndum delictivo' y el Estado de derecho», El país, 4 de diciembre de 2003.

cluso— de legitimidad también debe participar la Ciencia que estudia esta disciplina³. A ésta debe corresponder —fundamentalmente— el análisis de la idoneidad político-criminal del mismo así como su formulación o configuración técnica más adecuada para la óptima realización de tales fines. Sin embargo, se sabe e incluso asume que ello no acontece siempre así, que por desgracia artículos tan importantes como el 11 o el 28 b) de nuestro Código Penal se redactan de tal forma que —a veces, incluso— ofenden a quienes se encargan de su estudio, aplicación y desarrollo. Cuando esto sucede, nuestra Ciencia

³ Recientemente, v. VOGEL, Joachim: «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft —Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre—», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pp. 107 y ss. En un sentido próximo, defendiendo la necesidad de intervención de la Ciencia en la actividad legislativa, con anterioridad, AMELUNG, Knut: «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», cit. n. 2, p. 21, quien considera tal actividad como un aspecto importante del proceso democrático; BEHREND, OKKO: «Gesetzgebung und Dogmatik», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1989/4, pp. 68 y ss.; KARPEN, Ulrich: «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1986/1, p. 27; LÜCKE, Jörg: «Die allgemeine Gesetzgebungsordnung», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2001/16, p. 29; NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Reinbek, 1973, pp. 70 y ss.; STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, p. 285. Críticamente, también, MAIHOFFER, Werner: «Gesetzgebungswissenschaft», en Günther Winkler/Bernd Schilcher: *Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik*, Springer, Wien-New York, 1981, pp. 3 y 5. En nuestra doctrina v. Díez Ripollés, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», *Jueces para la Democracia*, 1997/30, pp. 14 y 16. Más recientemente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho penal», *RDPC*, 2002/9, pp. 9 y s.

Sobre la creciente pérdida de importancia de la intervención experta en la política legislativa penal como consecuencia de la correlativa pérdida de importancia de la respetabilidad social de los programas de acción legislativa, Díez Ripollés, José Luis: «Un modelo dinámico de legislación penal», en: José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 305 y ss. Señalando la necesidad de reforzar el razonamiento político-moral, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», *RDPC*, 2003/11, pp. 110 y s.

Para un modelo racional de legislación penal, v. Díez Ripollés, José Luis: «Un modelo dinámico de legislación penal», cit. n. 3, pp. 292 y ss., quien esboza, especialmente v. pp. 314, 315, 319-21, 325 y ss., distintas posibilidades de intervención experta en las distintas fases del proceder legislativo para incrementar su contenido de racionalidad; el mismo: «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», *Doxa*, 2001/24, pp. 500 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 324 y ss. Con carácter general, v. ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 64 y ss., quien expone críticamente distintos modelos de legislación y bosqueja un interesante punto de partida para su superación.

suele reaccionar de dos formas⁴. De *lege lata*, intenta ofrecer —críticamente con la solución legal— vías de interpretación que permitan superar las carencias técnicas del precepto. Este proceder, la interpretación y reconducción a través del sistema de los distintos preceptos jurídico-penales constituye el objeto tradicional de la Ciencia del Derecho penal⁵. Mientras que de *lege ferenda*, se concreta en la elaboración de propuestas alternativas de reforma de la regulación positiva criticada. No obstante, en relación con esta última actividad científica, la propuesta de modelos alternativos de regulación de problemas jurídico-penales, sorprende que pese a su antigüedad e importancia aún carece de una base teórica mínimamente firme, mostrándose por lo general, como un proceder en exceso intuitivo.

Tanto el legislador como la Ciencia del Derecho penal carecen —prácticamente y pese a su importante tradición— de toda base teórica firme que les permita orientarse en la redacción de los preceptos legales y, en el caso de esta última, de las correspondientes propuestas y modelos de *lege ferenda*⁶. Como consecuencia, en tales actividades —tanto en la actuación legislativa como en la científica— tiene lugar un proceder intuitivo cuyos materiales se agotan en el concreto problema precisado de respuesta jurídico-penal⁷ y —en mayor o

⁴ Cfr. CERESO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción, cit. n. 1, pp. 71 y ss. y 88 y ss.

⁵ Por todos, v. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 36 y ss., y 105 y ss. Con carácter general, también, v. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Dogmática jurídica y teoría de la legislación», Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1982/3, p. 79.

⁶ Críticamente, v. HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», *Jura*, 1986/2, p. 57; MAIHOFFER, Werner: «Gesetzgebungswissenschaft», cit. n. 3, pp. 3 y ss.; SCHREIBER, Hans-Ludwig: «Ist eine Effektivitätskontrolle von Strafgesetzen möglich?», en *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Nomos, 1984, pp. 178 y s.; TRIFFTERER, Otto: «Welche Aufgaben hat eine Gesetzgebungstheorie in der Rechtswissenschaft?», en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, München, 1978, pp. 505, 507; VOGEL, Joachim: *Juristische Methodik*, de Gruyter, Berlin, 1998, p. 197. En nuestra doctrina, ya SALVADOR CODERCH, Pablo: «Introducción», en *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa: La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 23 y ss. Más recientemente, Díez Ripollés, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit. n. 3, p. 14; el mismo: «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», cit. n. 2, marg. 22.; el mismo: «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», cit. n. 3, pp. 491 y ss., y 515 y ss. Con carácter general, ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. n. 3, pp. 9, 71 y s.

⁷ Sobre el impulso problemático en la creación de las normas jurídicas, ampliamente, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 72 y ss. También, HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», cit. n. 6, pp. 60 y ss.; KARPEN, Ulrich: «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik

menor medida— los conocimientos sobre su tratamiento teórico y jurisprudencial. Sin embargo, tales materiales se han mostrado —insisto— en exceso insuficientes. Porque la configuración o su propuesta —en el caso de la Ciencia— de un precepto jurídico-penal requiere de una perspectiva más amplia que la estrictamente problemática y una base teórica mayor y más especializada que la correspondiente al tratamiento teórico del problema técnico-jurídico en cuestión.

En este sentido, no debe olvidarse que ya la naturaleza jurídica de un precepto penal puede determinar una diferente relación con un concreto principio jurídico como, por ejemplo, el principio de legalidad⁸. Esta circunstancia explica, por ejemplo, el hecho de que la previsión legal de la analogía en el número 6.º del artículo 21 de nuestro Código Penal no haya merecido un rechazo frontal por parte de nuestra doctrina, donde con razón se reprocha la exclusión de la posibilidad de aplicar eximentes por el mismo procedimiento de integración⁹, pero sea impensable en sede de tipicidad¹⁰. Pero, sobre todo, se debe tener presente que las principales categorías dogmáticas en las que se suele estructurar la teoría jurídica del delito —fundamentalmente, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— se sujetan a distintos principios y cumplen diferentes funciones político-criminales¹¹, y que tales principios y funciones deben orientar ya —en

Deutschland», cit. n. 3, pp. 23 y ss.; MAIHOFFER, Werner: «Gesetzgebungswissenschaft», cit. n. 3, pp. 27 y ss.; VOGEL, Joachim: *Juristische Methodik*, cit. n. 6, pp. 199 y ss. En nuestra doctrina, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit. n. 3, pp. 13 y ss.; el mismo: «Un modelo dinámico de legislación penal», cit. n. 3, pp. 296 y ss.

⁸ Sobre este principio, garantías y problemática, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción, cit. n. 1, pp. 198 y ss. Sobre su plasmación en la reciente doctrina constitucional, v. CUERDA RIEZU, Antonio: «Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal», en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.): *El nuevo Derecho Penal español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 167 y ss.

⁹ Cfr. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción, cit. n. 1, pp. 213 y s.

¹⁰ Así, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción, cit. n. 1, p. 172. Señalando la diferente intensidad y manifestación del principio de legalidad en estas categorías, ya, MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a Claus Roxin: *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. castellana de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, p. 8. Más recientemente, por ejemplo, SCHÜNEMANN, Bernd: «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad», trad. castellana de Carlos J. Suárez González, en Jesús María Silva Sánchez (edit.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 222.

¹¹ Fundamental, ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. castellana e introducción de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, *pássim*.

aras de una mayor racionalidad— la redacción de los preceptos según se integren en una u otra categoría jurídico-penal¹². Sin embargo, todas estas —y otras— cuestiones, pese a su evidente relevancia, siguen sin recibir la atención que merecen por parte de nuestra disciplina. Pese al incipiente interés, todavía se carece de una base teórica específica que, atendiendo a la naturaleza y principios que informan los institutos jurídico-penales, sirva de orientación en la configuración legal de una compleja figura delictiva, una causa de justificación o una nueva forma de intervención accesoria, por poner tres ejemplos.

Con este primer artículo comienza una serie de cuatro trabajos mediante los que pretendo participar en una discusión que en los últimos años va adquiriendo cada vez más importancia dentro de la Ciencia del Derecho penal europea, me refiero a la denominada teoría de la legislación penal («*Strafgesetzgebungslehre*»), entendida como aquella disciplina que estudia la forma y contenido de las normas jurídico-penales con el fin de obtener criterios, directrices e instrucciones para una elaboración y configuración más racional de las mismas¹³. El trabajo se circunscribe —fundamentalmente— al nivel de racionalidad legislativa que se ha denominado —con carácter general— como jurídico-formal¹⁴. Como he dicho, constará de cuatro

Más recientemente, el mismo: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., C. H. Beck, München, 1997, pp. 167 y ss. margs. 51 y ss. Críticamente, AMELUNG, Knut: «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en Bernd Schünemann (compilador): *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 96 y ss.; STRATENWERTH, Günter: «Buchbesprechungen: Roxin, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*», *MschKrim*, 1972/4, p. 197. En nuestra doctrina, CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. PG II. Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998, pp. 23 y s. Anteriormente, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a Claus Roxin: Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit. n. 10, pp. 11 y ss.

¹² Así, ya, AMELUNG, Knut: «*Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*», cit. n. 2, pp. 42 y s.

¹³ Según la definición de NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, p. 15. En un sentido próximo, MAIHOFER, Werner: «*Gesetzgebungswissenschaft*», cit. n. 3, p. 24, concreta su objeto en el estudio del deber ser del comportamiento legislativo; siguiendo al anterior, HILL, Hermann: «*Einführung in die Gesetzgebungslehre*», cit. n. 6, p. 57 (críticamente, sin embargo, v. ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. n. 3, pp. 18 y s.). En nuestra doctrina, por ejemplo, v. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Introducción», cit. n. 6, pp. 10 y ss. También, ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. n. 3, pp. 17 y ss., quien habla de técnica legislativa, frente a una teoría de la legislación que tendría por objeto, p. 23, la «reflexión sobre los problemas de naturaleza más abstracta y conceptual que no tiene, al menos a corto plazo, una finalidad de tipo práctico».

¹⁴ V. ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. n. 3, pp. 32 y ss.

partes: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, en las cuales se estudiarán la redacción de los preceptos jurídico-penales atendiendo a los principios y criterios que —según su adscripción a una u otra categoría de la teoría jurídica del delito— deben inspirar su redacción, es decir, se trata de determinar los elementos que deben integrar las definiciones y formulaciones legales de los preceptos jurídico-penales así como su ordenación para maximizar —o cuando menos, facilitar— la realización de los concretos principios que los informan, ofreciendo, de este modo, unas pautas al legislador y a nuestra Ciencia en esa actividad en la que tantos errores se suelen cometer.

En esta primera parte, comienzo por la tipicidad.

2. Algunos problemas de parte general

La tipicidad, entendida como primer elemento o componente del concepto jurídico de delito, constituye la categoría jurídico-penal en la que se comprenden los supuestos de hecho o, más concretamente, comportamientos —esto es, acciones u omisiones— a los que se atribuye la consecuencia jurídico-penal por antonomasia: la pena¹⁵. También, desde la perspectiva de la norma primaria o de conducta, podría definirse como aquel primer elemento de la teoría jurídica del delito en el que se describe y caracteriza lo que constituye la materia de prohibición¹⁶, esto es, las conductas prohibidas por las normas jurídico-penales. Se trata, en ambos sentidos, de una categoría jurídico-penal a la que se atribuye primordialmente una función tanto de garantía como de prevención, así como más recientemente, y superando el formalismo de sus comprensiones iniciales, de explicación —más que de expresión— de su contenido —lo típico— en cuanto manifestación de la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico¹⁷. La tipicidad *explica, delimita y comprende* aquel

¹⁵ Ampliamente, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG II. Teoría jurídica del delito, cit. n. 11, pp. 81 y ss.

¹⁶ Aunque no sólo; con razón, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG II. Teoría jurídica del delito, cit. n. 11, pp. 96 y s.

¹⁷ En este último sentido, como explicación, entiendo la comprensión que hace AMELUNG, Knut: «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», cit. n. 11, pp. 96-99, quien atribuye a la tipicidad una función de descripción y delimitación de «un injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado», criticando el excesivo formalismo de la inicial comprensión de ROXIN. Siguiendo a AMELUNG, SCHÜNEMANN, Bernd: «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad», cit. n. 10, p. 221. En un sentido próximo, STRATENWERTH, Günter: «Buchbesprechungen: Roxin, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*», cit. n. 11, p. 197.

sector de la realidad social que —por distintas razones de carácter político-criminal— se le ha atribuido carácter delictivo y cuya realización se pretende evitar mediante la amenaza de pena. En esta misma línea, CERESO comprende en el tipo de lo injusto «todas aquellas circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva»¹⁸.

Cualquiera de las definiciones que se ofrecen —en el sentido indicado— de esta categoría permite inferir ya por qué la denominada teoría del tipo ha sido desarrollada —aunque, por desgracia, no siempre¹⁹— bajo el *leitmotiv* de la determinación legal²⁰. También el descuido o significado secundario de su contenido material en favor de definiciones y comprensiones más formalistas. Porque el estudio, explicación y desarrollo dogmático de una categoría en la que se contienen la totalidad de las descripciones de la materia de prohibición —aunque, insisto, en ello no agota su contenido—, que recoge los supuestos de hecho a los que se vincula la consecuencia jurídica más gravosa de las que prevé nuestro ordenamiento jurídico, persigue ante todo —y al menos desde la decisiva contribución de BELING²¹— la delimitación más clara y precisa posible del ámbito de lo punible. Antes incluso que su explicación como tal. Y por esta misma razón se comprende que en las discusiones científicas relativas a los conceptos e institutos encuadrados en el ámbito del tipo como, por ejemplo, la autoría o las distintas formas de intervención accesorias, sobre especial relevancia el argumento de la seguridad jurídica en relación con la mayor o menor concreción de las diferentes soluciones propuestas. Mayor incluso que los argumentos de carácter sistemá-

¹⁸ CERESO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG II. Teoría jurídica del delito, cit. n. 11, p. 94.

¹⁹ Sobre la crisis que sufre el principio de legalidad con el advenimiento de los regímenes totalitarios, v. CERESO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción, cit. n. 1, pp. 201 y s.

²⁰ Expresamente, v. ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 11, pp. 40 y ss.; el mismo: Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (trad. castellana de Prof. Dr. Enrique Bacigalupo Zapater), Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 170. Más recientemente, el mismo: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit. n. 11, pp. 169 y s. margs. 55 y s. También, v. FRISCH, Wolfgang: «An den Grenzen des Strafrechts», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 91 y ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, cit. n. 5, pp. 47 y ss. Con carácter general, ofreciendo un fundamento jurídico-constitucional de este principio, LÜCKE, Jörg: «Die allgemeine Gesetzgebungsordnung», cit. n. 3, pp. 9 y ss.

²¹ Así ya BELING, Ernst: *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906, pp. 21 y ss.

tico o material. Porque en la teoría del tipo se trata de explicar, ante todo, qué es lo punible.

Pese a la trascendencia creativa de la dogmática, el establecimiento y delimitación de lo típico en su marco —más— abstracto y originario es tarea del legislador. Éste, mediante la descripción de un supuesto de hecho y su vinculación a una pena en una norma jurídica, establece los términos vinculantes e ineludibles de la discusión científica, esto es, del trabajo de creación, interpretación y desarrollo sistemático que realiza la dogmática²². Ello se advierte de forma especialmente clara en relación con las distintas figuras delictivas recogidas en la parte especial del Código Penal. Piénsese, por ejemplo, en las discusiones relativas a las conductas subsumibles —o no— en los artículos 139 ó 368 del mismo, particularmente en los problemas relativos a la apreciación —o no— del tipo objetivo. Sin embargo, la tipicidad no sólo se manifiesta en las figuras delictivas que se recogen en esta última parte del Código Penal. También en su parte general. Pues en ella se recogen determinadas cláusulas que permiten extensiones del ámbito de lo punible en relación con figuras delictivas como las acabadas de citar.

Aquí, no me refiero tanto a la mención expresa de determinadas figuras o institutos, como sucede, por ejemplo, en el artículo 28 CP en relación con la autoría mediata²³. Tampoco a aquellos otros preceptos jurídico-penales sobre cuya naturaleza declarativa o constitutiva aún parecen existir ciertas dudas, como se observa en nuestra doctrina en relación con el artículo 11 CP²⁴. Me refiero ante todo a aquellos pre-

²² Ampliamente, BALDÓ LAVILLA, Francisco: «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en Jesús-María Silva Sánchez (ed.): *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 360 y ss.

²³ De otra opinión, sin embargo, CEREZO MIR, José: «Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1.990», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, p. 41, entiende necesaria la introducción de la figura del autor mediato en el CP, dado que éste «no realiza la acción típica y no es posible castigarle siempre como inductor o cooperador necesario». En un sentido distinto, HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada, 1996, p. 60, cree conveniente su introducción en aras de un reforzamiento del principio de legalidad.

²⁴ Así, por ejemplo, v. las diferentes posiciones de HUERTA TOCILDO, Susana: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 50-52, quien se pronuncia expresamente a favor de un sistema de cláusulas múltiples con expresión de las posiciones de garantía; ROMEO CASABONA, Carlos María: «El Anteproyecto de Código Penal de 1992», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 16 y s.; el mismo: «Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje al Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, quien entiende que el

ceptos sobre cuya naturaleza constitutiva existe un cierto consenso doctrinal, preceptos que recogen institutos que son comprendidos mayoritariamente como establecimiento expreso e inequívoco de ámbito punible, si bien mediante cláusulas de remisión a las figuras delictivas que se tipifican en la parte especial. Éste es el caso, por ejemplo, de la tentativa o de las distintas formas de intervención accesoria²⁵.

La especial ubicación de estos preceptos y el modo de conformación —mediante remisión— de las estructuras típicas que recogen no permiten obviar el hecho de que también en ellos se trata de tipicidad. Por tanto, la composición y configuración de sus definiciones legales, en tanto que tendentes, deberán orientarse según los mismos principios y razones —generales— de carácter político-criminal que las figuras delictivas que se establecen en la parte especial.

sistema de cláusula general, aunque insuficiente, da «un cumplimiento mínimo al principio de legalidad»; el mismo: «Límites de los delitos de comisión por omisión», en: Enrique Gimbernat Ordeig, Bernd Schünemann y Jürgen Wolter (edits.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de publicaciones. Facultad de Derecho, Madrid, 1994, p. 44 y s. En sentido contrario a los anteriores, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La regulación de la «comisión por omisión» (artículo 11)», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 59 y ss., especialmente, p. 64, quien rechaza la necesidad de esta cláusula, por un lado, dada la praxis judicial española y, por otro, porque entiende que estos comportamientos son ya «inscribibles en los tipos de la Parte Especial por ser «estructuralmente idénticos» (...en el plano normativo de las estructuras de imputación) a los supuestos de realización activa de los mismos». Así ya, el mismo: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 123 y ss., 133, 136, 142, 144 y ss, y, de forma expresa, p. 369. Para un resumen de las diferentes posturas existentes en nuestra doctrina, con numerosas referencias bibliográficas, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La regulación de la «comisión por omisión» (artículo 11)», cit. n. 24, pp. 58-60.

²⁵ Así, ya, ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 11, p. 47. En nuestra doctrina, en relación con la tentativa, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 186. En el mismo sentido, por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, Ángel: «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 170 y s. En sentido contrario, desde una concepción monista de lo injusto, MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Rosa: *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 78 y ss. Críticamente, sobre esta última concepción de lo injusto, v. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Prólogo a Alcácer Guirao, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. XV y ss. Con reservas en relación con las formas de intervención accesorias, también, v. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 410 y ss.

Las estructuras y definiciones legales de estos institutos, al igual que las previstas en la parte especial, se conforman mediante —la introducción y combinación de— dos tipos de componentes: componentes descriptivos y componentes —que podríamos denominar— desvalorativos. Los primeros, los componentes de carácter descriptivo, son aquellos que permiten delimitar el instituto jurídico-penal tanto como hecho o realidad empírica, ofreciendo pautas o elementos susceptibles —en mayor o menor medida— de comprobación o constatación empírica y que ayudan a determinar la forma de manifestación «externa» del instituto, como en cuanto realidad axiológica, mediante la realización o confirmación del correspondiente juicio de valor, dentro de los diferentes procesos lesivos. Esta primera clase de elementos son aquellos que, por ejemplo, permiten configurar a la inducción no como una forma de participación sin más, esto es, como un mero cooperar, sino como aquella forma especial de cooperación a la ejecución del delito que tiene lugar mediante una *incitación o inducción directa*. Mediante esta clase de elementos se puede definir también a la tentativa como una actuación por la que el actor «da comienzo a la ejecución del hecho *directamente por hechos exteriores*», y concretar que la misma exige la práctica de «*todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*», por poner otro ejemplo. Mientras que los componentes de carácter desvalorativo o, como se manifiestan de forma más frecuente, descriptivo-desvalorativo son aquellos elementos que configuran el significado del instituto en términos de desvalor²⁶, es decir, que permiten confi-

²⁶ La clasificación propuesta diverge de la tradicional que distingue entre elementos descriptivos y normativos, comprendiendo en estos últimos la totalidad de los componentes que llevan implícito un juicio de valor. Así, por ejemplo, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG II. Teoría jurídica del delito, cit. n. 11, pp. 116 y ss. Sobre su origen, ampliamente, ROXIN, Claus: *Teoría del tipo penal*. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, cit. n. 20, pp. 56 y ss. Críticamente sobre la misma, STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, p. 224. En nuestra doctrina, TORIO LÓPEZ, Ángel: «Elementos teleológicos y científicos en el tipo del injusto», en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.): *El nuevo Derecho Penal español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 817 y ss., quien señala la necesidad de superar la dualidad elementos descriptivos-normativos, e integrar los elementos teleológicos y los científicamente conformados. Aquí por razones de claridad explicativa, distingo entre elementos descriptivos, de carácter fenotípico o axiológico, y desvalorativos, esto es, aquellos elementos que configuran el significado del instituto en términos de desvalor. Esta distinción se explica porque no todo componente de una definición legal, sea de carácter fáctico o axiológico (como podrían ser, por ejemplo, los conceptos de acto o necesidad), tiene por objeto delimitar el contenido de desvalor del instituto, sino que pueden perseguir —en aras de la realización del *nullum crimen*— tan sólo su delimitación como realidad (empírica o axiológica).

gurar y describir el instituto como «un injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado»²⁷. Esta segunda clase de elementos permiten reflejar su significado material en cuanto entidad jurídico-penalmente no tolerada de riesgo o establecer diferencias materiales —igualmente, en términos de desvalor— entre tipos privilegiados y agravados o entre los diferentes institutos y figuras delictivas.

Si bien es frecuente encontrar elementos estrictamente descriptivos, como podría ser la función de alguno de los componentes señalados en la definición de la tentativa, esta segunda clase de elementos, los elementos desvalorativos, muestran —por lo general— una virtud descriptiva adicional. Esta última circunstancia se observa claramente en relación con componentes como la alevosía, el ensañamiento o la cooperación al hecho «con un acto sin el cual no se habría efectuado», tal y como se establece en el artículo 28 b) del Código en relación con la cooperación necesaria. Estos componentes típicos, al tiempo que permiten describir con más precisión la conducta delictiva, ayudan al legislador a configurar su contenido de desvalor²⁸, así como a establecer diferencias —en estos mismos términos— con otros institutos y conductas delictivas previstas en el Código.

Obviamente, la opción por uno u otro tipo de componentes no es una cuestión de azar. Como es sabido, en sede de tipicidad el legislador se encuentra, ante todo, sujeto al mandato de determinación en la elección de los mismos. También —y en mayor o menor medida— a principios como los de adecuación y proporcionalidad. Por tanto, en la configuración de la definición legal de un instituto de la parte general o una figura delictiva de la parte especial, no se trata de elegir elementos cualesquiera o de optar arbitrariamente entre unos y otros, con independencia de su contenido y carácter descriptivo o desvalorativo. Ni siquiera se trata de una cuestión de estricta lógica o de técnica lingüística²⁹. La configuración de las definiciones legales

²⁷ En el sentido indicado por AMELUNG, Knut, v. n. 17.

²⁸ Sólo cuando se considera este segundo aspecto, se puede admitir la definición de la técnica legislativa como una forma de «subsunción invertida», como hace, por ejemplo, MAIHOFER, Werner: «Gesetzgebungswissenschaft», cit. n. 3, p. 25. Porque no se trata de abstraer o formular sin más un tipo penal a partir de un determinado tipo de conductas, se trata de tipificar antijuridicidad. Críticamente, también, v. VOGEL, Joachim: «Strafgesetzbuch und Strafrechtswissenschaft —Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzbuchlehre—», cit. n. 3, p. 113.

²⁹ En relación con la terminología a emplear para la configuración de los preceptos, ampliamente, v. NOLL, Peter: Gesetzgebungslehre, cit. n. 3, pp. 244 y ss., 258 y ss. En nuestra doctrina, recientemente, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de

de la materia objeto de prohibición por parte de las normas jurídico-penales debe ofrecer una delimitación clara del ámbito de lo punible, señalar con el mayor grado de precisión posible qué conductas se encuentran prohibidas por las mismas. Además, debe tratarse de un supuesto de hecho y una definición axiológicamente coherente con el modo de reacción —esto es, jurídico-penal— así como con la concreta consecuencia jurídica. El legislador debe elegir los elementos descriptivos y desvalorativos idóneos para transmitir satisfactoriamente al intérprete la materia objeto de prohibición, en tanto injusto agravado, así como permitir su determinación³⁰.

De esta circunstancia se infiere, ya en un primer momento, una necesaria preferencia de los componentes descriptivos y desvalorativos de carácter objetivo frente a los componentes subjetivos en la configuración legal de los preceptos jurídico-penales. Al menos, en

peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, p. 158 n. 187, quien señala la conveniencia de utilizar «aquellos términos y expresiones que posean un núcleo semántico más claro. Lo que implicará..., la preferencia por expresiones cargadas de referencia empírica frente a las valorativas o abstractas allí donde sea posible». En cualquier caso, la idoneidad o adecuación del lenguaje legal no se juzga con criterios estéticos o literarios, sino a partir de la función de la norma. Como señala NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, p. 246, «bueno es el lenguaje legal adecuado a su función». En un sentido próximo, HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», cit. n. 6, pp. 63 y s.; KLUG, Ulrich: «Die verständliche Norm», en *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Nomos, 1984, pp. 41 y ss., advirtiendo que el destinatario de referencia no debe ser el ciudadano, sino aquel a través de cuya actividad —aplicación de la norma, información sobre la misma, etc.— les son transmitidas las normas; TRIFFTERER, Otto: «Welche Aufgaben hat eine Gesetzgebungstheorie in der Rechtswissenschaft?», cit. n. 6, pp. 505, 511 y s.

³⁰ Porque es el legislador, no el operador jurídico, quien debe determinar el contenido esencial del Derecho. Y aunque «el principio de legalidad de los delitos y las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización», como advierte CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción, cit. n. 1, p. 206, el legislador debe ofrecer una fórmula que permita un grado de realización razonable, de tal modo que el precepto genere un mayor número de supuestos inequívocos que dudosos o fronterizos, siendo la regulación tanto más acertada cuanto más aumenta la desproporción de esta relación a favor del primer grupo de supuestos (así, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 185 y s.). Sobre la progresiva relativización del mandato de determinación, v. LENCKNER, Theodor: «Strafgesetzgebung in Vergangenheit und Gegenwart», en *Tradition und Fortschritt im Recht*, 1977, pp. 253 y ss. Más recientemente, STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 213 y ss. En nuestra doctrina, señalando «el manifiesto abandono del *mandato de determinación* en los tipos que, con toda probabilidad, pasarán a configurar el Derecho penal de la criminalidad transnacional», SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 100. Sobre su relativización en la reciente doctrina constitucional, v. CUERDA RIEZU, Antonio: «Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal», cit. n. 8, pp. 172 y ss.

sede de tipicidad. La razón se encuentra en la mayor aptitud que muestran los primeros de cara a la concreción de las distintas estructuras típicas. Los componentes de carácter subjetivo, pese a su pretendida idoneidad para definir el contenido de desvalor de las figuras delictivas³¹, o su facilidad de representación, muestran mayores dificultades —cuando no auténtica impracticabilidad— en su concreción³², dada la imposibilidad de acceder a la conciencia activa de los actores que intervienen en la comisión de un delito y —por lo general— al plano donde deben constatarse este tipo de elementos. De ahí que buena parte de la conformación de las estructuras típicas definidas en los preceptos con profusión de elementos de dicha naturaleza se deja, en última instancia, en la absoluta discrecionalidad de los diferentes operadores jurídicos, al carecer de suficientes parámetros legales de referencia de carácter objetivo.

Así, por ejemplo, si la figura del cooperador necesario, en vez de delimitarse mediante componentes objetivos como el señalado de «un acto sin el cual [la ejecución del hecho] no se habría efectuado», se delimitase a través de componentes subjetivos como —supongamos— la exigencia de un «*animus auctoris*» en el interviniente accesorio, esto es, castigando como cooperador necesario a «quien coopere a la ejecución del hecho con voluntad de autor», entonces mediante la introducción de este último elemento en su definición legal se consigue desdibujar completamente la figura de la cooperación necesaria, puesto que una definición legal de este estilo permite abarcar en su tenor literal desde la contribución más insignificante hasta la más decisiva para la ejecución del delito. El componente típico subjetivo «*animus auctoris*», dada la inaccesibilidad del plano —volitivo del actor— en el que se mueve³³, permite en la práctica

³¹ Así, por ejemplo, ROMEO CASABONA, Carlos María: «La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos personalmente protegidos», en Juan I. Echano Basaldúa (coord.): Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 535.

³² Señala este aspecto, MUÑOZ CONDE, Francisco: Prólogo a José Luis Díez Ripollés: Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 9 y s. También, ampliamente, v. Díez Ripollés, José Luis: Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 51 y ss.

³³ En este sentido, por ejemplo, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho Penal, PPU, Barcelona, 1991, p. 330, quien señala en relación con este tipo de criterios que se trata de «elementos subjetivos indemostrables (*animus* como pura fórmula), que, con ellos, es posible fundamentar cualquier cosa en un mismo caso»; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 97; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho penal, cit. n. 23, pp. 18 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 161 y ss.; OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: La inducción como forma de parti-

todo tipo de concreción. Por este motivo la definición que actualmente se recoge en el artículo 28 b) del Código Penal, si bien no constituye un modelo de técnica legislativa, dadas sus excesivas connotaciones causales y las dificultades que ofrece para la explicación de esta figura³⁴, es preferible frente a una definición realizada mediante componentes subjetivos como el señalado, ya que la misma permite al menos inferir un elemento de carácter objetivo que determina —en mayor o menor medida— la forma de intervención accesoria que define: la importancia³⁵. La definición legal recogida en el artículo 28 b) de nuestro Código Penal, aunque muy imperfecta, permite extraer de ella que el cooperador necesario se caracteriza por realizar una contribución importante para la ejecución del hecho principal.

En cualquier caso, y pese a los inconvenientes que presenta la actual definición legal de la cooperación necesaria, no comparto la opinión de CERESO cuando pide la desaparición de una segunda forma cualificada de participación³⁶, ya que no creo que de *lege feren-*

cipación accesoria, cit. n. 25, p. 163, entiende que esta fórmula «constituye una realidad psíquica inaprehensible, ...una fórmula «vacía» que deja a la absoluta discrecionalidad judicial la determinación de aquella, por lo que se destaca como incompatible con el principio de determinación y el mandato de seguridad jurídica». Anteriormente ya GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Autor y cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, 1966, pp. 50-3. En la doctrina alemana, por todos, ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., Walter de Gruyter, 2000, pp. 56 y ss.

³⁴ Ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, capítulo sexto, apartado, II, B, 1.

³⁵ V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit. n. 33, p. 152.

³⁶ CERESO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, pp. 45 y s.; el mismo: «Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995», en *Festschrift für Claus Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, p. 556; el mismo: *Curso de Derecho Penal español*. PG III. Teoría Jurídica del delito/2, cit. n. 25, p. 247. Siguiendo al anterior, GRACIA MARTÍN, Luis: «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», AP 1994/1, margs. 359 y s.; PÉREZ ALONSO, Esteban J.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal, Comares, Granada, 1998, pp. 416-9. Críticamente, también, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín/PRATS CANUT, José M.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 636. De otra opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «¿Es necesaria la cooperación necesaria?», en: José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 654, quien entiende que esta figura «permite mantener un concepto auténticamente restrictivo de autor»; con matices, el mismo: «¿Son el dominio

da lo más adecuado sea establecer para el cómplice una atenuación meramente facultativa de la pena prevista para el autor, tal y como propone este penalista³⁷. La razón de mi postura no reside en el hecho de que con ello se elimine la posibilidad de recurrir en casación contra la calificación realizada por el Tribunal³⁸, cuestión que podría resolverse por otros cauces³⁹. A mi juicio, el motivo para no aceptar la propuesta de CERESO se halla en la posibilidad que ofrece la cooperación necesaria de racionalizar y establecer diferencias en el marco de la responsabilidad jurídico-penal de carácter accesorio. La previsión de una tercera forma diferenciada de participación, evita un concepto exagerado de complicidad y, al mismo tiempo, permite y obliga a una mejor delimitación de las distintas formas de intervención accesoria ya en sede de tipicidad⁴⁰. En otro lugar, he sometido la siguiente propuesta a discusión⁴¹: «2. Serán considerados autores a efectos de pena:

b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con actos de especial relevancia». Aunque quizá sería preferible sustituir el componente «especial relevancia» por «especial desvalor» o cualquier otro que se muestre más idóneo para hacer referencia expresa a los términos en que —a mi juicio— debe entenderse la importancia del comportamiento de este cómplice cualificado, esto es, en términos de desvalor. En cualquier caso, entiendo que ambas formulaciones ofrecen un modo —más o menos— satisfactorio de salvar los graves problemas de interpretación que plantea la definición legal que se recoge actualmente en el artículo 28 b) CP.

Estas mismas razones permiten, a mi juicio, valorar negativamente la regulación de la tentativa que se recoge en el § 22 del Código Penal alemán. Según se establece en dicho precepto, «intenta un

funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (y III)», RDPC, 2002/10, p. 444; DURÁN SECO, Isabel: «Reflexiones sobre la coautoría en los supuestos del tirón», RDPC, 2000/6, p. 467.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Como entiende GÓMEZ RIVERO, Carmen: «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *La Ley*, 1996/1, p. 1627.

³⁹ Ampliamente, PÉREZ ALONSO, Esteban J.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal, cit. n. 36, p. 416.

⁴⁰ En este sentido también GÓMEZ RIVERO, Carmen: «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», cit. n. 38, p. 1627. Más recientemente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «¿Es necesaria la cooperación necesaria?», cit. n. 36, pp. 667 y s.; el mismo: «¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (y III)», cit. n. 36, p. 445.

⁴¹ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 34, p. 400, especialmente v. n. 243, donde se recogen también las recientes propuestas realizadas por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DURÁN SECO.

hecho punible quien según su representación del hecho inicia directamente la realización del tipo», tomando de este modo el legislador germano postura a favor de las concepciones objetivo-subjetivas de la tentativa⁴². Con independencia de los específicos problemas que plantea esta concreta regulación en relación con los supuestos de tentativa inidónea e irreal, o la inseguridad jurídica que genera la determinación del comienzo de ejecución desde la perspectiva del autor⁴³, entiendo que la remisión a la representación del hecho que se construye el autor no constituye un elemento idóneo para la delimitación del ámbito de lo típico, dadas las enormes dificultades que ofrece su practicabilidad⁴⁴. Por este motivo también entiendo insuficiente la introducción del momento objetivo de la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo, introducida para limitar el desbordamiento de lo punible que provocan las teorías subjetivas⁴⁵. Porque el mismo se subordina a un momento subjetivo que genera —y generará— excesiva incertidumbre mientras el grado de desarrollo de la Ciencia jurídica penal no permita acceder a lo que acontece en la mente de las personas.

Cuando se aborda la formulación legal de un instituto como la tentativa la observancia del mandato de determinación no se satisface mediante la introducción aleatoria de componentes de cualquier carácter en su definición. Se trata tanto de introducir componentes descriptivos y desvalorativos idóneos para la configuración legal del instituto de acuerdo con su «*apariencia externa*» y significado en términos de desvalor, cuanto que sean determinables con un margen de seguridad y certidumbre —relativamente— aceptable. Sólo cuando su concreción muestra un grado de resistencia razonable se cumple efectivamente con el denominado mandato de determinación.

⁴² Ampliamente, v. FARRÉ TREPAT, Elena: La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 173 y ss.

⁴³ En este sentido, con razón, señala SOLA RECHE, Esteban: La llamada «tentativa inidónea» de delito, Comares, Granada, 1996, pp. 144 y s., que «la valoración, desde esa perspectiva, de hechos con igual apariencia nos puede llevar a resultados distintos», pues está condicionada a la comprensión del sujeto. En relación con los problemas que plantea esta definición legal para los supuestos de tentativa inidónea e irreal, v., *op. cit.*, pp. 234 y s. En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, Comares, Granada, 2000, p. 95.

⁴⁴ Sobre los criterios de interpretación de este componente subjetivo en la doctrina alemana, v. FARRÉ TREPAT, Elena: La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, cit. n. 42, pp. 174 y ss.

⁴⁵ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 513 y s.

En este último sentido, entiendo preferible la definición que se recoge en el artículo 16 de nuestro Código Penal, porque en el mismo los componentes típicos que se introducen, en concreto: «directamente por hechos exteriores» y «objetivamente deberían producir el resultado», muestran una mayor facilidad para su constatación empírica y remiten a una instancia externa y objetiva —esto es, intersubjetiva— de valoración⁴⁶. El legislador en la delimitación del ámbito de la tentativa evita remitir al intérprete, a través de la introducción de componentes como la representación del autor, a ese mundo «arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos, querer e impulsos motivadores»⁴⁷, y difuminar así —a mi juicio— intolerablemente el ámbito de lo punible. Por el contrario, nuestro legislador parece establecer límites razonablemente precisos⁴⁸: la tentativa se extiende a conductas sobre las que debe existir un mínimo consenso en relación con su grado de peligrosidad para el bien jurídico⁴⁹. La configuración del precepto no sólo se muestra así más consecuente desde su función de protección de bienes jurídicos mediante la confirmación de expectativas normativas: su estructura típica se erige sobre el momento objetivo que justifica la prohibición de tales conductas, el grado de peligro que generan para los bienes jurídico-penalmente protegidos⁵⁰. Además,

⁴⁶ Sobre su incidencia en el contenido de las normas jurídico-penales, críticamente, sin embargo, v. CERREZO MIR, José: «La regulación del «*iter criminis*» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español», *RDPC*, 1998/1, pp. 20 y ss., especialmente, 22 y s.

⁴⁷ STS 29 enero 1992 (A. 581), citada por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999, p. 191. Con más referencias jurisprudenciales similares, v. LAURENZO COPELLO, Patricia: Dolo y conocimiento, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 126 n. 27.

⁴⁸ En este sentido también señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 133, que, con la introducción del adverbio «objetivamente», el nuevo texto del artículo 16 «cumple una de las funciones de la codificación, cual es la de fijar el marco de la discusión», si bien celebra que el legislador haya dejado a la doctrina «la ulterior precisión de que debe entenderse por «objetivo», o, mejor, donde se halla el límite de lo «objetivo». Relativizando su significado, ALCÁCER GUIRAO, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, cit. n. 48, pp. 462, 463, 466 y ss.

⁴⁹ Ampliamente, v. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, cit. n. 43, pp. 378 y ss.

⁵⁰ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, cit. n. 43, pp. 385 y ss., señalando, pp. 468 y s., que «la exigencia dispuesta por el Código Penal para las acciones de tentativa es la de que sean peligrosas. La expresión de que «objetivamente debería producir el resultado» debe asociarse a la potencialidad causal de la acción, y la causalidad (potencial) es un fenómeno externo, no interno: perteneciente al mundo de lo fáctico, no al mundo de lo mental, de la representación del autor».

mediante el empleo de esta clase de componentes en la configuración de su definición legal, dota a este instituto de unos contornos —en mayor o menor medida— determinables.

La toma de postura en relación con la conveniencia —o no— de introducir una profusión de componentes subjetivos en la elaboración de los preceptos jurídico-penales, no puede realizarse de espaldas a la discusión doctrinal que está teniendo lugar en relación con el componente subjetivo por antonomasia dentro de la teoría jurídica del delito, el concepto jurídico-penal de dolo. En este sentido, entiendo que en un momento en el que se viene cuestionando —y parece que— cada vez más la idoneidad de introducir aspectos volitivos en la definición de este instituto⁵¹, cuando se ha mostrado que las concepciones psicologicistas encuentran enormes problemas de aplicabilidad⁵², no parece conveniente que el legislador trate de delimitar

⁵¹ Así, por ejemplo, v. ALCÁZER GUIRAO, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, cit. n. 43, pp. 389 y s., quien entiende auspicada esta «progresiva disminución de la relevancia del elemento volitivo, de la intención, ... a raíz del giro metodológico y valorativo que ha llevado a dar prioridad a la protección de bienes jurídicos frente a perspectivas ético-sociales de internalización de valores y, por tanto, a dar prioridad al elemento externo del peligro frente al interno de la actitud interna»; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», CPC, 1998/65, pp. 279-281, 291-294, 298 y ss., 322 y ss., a partir de la creciente revalorización del tipo objetivo; LAURENZO COPELLO, Patricia: Dolo y conocimiento, cit. n. 47, pp. 242 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: El dolo y su prueba en el proceso penal, cit. n. 47, pp. 47 y ss., desde una perspectiva problemática. Anteriormente, ya GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Acerca del dolo eventual», en Estudios de Derecho Penal, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 254 y ss. En sentido contrario, sin embargo, v. DÍAZ PITA, María del Mar: El dolo eventual, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 99 y ss., 300 y ss. Más recientemente, también, CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG II. Teoría jurídica del delito, cit. n. 11, pp. 123 y ss. Para más referencias bibliográficas, v. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit. n. 51, pp. 291 n.º 55 y 298 n.º 71.

⁵² Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: El dolo y su prueba en el proceso penal, cit. n. 47, pp. 195 y ss., especialmente, pp. 212 y ss., quien de forma magistral propone como solución alternativa determinar el conocimiento requerido por el dolo a partir del significado social de la conducta y de las circunstancias en que acontece, v. *op. cit.*, pp. 323 y ss. De otra opinión, sin embargo, Díez Ripollés, José Luis: Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, cit. n. 32, pp. 304 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit. n. 51, pp. 348 y ss., quien entiende, *op. cit.*, p. 356, «necesario constatar la base fáctica del tipo subjetivo (conocimiento) de forma indiciaria»; LAURENZO COPELLO, Patricia: Dolo y conocimiento, cit. n. 47, pp. 156 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco: Prólogo a José Luis Díez Ripollés: Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, cit. n. 32, p. 13, señalando que cualquier tipo de valoración «tiene que partir de la realidad psíquica a que se refieren los elementos subjetivos». Relativizando la importancia de esta clase de argumento en relación

el ámbito de la tipicidad mediante la introducción de componentes de esta naturaleza, dado su acentuado —e irremediable— proceso de relativización. Como se ha mostrado en la doctrina, cuando ello así acontece, la labor de aplicación no se limita a concretar o interpretar en mayor o menor medida el componente introducido por el legislador en la configuración legal del precepto. Es más, dada la naturaleza de estos componentes —se entiende, incluso, que— se torna imposible una labor de interpretación en sentido estricto, dado que por lo general en el ámbito del proceso no se cuenta con medios que posibiliten su determinación⁵³. En todos estos casos, como demuestra la experiencia, la labor doctrinal tiende a transformarse en radical —cuando no absolutamente— creativa, y a elaborar y aplicar mediante ficciones conceptos bien distintos de los enunciados en la definición legal⁵⁴.

Por esta misma razón entiendo que si se pretende delimitar el ámbito de lo punible con un grado razonable —el mayor grado posible puede no ser siempre conveniente— de determinación, no parece lógico que las diferentes estructuras típicas se configuren con una pluralidad de elementos que hagan referencia a ese mundo arcano, profundo y escondido del alma humana al que se remitía la STS antes citada⁵⁵. Al contrario, parece que en la elección de los distintos

con el componente volitivo, v. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *op. cit.*, p. 294, quien entiende que el verdadero inconveniente de las «teorías volitivas» reside en la subordinación de la imputación y su modalidad a tal elemento psicológico, considerando accidental sus dificultades de concreción práctica.

⁵³ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: El dolo y su prueba en el proceso penal, cit. n. 47, pp. 229 y ss., expresamente, también, v. p. 515. En sentido contrario, en relación con el elemento volitivo, entiende, sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 410 y s., que tales dificultades no se presentan en toda clase de delitos, según GIMBERNAT, «si un ladrón, después de fracturar la ventanilla de un coche, se apodera de la radiocasette que se encontraba en el interior, la elemental conclusión de que en esos casos estamos ante... robos intencionales no plantea ni ha planteado nunca problemas de prueba», es más, continúa este penalista, «ni siquiera en referencia a los delitos contra la vida puede afirmarse, con carácter general, que la prueba de la intención presente siempre dificultades. La mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, están matando intencionalmente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja». Siguiendo al anterior, LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y conocimiento*, cit. n. 47, pp. 158 y ss. Sobre la imputación de esta (primera) clase de conocimientos (conocimientos mínimos), v. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit. n. 47, pp. 379 y ss.

⁵⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit. n. 47, pp. 196 y ss.

⁵⁵ Críticamente, también, advierte de los riesgos de una continuada subjetivización de los contenidos de la teoría jurídica del delito, DíEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, cit. n. 32, pp. 325 y ss.

componentes para la definición legal de lo típico se deberá tener en cuenta el grado de complejidad que entraña su —cuando menos, necesariamente posible— concreción práctica, y así observar —en mayor o menor medida, pero en cualquier caso— de forma efectiva el mandato de determinación. Desde esta perspectiva, es correcto sostener que, en sede de tipicidad, la aplicabilidad —práctica— de todo término o concepto condiciona su consideración —o, cuando menos, su idoneidad— de cara a su posible inserción en una definición legal. Porque cuanto mayor es la dificultad de determinación de un componente en mayor medida se difuminan los contornos de lo típico, y es que, en última instancia, son éstos, los límites de lo punible, los que se sitúan y se pierden en esos mundos tan nebulosos, profundos y escondidos a los que llevan, a veces, ciertos componentes que conforman las definiciones legales. Por eso, en relación con la elección de los elementos subjetivos, no creo aconsejable ir mucho más allá del dolo o la imprudencia en sede de tipicidad.

Presupuesto el carácter —valorativa o empíricamente— practicable del componente, la —mayor o menor— idoneidad concreta de un elemento para conformar la definición legal de uno de los diferentes institutos que se explican en sede de tipicidad es determinable, con carácter general, mediante dos referencias principales: la realidad problemática a la que debe responder el instituto y las consecuencias jurídicas —en principio— asignables. A través del primer criterio, la realidad problemática subyacente, nos acercamos al conjunto de actuaciones desvaloradas a las que pretende responder con sanción el concreto instituto jurídico-penal. Se trata, mediante el mismo, de determinar la idoneidad del concreto componente para abarcar el ámbito problemático al que responde el instituto⁵⁶. De esta forma, se puede establecer si un componente específico como, por ejemplo, la exigencia de infracción de normas extrapenales de carácter reglamentario o la concurrencia de peligro abstracto para el bien jurídico protegido, comprende adecuadamente o restringe en exceso el ámbito de aplicación del instituto, esto es, si a través de dichos componentes se caracteriza y abarca adecuadamente el ámbito problemático al que debe responder. Se trata, como señala GÜNTHER, de abarcar sólo, pero también —y en la mayor medida posible— todos los comportamientos que se estiman merecedores y necesitados de pena⁵⁷. Mientras que el segundo criterio referencial

⁵⁶ Criticando la —por lo general— insuficiente concreción del problema en el proceso legislativo, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 80 y s.

⁵⁷ GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», *JuS* 1978/1, pp. 8 y s.

señalado permite apreciar si el concreto o los concretos componentes desvalorativos que se han introducido en la definición legal permiten justificar o entender como razonable la consecuencia jurídica que se pretende asignar al instituto. Con otras palabras, la consecuencia jurídica permite valorar la mayor o menor idoneidad del supuesto de hecho en cuanto expresión de desvalor. Se trata, en este segundo paso, de atenuar posibles desequilibrios entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, evitando así los graves problemas de interpretación que ello genera en la doctrina. Mediante estas dos referencias principales es posible conformar y valorar racionalmente la estructura resultante del instituto, analizar las consecuencias estructurales que se derivan de la introducción, modificación o sustitución de los posibles componentes de la definición legal. Sintetizando, cabe reconducir a tres las cuestiones a analizar.

Primero, en conexión con el primer criterio apuntado, la realidad problemática a la que responde el instituto, se trata de valorar el grado de vinculación del supuesto de hecho configurado en la ley con el impulso o ámbito problemático materialmente legitimante de la intervención jurídico-penal, es decir, de su mayor o menor coincidencia con el modelo de comportamientos que se desea prohibir y sobre cuyo grado de merecimiento y necesidad de pena existe consenso y, por tanto, encuentra legitimidad material la solución jurídico-penal. Dicho con otras palabras: ¿el concreto o los concretos componentes permiten una extensión justificable —en términos de necesidad de pena— del ámbito de aplicación del instituto?, ¿la introducción de éstos en su definición legal confiere al instituto una estructura aceptable en su extensión en términos de necesidad de pena? La desatención de este primer criterio, de la vinculación de la definición legal a su razón material justificante, esto es, aquel conjunto de conductas sobre cuyo grado de merecimiento y necesidad de pena existe consenso y sobre las que cabe justificar la intervención jurídico-penal, ha conducido —sobre todo en la parte especial del Código— a formulaciones extensivas carentes en buena medida de legitimidad⁵⁸. Se trata, por tanto, de revisar críticamente, desde el ám-

⁵⁸ En este sentido también, sobre el principio de adecuación («*Grundsatz der Eigenheit*»), v. GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», cit. n. 57, p. 10. Más recientemente, desde la prohibición de exceso («*Übermaßverbot*»), v. STACHELIN, Gregor: Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, cit. n. 2, pp. 161 y ss. En nuestra doctrina, en relación con el delito de tráfico de drogas, por ejemplo, v. REY HUIDOBRO, Luis Fernando: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 165 y ss. También, VALLE MUÑIZ, José Manuel/MORALES GARCÍA, Oscar, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/Fermín Morales Prats (coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 4.^a ed., Aranzadi,

bito problemático merecedor de desvaloración jurídico-penal, los contornos y extensión de la estructura típica resultante. La segunda cuestión a dilucidar, una vez valorada —en términos de necesidad de pena— la extensión del instituto, consiste en la precisión de sus contornos, el mayor o menor grado de determinación que el concreto componente confiere a la estructura típica del instituto jurídico-penal, o formulado como pregunta: ¿compensa la elección del concreto componente —frente a otro u otros— desde la perspectiva del principio de legalidad? Aquí procede analizar la mayor o menor claridad que los componentes confieren a sus contornos en relación con los matices materiales que incorporan. Si es preferible un resultado de lesión, porque facilita en mayor medida la delimitación de lo típico, o debemos conformarnos con un resultado de peligro porque, de lo contrario, se dejan fuera supuestos que merecen y deben ser castigados con urgencia, por poner otro ejemplo. Y finalmente, en tercer lugar, se debe analizar la adecuación del componente o componentes introducidos en la definición legal para expresar el contenido de desvalor del concreto instituto, esto es, si permiten o facilitan captar e interpretar el contenido axiológico del instituto en cuanto injusto punible así como frente a otro u otros institutos jurídico-penales. Como se mostrará más adelante, esta circunstancia se revela especialmente importante en relación con aquellos preceptos que recogen institutos cualificados o definidos en buena medida por la —mayor o menor— gravedad de su consecuencia jurídica. Este último juicio, relativo al contenido de desvalor del instituto jurídico-penal y la idoneidad y suficiencia de los componentes desvalorativos incorporados, asienta la valoración sobre la —concreta— consecuencia jurídica.

Una vez constatada la idoneidad abstracta del componente, esto es, su carácter —axiológica o empíricamente— concretable, procede

Elcano, 2004, pp. 1361 y ss. No obstante, en relación con este específico precepto, más que de desvinculación entre el supuesto de hecho previsto en la ley y el ámbito problemático legitimante, su particular estructura parece reflejar la carencia de una reflexión seria sobre las concretas conductas a prohibir. Sobre la introducción de modelos unitarios en la parte especial se entrará posteriormente (III).

En relación con la cuestión previa de dilucidar la conveniencia de la intervención jurídico-penal, ampliamente, v. STÄCHELIN, Gregor: *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 126 y ss. En nuestra doctrina, recientemente, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, pp. 111 y ss. Sobre ello, también, v. las interesantes consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: «Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal», en: José Cerezo Mir, Rodrigo F. Suárez Montes, Antonio Beristain Ipiña y Carlos María Romeo Casabona (edits.): *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 215 y ss.

valorar las posibles consecuencias, costos y ventajas, que conlleva su introducción en la definición legal del instituto atendiendo a los dos parámetros anteriores⁵⁹: la realidad problemática a la que responde el instituto y la consecuencia jurídica en consideración. Se trata, por tanto, de una discusión en términos de desvalor y de seguridad jurídica, pero también de carácter estrictamente problemático, sobre el grado de equilibrio estructural de la figura. La realidad problemática a la que responde el concreto instituto jurídico-penal y la consecuencia jurídica permiten una orientación —entiendo— satisfactoria a la hora de optar en su configuración legal entre un concreto resultado de lesión, de peligro o determinadas características objetivas que nos ayuden a delimitar la concreta conducta delictiva, por poner tres ejemplos.

El proceder descrito se puede mostrar con cierta claridad en relación con la discusión retomada recientemente en el ámbito de la imprudencia relativa a la conveniencia y viabilidad de castigar también en estos delitos supuestos de tentativa mediante un sistema de cláusula general.

La discusión la he planteado sobre tres presupuestos. Primero, entiendo que bajo el título de la autoría accesoria se venían castigando —también— auténticos supuestos de tentativa de delito imprudente de resultado, concretamente, que se venían castigando como delito imprudente de resultado —y por tanto consumado— conductas imprudentes que contribuían a la producción de un resultado de lesión aun cuando éste no les fuese íntegramente imputable⁶⁰. Segundo, el

⁵⁹ Aunque debe descartarse un proceder lineal, dada la imposibilidad de advertir desde un principio la totalidad de los aspectos condicionantes, se trata de una sucesión de reflexiones provisionales, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 72 y s. Sobre ello, también, v. GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», cit. n. 57, pp. 8 y ss.

⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, capítulo séptimo, apartados II y III. En relación con esta figura, críticamente, también, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit. n. 30, p. 135 n. 321, que «resulta cuestionable la calificación de la autoría accesoria como autoría del hecho, pese a que, al no darse los presupuestos de la imputación recíproca propia de la coautoría, es imposible atribuir a un autor accesorio la conducta de otro». En el mismo sentido, son ilustrativas las reflexiones, de ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 231, cuando expone que «ni puede ser lo mismo, ni puede llegarse al mismo resultado con la solución de la coautoría, que con la concurrencia de imprudencias, es decir, con el tratamiento individual y aislado de cada uno de los intervinientes. Si así fuera, ¿para qué se necesitaría la coautoría? Sin embargo, ya se sabe que existen casos en los que en una actuación imprudente cada uno de los intervinientes lleva a cabo una parte del tipo o de la acción típica, y gracias a la coautoría y al principio que forma parte de

amplio consenso que existe en la doctrina y la jurisprudencia sobre el tratamiento y —aún más importante— punibilidad de la autoría accesoria o —en los términos con los que se suele referir nuestra jurisprudencia a estos supuestos— «conurrencia de culpas», evidencia que tales comportamientos imprudentes muestran un grado importante de merecimiento y necesidad de pena⁶¹, que éstos merecen y —si es posible— deben ser castigados. Y tercero, rechazo que sea viable responder satisfactoriamente a estos supuestos a través del modelo de los delitos de peligro⁶², dado que el carácter específico y excepcional que se otorga a esta última solución permite concebirla tan sólo como un posible complemento idóneo de una cláusula general de alcance restringido. A mi juicio, estas tres premisas provocan la necesidad de discutir constructivamente sobre la viabilidad y forma de extensión de la figura de la tentativa al ámbito de la imprudencia.

Una vez concretada la realidad problemática a la que se pretende dar respuesta con la extensión de este instituto a ese otro ámbito de responsabilidad subjetiva: se pretende posibilitar el castigo de determinados comportamientos imprudentes que concurren en la producción de un resultado de lesión pero en circunstancias que impiden su —íntegra— imputación, procede valorar los diferentes componentes y modelos que se presentan como alternativa para conformar una segunda definición legal de la tentativa orientada a la comprensión de estas conductas. Se trata tanto de apreciar su operatividad problemática, esto es, de la idoneidad del componente para abarcar y responder a los problemas señalados, como su adecuación para expresar el contenido de desvalor del instituto como injusto punible y frente a otro u otros institutos jurídico-penales. Como se ha visto, la perspectiva problemática se traduce igualmente en razones materiales o, dicho con otras palabras, muestra el ámbito que precisa pero también *justifica* la intervención jurídico-penal.

Según estas premisas, la extensión de la tentativa al ámbito de la imprudencia mediante un modelo de cláusula general construido

ella, de la imputación recíproca se llega a declarar la responsabilidad por un delito consumado. Por el contrario, si siguiésemos el tratamiento individualizado o aislado, en los casos señalados solamente se puede hacer responder a los intervinientes en el hecho como autores de una tentativa (imprudente), lo que significaría en el Derecho penal español actual la impunidad».

⁶¹ Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, pp. 316 y ss.

⁶² Como propone JAKOBS, Gunther: «El delito imprudente», trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, en: *Estudios de Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Madrid-Civitas, Madrid, 1997, pp. 186, 195 y s., para ciertos ámbitos específicos. En el mismo sentido, más recientemente, v. MITSCH, Wolfgang: «Fahrlässigkeit und Straftatsystem», *JuS*, 2001/2, p. 105.

unilateralmente sobre la conducta peligrosa, de forma paralela a como se ha previsto para los delitos dolosos⁶³, se puede descartar ya, en un primer momento, sin grandes elucubraciones. Desde una perspectiva problemática una cláusula general de estas características excede con creces del concreto ámbito problemático al que pretende responder este instituto, caracterizado por la producción imprudente aunque no —íntegramente— imputable de un resultado lesivo, la renuncia a introducir en la definición legal componentes adicionales al comportamiento imprudente permitiría su extensión a toda acción u omisión que no observe deberes de cuidado, mostrándose inidónea por exceso. Conduce, por tanto, a extender el ámbito de aplicación del instituto mucho más allá del espacio problemático justificante: mediante el mismo no se pretende ni puede castigar toda actuación —acción u omisión— que no observe deberes de cuidado, sólo aquellas seguidas de un resultado de lesión no —íntegramente— imputable. Hasta ahí existe consenso sobre su punibilidad⁶⁴. La amplitud de

⁶³ Ampliamente, v. SOLA RECHE, Esteban: *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, cit. n. 43, pp. 115 y ss.

⁶⁴ Si bien, en relación con la entidad material de un problema de cara a justificar su solución jurídico-penal, se suele argumentar la especial gravedad de la conducta, su lesividad, relevancia social o la insuficiencia de otros modelos más drásticos como principales razones (así, por ejemplo, v. AMELUNG, Knut: «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», cit. n. 2, p. 71; GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», cit. n. 57, pp. 10 y ss. En nuestra doctrina, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)\», CPC, 1997/62, pp. 314 y s., quien atiende a la gravedad del hecho o la especialidad del deber. También, v. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 524, quien junto a la gravedad y carácter de los bienes jurídicos, atiende a la frecuencia de comisión del comportamiento; en el mismo sentido PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, pp. 139, 146 y s.), el hecho de que aquí recurra al consenso doctrinal existente —en relación con la punibilidad de estas conductas— para argumentar la extensión de un instituto como la tentativa al ámbito de la imprudencia se explica por la gran resistencia que ha encontrado su posible viabilidad —incluso conceptual— en este ámbito. En cualquier caso, entiendo que el consenso, en tanto que permite cierto grado de racionalidad intersubjetiva, debe ser una referencia importante en toda argumentación relativa a justificar la intervención jurídico-penal. En este último sentido, ya, v. Díez Ripollés, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit. n. 3, p. 17.

Por otra parte, y aunque el carácter estrictamente técnico de la cuestión que aquí se trata permite prescindir de aportaciones sociológicas, debe señalarse que las mismas están llamadas a tener un papel importante en este momento de valoración de la entidad del problema. En este sentido, por ejemplo, en relación con los deberes de evaluación y corrección, v. STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 200 y ss. y, con carácter general, p. 330. Con carácter general, señalando la conveniencia de utilizar los conocimientos provenientes de las ciencias sociales,

este primer modelo adolece de razones político-criminales⁶⁵, y amenaza con diluir cualquier eficacia preventiva en una amplitud típica injustificable⁶⁶. En consecuencia, la configuración legal de este instituto requiere de componentes adicionales.

Otro modelo de solución se encuentra recogido en el artículo 223.1 *Code Pénal*, donde se configura una cláusula general para castigar este tipo de conductas mediante la adición de dos elementos típicos al comportamiento arriesgado imprudente: la infracción manifiestamente deliberada de un deber de cuidado impuesto por ley o reglamento y la creación directa de un riesgo inmediato de muerte o lesiones que pueda producir a la persona puesta en peligro invalidez o mutilación permanente⁶⁷. Aunque, ciertamente, esta fórmula —sobre todo— mediante la inclusión del resultado de peligro supera —en mayor o menor medida— algunos de los inconvenientes que mostraba la solución anterior, especialmente en lo relativo a la determinación de la definición legal del instituto, entiendo que la configuración que ofrece del mismo tampoco es satisfactoria. La —mayor— concreción del deber de cuidado y la exigencia del resultado de peligro no son elementos sobre los que erigir idóneamente su definición legal.

ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. n. 3, pp. 28 y ss., 48 y ss., 71 y ss. Sobre la relación entre las ciencias sociales y la dogmática jurídico-penal, con reservas, no obstante, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 84 y ss. Más recientemente, también, ALCÁZER GUIRAO, Rafael: «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», ADPCP, 1999, p. 183 y ss.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, Gunther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 9/27.

⁶⁶ Críticamente, también, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: «Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado», *RPCP*, 2002/12, pp. 146 y s. Siendo esgrimibles aquí las críticas que realiza este autor a las cláusulas generales de alcance limitado, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», en: José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 948, 947 y 962.

⁶⁷ En un sentido próximo, ya STURM, Friedrich: «Das unvollendete fahrlässige Delikt», *ZStW* 59 (1940), p. 32, proponía delimitar tipos concretos de tentativa de delito de imprudente a partir del riesgo generado para el bien jurídico, atendiendo a la probabilidad objetiva de producción del resultado finalmente no acaecido. Señalando la utilidad de la técnica comparada para el pronóstico de consecuencias y la elección de criterios de valoración, STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, p. 334. No obstante, en relación con la comparación de normas que rigen en distinto tiempo o lugar, advierte NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, p. 88, con carácter general, que no permiten un juicio fiable sobre su corrección o idoneidad como solución, señalando su necesaria contextualización en los problemas fácticos a los que pretenden dar respuesta. En idéntico sentido, v. el mismo: «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbuch», *ZStW* 92 (1980), pp. 78 y s.

Desde una perspectiva problemática, la estructura típica resultante se muestra inadecuada por defecto y por exceso. Por defecto, porque el legislador francés al introducir como elemento típico la lesión de un deber de cuidado de carácter legal o reglamentario excluye todos aquellos supuestos en los que la actuación imprudente no tiene lugar en un ámbito así reglado. Piénsese, por ejemplo, en las numerosas conductas imprudentes que pueden tener lugar en las playas aptas para la práctica del *surf*, y por lo general esta actividad deportiva no se encuentra normada a tal nivel. Mientras que, por exceso, porque pese a la anterior circunstancia, el precepto comentado permite el castigo de conductas imprudentes intentadas sin que concurra el resultado de lesión, y sólo cuando éste se produce parece existir cierto consenso sobre su punibilidad dentro de nuestra doctrina: la punibilidad de la tentativa de delito imprudente sólo es admitida —aunque no se reconozca expresamente— por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia —a través de ciertos supuestos de autoría accesoria y de «conurrencia de culpas»— cuando se produce efectivamente el resultado de lesión. Luego, la configuración que permiten estos dos componentes extiende la definición legal del instituto a un ámbito de incertidumbre desvalorativa. Con otras palabras, posibilitan la extensión de la tentativa a un ámbito de la imprudencia sobre el que no existe consenso en relación con su grado de merecimiento y necesidad de pena⁶⁸.

En cuanto al equilibrio de la estructura típica que permiten conformar ambos elementos, la exigencia del carácter legal o reglamentario del deber de cuidado infringido provoca —a mi juicio— incoherencias axiológicas importantes en el supuesto de hecho, dado que la gravedad de la imprudencia es independiente de tales aspectos, en consecuencia restringe el ámbito de lo típico sin respetar una lógica material. Pero es que ya el segundo componente típico, la exigencia de un riesgo inmediato de muerte o lesiones que pueda producir invalidez o mutilación permanente, no proporciona al instituto un grado satisfactorio de concreción típica. No se trata sólo de que, en la práctica, ese resultado de peligro podría predicarse casi de cada comportamiento imprudente. Además, su carácter gradual y estrictamente valorativo⁶⁹, la mayor «*difuminación social*» de las con-

⁶⁸ En relación con la entidad material del problema de cara a justificar su solución jurídico-penal, v. el supuesto comentado por SCHUBARTH, Martin: «Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht», ZStW 92 (1980), pp. 92 y ss.

⁶⁹ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho Penal* (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 188 y ss.

ductas imprudentes y el ámbito de responsabilidad subjetiva de que se trata aconsejan, a mi juicio, introducir en su definición legal otros componentes que aporten mayor precisión. Entiendo que por tratarse del ámbito más leve de responsabilidad subjetiva, la imprudencia, la configuración legal de la tentativa según un modelo de cláusula general debe contener elementos que permitan diferenciar de forma más nítida el ámbito de lo punible del ámbito de lo jurídico-penalmente tolerado.

Las anteriores razones me han llevado a proponer, en un trabajo previo, relativo a los problemas que plantea la intervención delictiva en los hechos imprudentes, un modelo de cláusula general de tentativa que se asienta tanto sobre el comportamiento imprudente como sobre el resultado de lesión⁷⁰. A mi juicio, en este ámbito de responsabilidad subjetiva, el instituto de la tentativa sólo puede configurarse satisfactoriamente mediante dos componentes típicos principales: la conducta que infringe el deber de cuidado y la concurrencia de un resultado de lesión no —plenamente— atribuible. Entiendo que mediante la introducción del resultado de lesión en la definición legal de este instituto se posibilita una delimitación correcta del ámbito previo a la consumación de los delitos imprudentes de resultado que se estima necesitado de pena. Este segundo elemento típico permite comprender adecuadamente el espacio problemático que —a mi juicio— corresponde a este instituto jurídico-penal, insisto: el castigo de conductas imprudentes que concurren en la producción de un resultado lesivo en circunstancias que impiden su —íntegra— imputación. Mediante la introducción del resultado de lesión se configura una estructura típica que no sólo ofrece una gran coincidencia entre el tenor literal de la definición legal del instituto y el ámbito sobre el que en términos de merecimiento y necesidad de pena existe consenso en relación con la punibilidad de los comportamientos imprudentes intentados⁷¹. Además, confiere un alto grado de determinación a su estructura típica, porque al castigarse como tentativa no toda actuación imprudente, sino sólo aquella cuyo riesgo se realiza —si bien no de forma íntegra— en un concreto resultado de lesión, ésta, la lesión del bien jurídico, se constituye como el elemento que permite distinguir —e, incluso, justificar— los ámbitos de lo punible y lo impune en la imprudencia intentada. En concreto, he sometido a discusión un modelo —aún de carácter provisional— como el si-

⁷⁰ Ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, capítulo quinto, apartado IV.

⁷¹ En relación con el problema de la determinación de los límites de los tipos penales sobre la base del merecimiento de pena, también, v. GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», cit. n. 57, pp. 13 y s.

guiente: «Artículo 16 bis. También podrán castigarse como tentativa aquellas conductas imprudentes que concurran en la ejecución de un delito imprudente de resultado, cuando la lesión no les sea atribuible de forma íntegra».

A mi juicio, el modelo de definición propuesto, mediante la inclusión del componente de lesión, no sólo permite el equilibrio señalado entre el tenor literal del precepto y la realidad problemática que lo justifica y a la que pretende responder. Además, desde la perspectiva de la consecuencia jurídica, esta forma de configuración de la tentativa posibilita la introducción de los concretos bienes jurídicos lesionados en su estructura típica, si bien a través de un modelo que difiere bastante del establecido para los hechos dolosos. Porque el resultado de lesión hace —en principio— viable la conformación de tipos concretos de tentativa (esto es, de homicidio imprudente, de lesiones imprudentes, etc.) mediante la remisión que hace esta regla general de imputación que se propone para la parte general —a través de dicho componente— a los distintos tipos imprudentes de resultado que se recogen en la parte especial del Código Penal. Y es que como, con razón, ha señalado SOLA RECHE, «sólo el advenimiento del resultado nos permitiría decidir si se trataba de una tentativa de daños culposos, o de lesiones culposas, o de homicidio culposo»⁷², y ello, a su vez, permite una mayor adecuación de la pena a las razones concretas de castigo. En cualquier caso, habrá que esperar a las reacciones de la doctrina para seguir perfilando esta propuesta de solución.

Ciertamente, el modelo esbozado suscitará algunos interrogantes: ¿cómo se relaciona la existencia de un resultado de lesión con un delito en grado de tentativa?, ¿qué clase de relación debe existir entre el comportamiento imprudente y el resultado de lesión?, ¿basta con una relación de causalidad?, ¿se atribuye la lesión al actor? Algunas de estas cuestiones encuentran fácil respuesta. Así, como es sabido, la apreciación o no de tentativa no depende tanto de la concurrencia del resultado de lesión, como de su efectiva imputación. En cuanto a la relación existente entre el comportamiento imprudente y el resultado lesivo, cabe anticipar aquí que no se trata de un problema de causalidad o imputación sino de desvaloración jurídico-penal⁷³. En cualquier caso, un completo desarrollo del mismo nos desviaría en exceso del objeto de la presente investigación.

⁷² SOLA RECHE, Esteban: *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, cit. n. 43, p. 134.

⁷³ Sobre ello, ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: «Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación», en prensa.

La conveniencia antes señalada de buscar un cierto equilibrio entre el tenor literal de las diferentes definiciones legales de estos institutos y lo que podríamos denominar «*tenor material*», esto es, de considerar ya en la formulación de las definiciones legales no sólo la estructura «externa» con la que se pretenda caracterizar a los institutos jurídico-penales —por ejemplo, atribuir a una forma de participación delictiva la apariencia o estructura externa de una inducción o incitación— sino también su contenido desvalorativo mediante la búsqueda e introducción en las mismas de componentes que expresen, propicien y, si es posible, faciliten una interpretación y desarrollo coherente con su significado en términos de desvalor, se torna imperiosa necesidad en aquellos supuestos donde la entidad del castigo previsto contribuye de forma importante a la definición y diferenciación del concreto instituto jurídico-penal. Concretamente, me refiero a aquellas figuras o institutos que se definen y distinguen —frente a otro u otros institutos jurídico-penales— como especialmente desvalorados. La importancia de este aspecto se observa con claridad en relación con algunos de los problemas de interpretación que suscitan las definiciones legales de las dos formas de intervención accesoria que nuestro Código Penal equipara punitivamente a la autoría, la inducción y la cooperación necesaria.

Así, en relación con la primera de estas figuras, la inducción, entiendo que erigir la definición legal de una forma cualificada de intervención accesoria —exclusivamente— sobre un componente que no es indicativo de una mayor o menor gravedad de la actuación del partícipe, como sucede con la actividad de inducir o incitar a la ejecución del delito, genera obvias e importantes dificultades en su fundamento y desarrollo interpretativo⁷⁴. Según se establece en el artículo 28 a) de nuestro Código, también serán considerados autores —a efectos de pena, según entiende la práctica unanimitad de la doctrina⁷⁵— «los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo».

⁷⁴ Críticamente, también, v. CEREZO MIR, José: «Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995», cit. n. 36, pp. 555 y s.; el mismo: Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría Jurídica del delito/2, cit. n. 25, p. 241 n.º 51. En idéntico sentido, ROXIN, Claus: «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch», *JuS*, 1973/6, pp. 336 y s., con más referencias bibliográficas en n. 70 y s. Sobre la punibilidad de esta figura, críticamente, ya BINDING, Karl: «Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch über die Teilnahme», *GS*, 76, (1910), pp. 108 y s.

⁷⁵ No obstante, recientemente, v. MIR PUIG, Santiago: «La infracción penal, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal», en: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 503 y s., quien mantiene

Sin embargo, y del mismo modo que carece de sentido establecer una agravación genérica de la pena al partícipe que contribuye con la entrega de una cosa o con un mero hacer u omitir, tampoco lo tiene agravar la pena de aquél que interviene induciendo⁷⁶. Porque la mera actividad de inducir a la ejecución de un delito no basta para fundamentar desvalorativamente la equiparación punitiva del inductor al autor. Como regla general, insistir, aconsejar o animar a una persona a que, por ejemplo, termine con la vida de otra no es tan grave —en términos de merecimiento y necesidad de pena— como realizar la misma acción de matar. Esto último sólo acontece cuando concurren determinadas circunstancias adicionales a la incitación. De ahí los problemas que plantea el fundamento de esta forma de intervención accesoria y «las graves incongruencias de índole valorativa» que señala OLMEDO CARDENETE⁷⁷.

Esta circunstancia ha llevado a un cualificado sector doctrinal a buscar un componente material adicional para la explicación de la estructura típica de la inducción sobre el que sea posible justificar la entidad del castigo que prevé. Así, dentro de esta línea, GÓMEZ RIVERO, entiende que «sólo cuando la conducta del inductor, debido a la intensidad o circunstancias en que se produce la incitación, alcance un determinado grado de peligrosidad para incidir en la motivación del autor, venciendo las inhibiciones que para él pudiera suponer la comisión del delito, podrá fundamentarse el desvalor de acción de la inducción»⁷⁸. Mientras que en un sentido muy distinto, el otro gran es-

que, en virtud de tal expresión, «también cabe considerar que estos partícipes cometen el delito del que se consideran autores»; el mismo: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 367 marg. 8. y 377 marg. 43. Críticamente, sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Un sistema de Derecho penal en evolución», RDPC, 1998/2, p. 417; PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 76 y s.; ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, cit. n. 60, p. 410.

⁷⁶ Así, por ejemplo, OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *La inducción como forma de participación accesoria*, cit. n. 25, p. 374, crítica «la injustificada equiparación punitiva con la pena del autor que con carácter general se prevé por el texto punitivo en virtud de los arts. 28 y 61 NCP», y defiende, *op. cit.*, p. 376, «el reconocimiento general de una punibilidad menor para el instigador, y la posibilidad, con carácter optativo, de equiparar el marco abstracto de la pena a la autoría para los casos más graves». En los mismos términos, v. *op. cit.*, pp. 559 y ss. De otra opinión, sin embargo, v. HEGHMANN, Michael: «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung», GA, 2000/10, pp. 482 y ss.

⁷⁷ OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *La inducción como forma de participación accesoria*, cit. n. 25, p. 375.

⁷⁸ GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen: *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 71. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Fransico: *Prólogo a Gómez Rivero, M^a del Carmen: La inducción a cometer el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 11; el mismo: «Problemas de autoría y participación en el Derecho

pecialista, OLMEDO CARDENETE entiende que la menor peligrosidad de este tipo de conductas y «la necesidad de un menor castigo para la inducción deberá tenerse siempre en cuenta en el margen abstracto que la Ley concede al aplicador a la hora de determinar la pena y, en especial, la referencia a la «gravedad del hecho» cometido del artículo 66.1.º NCP»⁷⁹.

Más allá de los concretos problemas que genera la equiparación punitiva con la autoría de una figura como la inducción, las dificultades que plantea la actual definición legal de esta forma de intervención accesoria debe hacernos reflexionar sobre el sentido —o sinsentido— de vincular agravaciones punitivas con momentos cualitativos e institutos desvalorativamente neutrales. Porque, a mi juicio, una figura jurídica que vincula una agravación punitiva a un momento que no justifica tal agravación es una figura absurda, obviando aquí la problemática relativa a la causalidad en las relaciones inductor-inducido u otras dificultades técnicas derivadas de sus marcadas connotaciones subjetivas. Del mismo modo que carece de sentido agravar la pena expresamente y con carácter general — mediante la introducción de un precepto legal específico— al partícipe que interviene entregando cosas, omitiendo, realizando comentarios irónicos o de gracia más que dudosa, parece que tampoco lo tiene la agravación a quien interviene induciendo⁸⁰. A mi juicio, la existencia de incitaciones que justifican la equiparación punitiva con la autoría no debería resolverse legalmente sobre la forma accidental —y desvalorativamente neutral— en que se manifiesta tal entidad de desvalor, esto es, la conducta de incitar o inducir, sino sobre el componente o momento adicional que la fundamenta y que confiere a estas actuaciones la peligrosidad típica —en el sentido del artículo 28 a) del Código Penal— que permite aplicar al inductor la misma pena que al autor. Sólo entonces parece observarse adecuadamente el mandato de proporcionalidad en el plano legislativo y se

penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en: *Derecho Penal Económico, Manuales de formación continuada*, CGPJ, Madrid, 2001/14, p. 204; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 445 y s. En esta misma línea, propone su desarrollo para los delitos imprudentes, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, pp. 425 y ss.

⁷⁹ OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *La inducción como forma de participación accesoria*, cit. n. 25, pp. 376, 559 y s.

⁸⁰ En sentido contrario, sin embargo, sobre los riesgos inherentes o acompañantes («*Begleitrisiken*») de la inducción, HEGHMANN, Michael: «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung», cit. n. 76, pp. 482 y ss.

ofrece un supuesto de hecho acorde con la consecuencia jurídica que prevé la inducción. En cualquier caso, las perspectivas de futuro de esta figura —si las tiene— es una cuestión a la que deberán responder los especialistas en la materia.

En la presente investigación sólo pretendo llamar la atención sobre la trascendencia y consecuencias que en la práctica tiene la elección de los concretos componentes para la formulación de las figuras e institutos cualificados que se recogen en la parte general. Si se pretende configurar la definición legal de un instituto jurídico-penal que se define o diferencia por la gravedad de su consecuencia jurídica, entonces la elección de sus componentes no se puede convertir en una mera cuestión de azar. Al contrario, la idoneidad de todos y cada uno de ellos debe determinarse —fundamentalmente— a partir de su capacidad para comprender y expresar el contenido de desvalor con el que se pretende dotar al instituto. En la formulación de estos preceptos se debe tener bien presente que lo que se trata de expresar no es un *plus* en términos causales u otros similares, sino un *plus* de desvalor. Se trata, como se ha dicho, de configurar «un injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado». También frente a otro u otros institutos jurídico-penales. En consecuencia, se debe conformar un supuesto de hecho acorde con la consecuencia jurídica que se establece para el instituto, y seleccionar así componentes —desvalorativos— que nos ayuden a expresar que éste constituye un instituto jurídico-penal especialmente desvalorado —también, insisto, frente a otro u otros institutos jurídico-penales—, facilitando así su interpretación, desarrollo y aplicación.

Esta última razón explica también la valoración que merece la definición de la cooperación necesaria que se recoge en el artículo 28 b) del Código Penal, pese a ser preferible frente a un modelo de definición con excesivas connotaciones subjetivas. El citado precepto recoge una definición legal muy imperfecta, aunque sin duda empeorable. Porque construye una forma cualificada de participación atendiendo, no a su entidad axiológica, como sería razonable, sino a una supuesta entidad causal. En este precepto el legislador trata de reflejar el momento de desvalor cualificado de la cooperación necesaria a través de la causalidad, es decir, a través de un fenómeno —en mayor o menor medida— prejurídico y valorativamente neutral⁸¹. Esta incoherencia en la elección de los componentes desvalorativos para configurar la definición legal de la cooperación necesaria ex-

⁸¹ Críticamente, ya, CEREZO MIR, José: «Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal», Problemas fundamentales de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 342 y s.

plica buena parte de las críticas doctrinales y las enormes dificultades que ofrece la interpretación de esta figura⁸². A mi juicio, la única forma de evitar tales problemas consiste en que, cuando se aborde la definición legal de una forma de participación delictiva especialmente desvalorada como es la cooperación necesaria, se utilicen términos en la construcción de dicha definición que permitan expresar y desarrollar a los intérpretes su contenido de desvalor. Por ejemplo, empleando componentes como la importancia, relevancia o, tal y como ha propuesto recientemente DURÁN SECO, la idea del incremento sustancial del riesgo⁸³.

Por último, en cuanto a la posición que debe adoptar el legislador frente a la discusión doctrinal, quiero apuntar que también en estos supuestos entiendo conveniente que los componentes o elementos que se introduzcan en la definición legal sean —en la medida de lo posible— «doctrinalmente neutrales»⁸⁴, que en la medida en que una discusión científica no esté cerrada, es conveniente intentar la neutralidad en la regulación, pues en caso contrario el legislador no sólo puede dificultar la evolución y superación de nuestra Ciencia, además expone innecesariamente la definición legal a la crítica y —en cierto modo, también— suerte de las posiciones doctrinales adoptadas⁸⁵. A mi juicio, éste es el motivo por el que se deben rechazar

⁸² Ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, pp. 386 y ss.

⁸³ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «¿Es necesaria la cooperación necesaria?», cit. n. 36, p. 668 n.º 96.

⁸⁴ En este sentido, también, v. ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 33, pp. 539 y ss., especialmente, pp. 541, 544 y s.

⁸⁵ En este sentido, en relación con la introducción del elemento de la vulneración de un deber jurídico especial en el artículo 11 CP y las dificultades interpretativas que origina, a modo de ejemplo, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La regulación de la «comisión por omisión» (artículo 11)», cit. n. 24, pp. 66 y ss. En relación con este último precepto, quiero señalar que también desde el punto de vista de la racionalidad lingüística debe ser valorado negativamente, pues su fórmula («los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación...») contradice la totalidad de los habituales criterios lingüísticos de inteligibilidad (así, por ejemplo, v. BENDER, Rolf: «Die Sprache des Gesetzes, ein Problem der Verständlichkeit und der Regelungstechnik», en *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Nomos, 1984, pp. 45 y ss.; HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», cit. n. 6, pp. 65 y s. Más recientemente, también SCHROEDER, Friedrich-Christian: «Die sprachliche Formulierung von Strafvorschriften», en *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C. F. Müller, Heidelberg*, 1999, pp. 153 y ss.). Se trata de una definición complicada, mediante una oración larga, y sus tecnicismos (equivalencia en «el sentido del texto de la ley»,...) más que facilitar, dificultan en mayor medida su comprensión. Sobre la racionalidad lingüística, también v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 248 y s. Señala

propuestas como la realizada recientemente por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO para la definición legal de la cooperación necesaria. Porque introduce en ella componentes como la escasez —si bien de forma instrumental— sobre cuya idoneidad para la definición de esta forma de intervención accesoria existen más que serias dudas. Como ya he señalado en otro trabajo⁸⁶, el carácter escaso de una contribución —consista en la entrega de una cosa o en un mero hacer u omitir— no prejuzga la importancia de la misma en términos de desvalor. Luego, no aporta razones materiales para justificar la apreciación de la cooperación necesaria, ni debe conformar —por ello— su definición legal.

3. Algunos problemas de parte especial

Las anteriores reflexiones, aunque provienen fundamentalmente de un análisis crítico de las definiciones legales de institutos jurídico-penales —adscritos al ámbito de la tipicidad— que se prevén en la parte general de nuestro Código Penal, ofrecen igual orientación para la configuración de los preceptos que se recogen en su parte especial. Las particulares dificultades que ofrece la constatación de los elementos típicos de carácter subjetivo, o la necesidad que surge en los denominados tipos cualificados y, en general, en todos aquellos que se caracterizan por la especial gravedad de su consecuencia jurídica de introducir componentes desvalorativos que permitan comprender y expresar su intenso contenido de injusto, también deben tenerse presentes en la configuración de todas y cada una de las concretas figuras delictivas que se establecen en esta última parte del Código. En relación con estos aspectos generales, la formulación de un precepto jurídico-penal presenta la misma problemática —y orientaciones— con independencia de su ubicación en una u otra parte del Código Penal.

Sin embargo, ello no oscurece el hecho de que todas y cada una de las figuras delictivas que se recogen en la parte especial poseen

lando sus límites inmanentes, STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 213 y s. En nuestra doctrina, BALDÓ LAVILLA, Francisco: «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», cit. n. 22, pp. 374 y s., señalando junto a su componente negativo de pérdida de previsibilidad del Derecho, las posibilidades de flexibilidad que ofrecen los márgenes de significado. Con carácter general, también, v. ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. n. 3, pp. 28 y ss.

⁸⁶ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, pp. 390 y ss.

una lógica autónoma que se desarrolla en buena medida sobre el concepto —particular— de bien jurídico. El concreto objeto o interés jurídico-penalmente protegido orienta —en mayor o menor grado, en cualquier caso de forma decisiva— la configuración de las figuras que se establecen para reducir los niveles de riesgo que le acechan. Por este motivo, los preceptos de la parte especial al configurarse en referencia al concreto interés que se estima digno de protección jurídico-penal, no siempre responden —ni pueden responder— con el mismo grado de fidelidad a los principios estructurales y orientaciones político-criminales que presiden la formulación de los preceptos jurídico-penales que se establecen en la parte general. Es más, a veces, en no pocos e irrelevantes supuestos, responden también —incluso— a principios y razones contrapuestas, dadas las particularidades que muestran algunos de los intereses tutelados en la parte especial del Código Penal.

Un primer —aunque desgraciado— ejemplo de este último grupo de supuestos se encuentra recogido en el artículo 368 del Código, donde se establece que: «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos». La estructura típica de este precepto se muestra particularmente interesante cuando es analizada desde la perspectiva que ofrecen los artículos 27 y siguientes de nuestro Código Penal, donde se advierten algunos indicios para creer que el legislador pretendió introducir un modelo diferenciador de formas de intervención delictiva en su parte general⁸⁷. Así, en los referidos artículos no sólo se introducen dos figuras susceptibles de ser diferenciadas conceptual y materialmente de la autoría en los apartados a) y b) del artículo 28, sino también se establece de forma negativa una figura de participación en su artículo 29,

⁸⁷ Si bien, es preciso señalar, que el carácter accesorio o no de determinadas formas de intervención delictiva no tiene tanto que ver con el modo en que se establecen en el Código Penal, como con la tradición doctrinal y jurisprudencial donde, por determinadas razones relacionadas con la determinación de los tipos y el principio de proporcionalidad, se ha terminado imponiendo un sistema diferenciador. Sobre ello, ampliamente, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, cit. n. 33, pp. 205 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, cit. n. 33, pp. 322 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, capítulo primero, apartados II y III.

donde se señala que: «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior [donde se define a la autoría y las otras dos formas de intervención delictiva, según entiendo con un amplio sector doctrinal, punitivamente equiparadas] cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Asimismo, la amplia estructura típica con la que se dota a este artículo 368 fricciona con el amplio consenso doctrinal existente sobre la conveniencia de optar por un modelo diferenciador y conceptos de autor de carácter restrictivo. Con carácter general, en nuestra doctrina se entiende razonable que los tipos penales, por su naturaleza y la especial gravedad de sus consecuencias jurídicas, sean interpretados conforme a esta clase de criterios, y que las conductas cuya punibilidad no pueda fundamentarse ya en la parte especial se reconduzcan a través de las cláusulas —entonces, según tal comprensión— ampliatorias recogidas en los artículos 28 a) y b) y 29 del Código Penal.

Sin embargo, y pese a estas circunstancias, la configuración del precepto donde se incrimina el tráfico de drogas parece introducir a modo de excepción un concepto unitario de autor en la parte especial. La forma de redacción de su supuesto de hecho y la amplitud con la que se configura la estructura típica, introduciendo en él los «actos de cultivo, elaboración o tráfico» más aquellos que «de *otro modo promuevan, favorezcan o faciliten* el consumo ilegal de drogas tóxicas ... o las posean con aquellos fines», dan la impresión de que en él el legislador pretende reconducir todas las formas de intervención delictiva a través de la autoría, esto es, sin acudir a las cláusulas —según la comprensión que comparto— ampliatorias antes mencionadas⁸⁸. En este sentido, por ejemplo, entiende MUÑOZ CONDE que «el art. 368 incorpora un «*concepto unitario de autor*», conforme al cual se califica de tal a todo el que contribuya causalmente de algún modo a la realización del resultado»⁸⁹. Mientras que VALLE

⁸⁸ En este sentido, por ejemplo, v. STS 28 junio 2002 (A. 7980), fundamento jurídico tercero. Con amplias referencias jurisprudenciales, JOSHI JUBERT, Ujala: Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 249 y ss. Señalando la difuminación que produce este precepto de las categorías de autoría y participación, recientemente, también, CEREZO MIR, José: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *RDPC*, 2000/10, p. 55. También v. REY HUDOBRO, Luis Fernando: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, cit. n. 58, pp. 69 y ss., con amplias referencias bibliográficas en n.º 62.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 667, quien, no obstante, matiza, *op. cit.*, p. 667, que «nada impide, en correcta aplicación de los criterios legales, apreciar complicidad en casos de cooperación no necesaria (art. 29) tales como, en principio, indicar dónde se puede adquirir droga o prestar dinero para conseguirla». En este último sentido, por ejemplo, también BOIX REIG, Javier: «Consideraciones sobre los delitos relativos al trá-

MUÑIZ/MORALES GARCÍA entienden que en este precepto «pervive una irracional tendencia unificadora de comportamientos típicos relativos a conductas de autoría y de participación, portadores de contenidos de injusto claramente desiguales»⁹⁰

Este precepto, como parte de la respuesta legislativa al problema de las drogas, es duramente criticado desde una perspectiva político-criminal⁹¹. Su amplia estructura, conformada por cláusulas como la referente a los actos que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas»⁹², reflejan un desmesurado afán punitivo que, entre otros inconvenientes, produce una censurable difuminación de los contornos de lo típico⁹³. También se cuestiona los problemas que plantea esta figura en relación con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, en relación con éste y otros aspectos de carácter técnico quiero realizar una matización.

fico de drogas», *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, 2000, p. 394; JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas I*, cit. n. 88, pp. 251, 304 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos: «Complicidad y tráfico de drogas. Un examen de los criterios jurisprudenciales sobre la complicidad en los delitos contra la salud pública», *CPC*, 1999/69, pp. 591 y ss. Desde la teoría del dominio del hecho, igualmente, ACALE SÁNCHEZ, María: *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 119 y ss. Esta interpretación restrictiva se observa también en algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, v. STS 30 enero 2001 (A. 382).

⁹⁰ VALLE MUÑIZ, José Manuel/MORALES GARCÍA, Oscar, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/Fermín Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. n. 58, pp. 1362 y 1364. En el mismo sentido, por ejemplo, v. GANZENMÜLLER, Carlos/FRIGOLA VALLINA, Joaquín/ESCUADERO MORATALLA, José Francisco: «Formas de participación en el delito de tráfico de drogas», *CPC*, 1998/64, pp. 59 y s.; LÓPEZ PÉREGRIN, M.^a Carmen: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 51; MAQUEDA ABREU, María Luisa: «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», *La Ley*, 1998/5, D-236, pp. 1555 y s.; REY HUIDOBRO, Luis Fernando: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, cit. n. 58, pp. 165-7; SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando: *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2000, p. 126. Relativizando la importancia de la definición legal, ACALE SÁNCHEZ, María: *Salud pública y drogas tóxicas*, cit. n. 90, p. 118.

⁹¹ En este sentido, v. Díez RIPOLLÉS, José Luis: «Alternativas a la actual legislación sobre drogas», en José Luis Díez Ripollés/Patricia Laurenzo Copello (coords.): *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 584 y ss., y la Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas del Grupo de Estudios de Política Criminal, en José Luis Díez Ripollés/Patricia Laurenzo Copello (coords.): *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 646 y ss.

⁹² Críticamente sobre la misma, por ejemplo, v. BOIX REIG, Javier: «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas», cit. n. 89, p. 390; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el Derecho español», *AP*, 2000/2, marg. 438; MAQUEDA ABREU, María Luisa: *Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas*, cit. n. 90, p. 1555.

⁹³ Así, por ejemplo, v. BOIX REIG, Javier: *Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas*, cit. n. 89, pp. 390 y ss.

A mi juicio, la introducción de soluciones unitarias, a modo de excepción, en la parte especial del Código Penal no debe valorarse desde la misma perspectiva con la que se aborda la discusión sobre el concepto de autor que acontece en parte general. Los argumentos que han llevado a imponerse a la teoría del dominio del hecho, objetivo-formal y demás concepciones diferenciadoras frente a los modelos unitarios no son esgrimibles sin más en contra de preceptos como el señalado. Porque, entiendo, se trata de problemáticas distintas. Así, por un lado, se debe advertir que las diferentes teorías — y sus razones— que se esgrimen por unos y otros sectores para la explicación de este instituto, los diferentes conceptos de autor, se construyen generalmente sobre el modelo que ofrece el delito de resultado, y más concretamente, el delito de homicidio⁹⁴. Sobre este modelo y similares se desarrollan y muestran comprensibles argumentos como los que ofrece, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO para justificar la concepción que defiende de la autoría. Porque en relación con este delito y con bienes jurídicos como el por él protegido es posible concretar una determinada clase de conducta que permite su caracterización como aquella que más directamente «se enfrenta a la prohibición (o mandato) del tipo que prohíbe “matar”»⁹⁵, etc. Ahora bien, cuando se trata de un modelo de delito radicalmente distinto como el que ofrecen los delitos de peligro abstracto, y de un bien jurídico como la salud pública las cosas varían de forma sustancial⁹⁶. Pues, en estos otros casos, la identificación —si es posible— de las acciones que más directamente se enfrentan a la norma se presenta particularmente compleja. Por otro lado, y aunque es cierto que con carácter general los modelos diferenciadores permiten una mejor delimitación y acotamiento de lo típico, también lo es que esta clase de argumentos se muestran especialmente decisivos en relación con los delitos puros de resultado, dada la vaguedad de su descripción legal. En relación con esta clase de delitos sí que puede apreciarse una mayor —o menor— urgencia o necesidad de adopción de modelos o conceptos de autor de carácter restrictivo. Porque los mismos, al tiempo que nos permiten identificar a aquél que debe responder en primer lugar por la comisión del hecho delictivo (por ejemplo, quien ostenta el dominio del hecho), concretan la estructura típica del correspondiente precepto (siguiendo con el mismo ejemplo, matar en el sentido del artículo 138 del Código Penal significaría

⁹⁴ Señala este aspecto, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. n. 89, p. 38.

⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, cit. n. 33, p. 494.

⁹⁶ Sobre el bien jurídico y estructura de este precepto, ampliamente v. JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas I*, cit. n. 88, pp. 27 y ss.

dominar un proceso lesivo que provoca la muerte de una persona). Sin embargo, tales razones no se aprecian con la misma intensidad en relación con aquella clase de delitos cuyo ámbito se muestra bien definido en este plano, aunque éste precisamente no sea el caso del artículo 368 del Código Penal.

Por estas razones entiendo que no siempre es descabellado establecer en la parte especial del Código Penal figuras delictivas que reconduzcan toda forma de intervención delictiva a través de la autoría⁹⁷. Porque puede haber supuestos en los que un concreto bien jurídico impida apreciar diferencias desvalorativas importantes entre las distintas formas de agresión. Por eso, mientras que en el delito de homicidio existe una diferencia sustancial entre la conducta que realiza la persona que entrega el arma al asesino y el asesino mismo: este último es quien decide el comienzo de la fase de ejecución, quien realiza la acción que muestra el máximo grado de peligrosidad y quien en última instancia decide —positivamente— la concurrencia o no de la lesión del bien jurídico. En otros delitos como sucede, por ejemplo, en el de tráfico de drogas, no se aprecian especiales diferencias desvalorativas entre las conductas de quienes realizan los actos de cultivo y quienes las transportan a los lugares donde se pretende distribuirla o las almacenan, ni siquiera entre estas conductas y las que realizan aquéllos que se encuentran al final de la cadena de distribución, si se observan desde la perspectiva del concreto bien jurídico y de la configuración —como delito de peligro abstracto— de esta figura delictiva. En este segundo grupo de supuestos, la localización de la «acción típica nuclear» que atenta contra el bien jurídico salud pública de forma especialmente intensa y sobre la que, según señala determinado sector doctrinal, se debe estructurar un modelo diferenciador de carácter restrictivo se presenta particularmente difícil. Por ello tampoco puede descartarse que en determinados supuestos sea conveniente establecer de modo expreso y excepcional un modelo de delito que permita la subsunción y el castigo autónomo de aquellas conductas que tradicionalmente se castigan de forma accesoria y a través de los artículos 28 a) y b) y 29 de nuestro Código Penal. Pues debido a las particularidades del bien jurídico y la estructura que se confiera al precepto pueden no concurrir las razones que con carácter general aconsejan operar con modelos diferenciadores.

⁹⁷ Con carácter general, sobre la introducción de excepciones, v. HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», cit. n. 6, p. 64.

Sin embargo, este dato no nos puede llevar a desconocer que la inmensa mayoría de los preceptos de la PE tienen naturaleza punitiva y, precisamente por esa circunstancia y la gravedad de las consecuencias jurídicas que prevén, es siempre preferible que sean formulados más restrictivamente por el legislador. Aunque se obligue al intérprete a encontrar aquella acción que más directamente amenace al bien o interés objeto de protección, y alrededor de ella estructurar el correspondiente esquema de intervención delictiva. Por otra parte, las razones que puedan justificar el establecimiento de tales cláusulas unitarias en la PE no son tan frecuentes como para cuestionar la opción que parece favorecer el legislador en los artículos 27 y siguientes por un modelo —extensivo o restrictivo, en cualquier caso— diferenciador⁹⁸.

Ahora bien, la opción por un modelo de estas características debe someterse a ciertas pautas en su configuración. Porque si el legislador decide sustraer un precepto a los criterios de interpretación generales, entonces debe tratar de compensar en el plano legal el *plus* de concreción y determinación que —también— ofrecen los tradicionales criterios de autoría. Es decir, si autores del delito que se recoge en el artículo 368 del Código Penal no son aquellas personas que dominan, determinan objetiva y positivamente el hecho u ostentan competencia sobre la fuente de peligro presente en el proceso lesivo allí descrito, entonces se deberá señalar e identificar qué concretas conductas son constitutivas de autoría, si se debe considerar autor sólo al que realiza los actos de cultivo, o además a quien realiza los actos de elaboración y tráfico, siguiendo con el ejemplo del artículo 368. En cualquier caso, entiendo inadmisibles la introducción de cláusulas como la señalada —que pretenden extender lo punible a toda conducta que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»— que acercan los contornos de lo típico al ámbito de la absoluta incertidumbre. Porque más que de desvinculación entre el supuesto de hecho y el impulso problemático legitimante, el artículo 368 del Código da la impresión de carecer de toda reflexión previa sobre la entidad material del problema y relevancia jurídico-penal de lo punible, y parece responder a una tan ciega como irreflexiva obsesión punitiva cuya plasmación legal permite la subsunción formal en esta figura delictiva de una amplia gama de conductas carentes incluso de cualquier contenido de lesividad frente al bien jurídico tutelado.

⁹⁸ Pues, con razón, señala NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, p. 210, que la mayor o menor frecuencia de las excepciones a una cláusula general determinan el acierto de la misma.

Igualmente, entiendo como un grave desacierto que mediante tales modelos el legislador pretenda introducir, además, una extensión del ámbito de lo punible más allá del establecido —con carácter general— en el Libro primero del Código Penal. Porque, a mi juicio, si en los artículos 27 y siguientes del Código se decide que sólo «son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices», y define a los cómplices como aquellos intervinientes que sin ser autores, inductores o cooperadores necesarios, «cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Entonces no puede dar la impresión de que, mediante cláusulas como la acabada de citar, promueve una extensión de lo punible incluso a conductas que en relación con otros tipos delictivos no serían constitutivas siquiera de complicidad. Porque ésta es, sin duda, una de las interpretaciones —y peligros— posibles de dicha cláusula. Tal proceder no sólo provocaría graves incongruencias de índole valorativa: carece de sentido que comportamientos que en relación con un proceso lesivo doloso que lesiona con ensañamiento y alevosía el bien jurídico vida se entienden como riesgo permitido y, por tanto, impune, sean considerados como punibles en relación con un proceso lesivo doloso que genere cierto grado de peligro para el bien jurídico salud pública. Y no se trata de apreciaciones subjetivas, me remito a la gravedad de las respectivas penas⁹⁹. Asimismo, entiendo que una estructura típica como la que recoge este precepto, faculta o, en el mejor de los casos, favorece una reconstrucción *ad hoc* —para este concreto delito— de los límites inferiores de lo punible. A mi juicio, constituye un error prescindir de los trabajos doctrinales que han ayudado a establecer el límite inferior de la complicidad¹⁰⁰. Además de los obvios problemas que plantea de seguridad jurídica. Entiendo que la revalorización y desarrollo creciente del tipo objetivo de esta figura, permite —y facilita— negar la punibilidad de buena parte de los supuestos más controvertidos en relación con el delito de tráfico de drogas. Puesto que conductas como el mero acompañamiento al lugar de adquisición de la droga o indicar el lugar de venta de las mismas, difícilmente podrían conceptualizarse como complicidad en el sentido del artículo 29 del Código Penal.

Por esta razón, para despejar dudas y evitar ampliaciones *ad hoc* de las fronteras inferiores de la responsabilidad criminal,

⁹⁹ Y ello pese a los problemas de proporcionalidad que plantea el rigor punitivo del art. 368 CP. En este sentido, v. la STS 1 de diciembre 1997 (A. 8761).

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión, con amplias referencias bibliográficas, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 34, pp. 376 y ss.

así como para reforzar la sistemática interna del Código, es preferible establecer una cláusula que, una vez delimitadas de forma clara y taxativa las conductas delictivas principales, establezca de forma expresa que: «2. También serán constitutivas de autoría de este delito las conductas de cooperación, en el sentido de los artículos 28, segundo párrafo, y 29 de este Código, a la ejecución de las anteriormente descritas»¹⁰¹, por poner un ejemplo. De este modo no sólo se reconducen en mayor medida las excepciones unitarias que se establecen en la parte especial al modelo —general— de intervención delictiva previsto en la parte general, con los señalados efectos de reforzamiento sistemático. Además, se prevén los posibles problemas de proporcionalidad e incoherencias señaladas.

Un modelo extensivo diferente recoge el artículo 576 del Código Penal, donde se encuentra tipificado el polémico delito de colaboración con banda armada. El número primero del mencionado precepto establece que «será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, *cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades* de una banda armada, organización o grupo terrorista». Mientras que, en su número segundo, se explica que «son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, *en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades* de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas». A mi juicio, y con independencia de la idoneidad político-criminal del precepto o la concreta interpretación de la cláusula

¹⁰¹ Con carácter general, sobre estas cláusulas, v. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Las remisiones», en Grupo de Estudios de Técnica Legislativa: La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 224 y ss., en relación con su función sistemática, pp. 229 y ss. La complejidad de la remisión realizada al artículo 28 frente al 29 CP refleja, a mi juicio, una de las razones por las que conviene enumerar los párrafos de los artículos. De este modo, hubiese bastado con referirnos al artículo «28.2», sin más aclaraciones. En este último sentido, v. CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa: «División de las leyes», en Grupo de Estudios de Técnica Legislativa: La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa, Bosch, Barcelona, 1986, p. 118. En cuanto a la concreta forma de citar ambos artículos, señalando su ubicación en el Código, en sentido crítico, v. KIRCHNER, Pere/ANDÚGAR, Pere Ferrán: «Reglas de citas», en Grupo de Estudios de Técnica Legislativa: La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 246 y s.

de equivalencia¹⁰², mediante la que amplía el elenco de conductas punibles a través de una remisión a las conductas expresamente descritas, el legislador también yerra en la configuración de esta concreta conducta delictiva. La razón se encuentra en la especial naturaleza de la cláusula extensiva que introduce: de equivalencia. Pues ello exige, para su validez, cierta homogeneidad en las conductas a las que se remite. Si el legislador engloba en una figura delictiva formas de agresión tan dispares —comprende tanto actos de «colaboración con actividades» como con «finalidades»— frente a bienes jurídicos tan distintos como la paz pública y el orden constitucional¹⁰³, no ofrece un conjunto homogéneo de conductas sobre el que establecer satisfactoriamente la relación de equivalencia. Su introducción exige, por ello, una previa y mayor diferenciación en sede de ley.

Ahora bien, no todas las excepciones que se encuentran en la parte especial a los modelos y principios que orientan los institutos y definiciones jurídico-penales —adscritos a la tipicidad— que se recogen en la parte general de nuestro Código Penal merecen una valoración —en mayor o menor medida— positiva. Un claro ejemplo de otra clase de excepciones ofrecen las «cláusulas generales de imprudencia de alcance limitado», mediante las cuales se vuelven a reproducir los insolubles problemas interpretativos y, en consecuencia, de seguridad jurídica que generaba el sistema de regulación de la imprudencia que se recogía en el Código Penal anterior.

Como es sabido, una de las principales novedades del nuevo Código Penal se enuncia expresamente en su artículo 12, donde se establece que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley». Mediante la introducción de este precepto, y frente al modelo de incriminación general de las conductas imprudentes que se recogía en los artículos 565, 586 bis y 600 del anterior Código Penal, el legislador consagra —si bien, en el artículo 12 sólo formalmente¹⁰⁴— el carácter excepcional de la incriminación.

¹⁰² Sobre estos y otros problemas, ampliamente, v. NAVARRO FRÍAS, Irene: «Principio de legalidad y el llamado delito de colaboración con banda armada: La nueva amenaza de una cuestión jurídica no bien resuelta en la STC 136/1999», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, 2003/20, margs. 99 y ss.

¹⁰³ Tal y como sostiene NAVARRO FRÍAS, Irene: «Principio de legalidad y el llamado delito de colaboración con banda armada: La nueva amenaza de una cuestión jurídica no bien resuelta en la STC 136/1999», cit. n. 102, margs. 111, 131 y 136. Sobre los problemas de determinación y proporcionalidad que plantea esta figura, con amplias referencias bibliográficas, v. margs. 108 y ss., especialmente 120 y s., y 131 y ss., respectivamente.

¹⁰⁴ Señalando la naturaleza superflua de este tipo de cláusulas, con razón, ya MIR PUIG, Santiago: «Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de

minación de la imprudencia, respondiendo así a las numerosas exigencias doctrinales al respecto¹⁰⁵. Sin embargo, algunas de las cláusulas que ha escogido para la incriminación de este tipo de conductas revelan que no ha sido del todo consecuente en la realización de este principio a lo largo de la parte especial del Código Penal. Pues el modelo de castigo excepcional, pese a sus innegables ventajas, tampoco es llevado hasta sus últimas consecuencias. La plasmación expresa del principio de excepcionalidad de castigo de este tipo de conductas así como de su punición a través de un modelo de *numerus clausus* en la parte especial del Código, aunque más coherente con la idea de intervención mínima, el mandato de determinación o el menor contenido de desvalor de los hechos imprudentes, también encuentra algunas e importantes excepciones en la parte especial, ya que en determinados supuestos se aborda la incriminación de los comportamientos imprudentes mediante unas cláusulas generales —si bien de alcance restringido— que reproducen buena parte de los problemas que generaba la regulación anterior. Así, por ejemplo, en relación con los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, se señala en el artículo 331 que «los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave». Mientras que, de modo similar, en relación con los delitos contra la salud pública, establece el artículo 367 que «si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado»¹⁰⁶.

Al igual que sucedía con el anterior Código Penal, estas cláusulas generales que introduce el legislador en determinados capítulos de la parte especial replantean el problema de determinar qué concretas figuras delictivas son susceptibles de realización por imprudencia. La determinación de la posibilidad de realización imprudente de estas

Código Penal», *RFDUC*, 1980, Monográfico 3, pp. 46, 47 y 49. En esta misma línea también, ROMEO CASABONA, Carlos María: «El Anteproyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 24, p. 17. Más recientemente, v. el mismo: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, pp. 941 y s. De otra opinión, aparentemente, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo: *La «codelinuencia» en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 109, para quien «el art. 12 viene a limitar la punición de los hechos imprudentes a aquellos casos en que la concreta infracción aparece expresamente prevista por la ley».

¹⁰⁵ Ampliamente, v. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 407 y ss.

¹⁰⁶ Sobre la particular problemática que generan estas dos cláusulas, ampliamente, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, pp. 942 y ss.

figuras genera considerables discrepancias doctrinales y abre la puerta a futuras oscilaciones jurisprudenciales, tal y como nos ha demostrado la experiencia¹⁰⁷. Todo ello se traduce en problemas de seguridad jurídica, y supone un —tan— claro y grave —como fácilmente evitable— menoscabo del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Dichas consecuencias se manifiestan, por ejemplo, en relación con la aplicabilidad de la cláusula prevista en el artículo 331 al artículo 329.1 del Código Penal, donde se castiga a «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen»¹⁰⁸.

En este último precepto, ya la referencia expresa al dolo mediante el componente «a sabiendas» es motivo de controversia. Así, mientras algunos autores entienden que la introducción de tales elementos subjetivos impide —incluso en un plano conceptual— la comisión del hecho por imprudencia¹⁰⁹, otros rechazan frontalmente dicha línea argumental. En este último sentido, por ejemplo, esgrime ROMEO CASABONA, entre otras razones, que «en el CP aparecen algunos delitos dolosos que incluyen alguna de esas expresiones sugestivas del dolo y a continuación la variante de comisión por imprudencia con remisión directa y exclusiva a un solo tipo doloso, lo que constituye una prueba inequívoca de que una expresión semejante no constituye un obstáculo para construir el tipo imprudente»¹¹⁰.

¹⁰⁷ V. CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1, cit. n. 105, pp. 409 y ss.

¹⁰⁸ Con carácter general, sobre la problemática relativa a la aplicación de este precepto, ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: «El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas», RDPC, 2002/9, pp. 15 y ss.

¹⁰⁹ Considera este argumento, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 98, quien entiende que «en contra de la incriminación de la comisión imprudente de este tipo cabe alegar... que el artículo 329 contiene una de las expresiones que tradicionalmente bloqueaban la comisión imprudente («a sabiendas»)»; el mismo: *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 169. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan: «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en Juan Terradillos Basoco (edit.): *Derecho Penal del medio ambiente*, Trotta, 1997, p. 55, con más referencias bibliográficas en n. 75.

¹¹⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, pp. 946 y s. En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: «El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas», cit. n. 108, pp. 25 y s. n.º 51. Con carácter general, rechazando que la

Pero es que, además de los concretos problemas de interpretación que plantea este componente subjetivo, se pueden encontrar importantes argumentos sistemáticos tanto a favor como en contra de inculpar la realización imprudente del supuesto de hecho que se recoge en este artículo 329.1. Así, mientras que en el primer sentido se esgrime el castigo de la prevaricación judicial imprudente en el artículo 447 pese a la inclusión del componente «a sabiendas» en el artículo 446¹¹¹. En el segundo se señala el hecho de que la prevaricación administrativa genérica cometida por imprudencia sea impune, dado que el Código sólo contempla la dolosa en su artículo 404, así como «la inexistencia de la previsión de una inculparación imprudente a propósito del tipo de prevaricación específica en materia urbanística que contiene el artículo 320. La sanción de la prevaricación medio-ambiental en su modalidad dolosa y en la imprudente, siendo punible la prevaricación urbanística sólo en la modalidad dolosa, sería —atendida, además, la similitud estructural, de gravedad material y de sanciones existente entre ambas— difícilmente sostenible desde perspectivas de principios que, como los de *igualdad* y de *proporcionalidad*, revisten rango constitucional»¹¹². A mi juicio, y con independencia de la tesis que se estime más convincente, de lo que no cabe duda es que las diferentes interpretaciones expuestas y los argumentos esgrimidos en uno y otro sentido revelan ya que esta técnica de tipificación ofrece un nivel de seguridad jurídica difícilmente asumible.

Por otra parte, y no menos compleja que la problemática referente a la trascendencia de determinados componentes subjetivos de la definición legal —de cara a su posible comisión por imprudencia— o la valoración de los distintos aspectos sistemáticos, se añade la difícil cuestión dogmática relativa a la viabilidad estructural de la comisión imprudente de determinados tipos de delitos. Porque, como

presencia en el tipo de elementos subjetivos de lo injusto o la referencia expresa al dolo sea incompatible con su realización por imprudencia, CERESO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1, cit. n. 105, pp. 410 y ss., con más referencias bibliográficas en n. 44, 45, 48 y 50.

¹¹¹ Así, por ejemplo, ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: «El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas», cit. n. 108, p. 26 n.º 51. También, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El sistema de inculparación de la imprudencia (artículo 12)», cit. n. 109, p. 98; el mismo: Delitos contra el medio ambiente, cit. n. 109, p. 169.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El sistema de inculparación de la imprudencia (artículo 12)», cit. n. 109, p. 99; el mismo: Delitos contra el medio ambiente, cit. n. 126, p. 169. De otra opinión, sin embargo, ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: «El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas», cit. n. 108, p. 26 n.º 51.

se ha advertido en la doctrina, buena parte de las figuras delictivas a las que se remiten estas cláusulas no han sido configuradas como delitos de resultado, y surge el problema de determinar cómo se compagina la estructura de los delitos de mera actividad con la comisión de los mismos por imprudencia, y, en su caso, la relación de éstos con los delitos dolosos correspondientes¹¹³. En este último sentido, ROMEO CASABONA, tras constatar la identidad de la modalidad dolosa e imprudente —de los delitos de mera actividad— en un plano objetivo, y en relación con los supuestos de imprudencia consciente, la identidad también en el elemento intelectual, advierte que en estas hipótesis «el tipo —doloso o imprudente— no incluye la producción de un resultado, por lo que no es posible encontrar una diferencia estructural del elemento volitivo por referencia de éste al resultado. En consecuencia, el elemento volitivo se reduce en estos casos a su proyección sobre la acción peligrosa en cuanto tal..., por lo que no es posible diferenciarlo estructuralmente del elemento volitivo del delito doloso»¹¹⁴. De este modo, concluye que dogmáticamente no es aceptable la remisión de estas cláusulas a delitos dolosos de mera actividad, «pues existe una coincidencia absoluta entre éste y su realización con imprudencia consciente»¹¹⁵. Mientras que en relación con los supuestos de imprudencia inconsciente, rechaza su equiparación con el dolo, y defiende su punibilidad de acuerdo con la pena que para el delito imprudente haya previsto la ley, es decir, la pena inferior en un grado a la del delito doloso correlativo. Esta última solución, además del grado de dificultad que reviste el establecimiento de las distinciones entre una y otra clase de responsabilidad subjetiva¹¹⁶, nos conduce a establecer diferencias punitivas según el carácter consciente o inconsciente de la imprudencia, aspecto que sin embargo es independiente de la peligrosidad de la conducta y podría generar dudas relativas a su proporcionalidad.

¹¹³ En este sentido, recientemente, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, p. 943; el mismo: «Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado», cit. n. 66, pp. 146 y s. Plantea el mismo problema en relación con los delitos contra salud pública, ROMEO CASABONA, Carlos María: «Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», RDP, 2001/4, p. 24. También, v. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito *imprudente* de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», AP, 2000/38, margs. 803 y ss.

¹¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, pp. 957 y 962.

¹¹⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, p. 959, señalando que en tales casos la remisión queda vacía de contenido y se produce un concurso de leyes entre el delito doloso y el delito imprudente, a resolver de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

¹¹⁶ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, pp. 959 y s.

El grado de complejidad de todos estos problemas así como el hecho de que se deriven de la inserción de una cláusula que sólo se justifica por —muy limitadas— razones de economía legislativa, me llevan a defender su rechazo sin ningún tipo de excepciones. En este último sentido, comparto las palabras de ROMEO CASABONA cuando señala que «el confusionismo dogmático que propicia, así como lo poco apropiado de sancionar penalmente delitos imprudentes de simple actividad —en particular en relación con delitos que tienden a proteger bienes jurídicos colectivos intermedios—, por su escaso injusto material, aconsejan evitar el recurso a cláusulas de incriminación de la imprudencia de alcance limitado como técnica de tipificación. En este sentido, es preferible recurrir a su tipificación singularizada, lo que ha de permitir, además de mayor claridad de los propósitos incriminadores del legislador en beneficio de la seguridad jurídica, que éste reflexione con mejor criterio la oportunidad y consecuencias dogmáticas y político-criminales previsibles de cada tipo imprudente en particular»¹¹⁷.

Como ya se señaló más arriba, todas y cada una de las figuras delictivas que se recogen en la parte especial poseen una lógica autónoma proveniente del particular interés u objeto de tutela jurídico-penal. Todo bien jurídico condiciona y orienta de forma decisiva la configuración de la figura delictiva con la que se pretende —mediata o inmediatamente— su protección. La elección de los distintos componentes descriptivos y desvalorativos que deben integrar cualquiera de las figuras delictivas que se recogen en la parte especial del Código Penal, la conveniencia o no de su introducción en la definición legal, y las posibles ventajas e inconvenientes de los mismos, sólo es valorable desde la perspectiva del bien jurídico, esto es, del concreto interés u objeto que se pretende proteger. Presupuesto el carácter —valorativa o empíricamente— concretable del componente y su idoneidad para expresar y delimitar el contenido de desvalor de la figura delictiva, deberá atenderse al concreto objeto o interés que se pretende tutelar con la misma para apreciar, por ejemplo, si la introducción en su estructura típica de una remisión a normativa extrapenal para la delimitación del sujeto activo o de medios comisivos como puedan ser la violencia, intimidación o fuerza en las cosas, constituye un acierto o un desacierto político-criminal.

¹¹⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María: «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», cit. n. 66, p. 962. En esta misma línea, FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo: «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)», cit. n. 64, p. 317 n.º 30; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Delitos contra el medio ambiente, cit. n. 109, p. 170.

Así, por ejemplo, si a través del establecimiento de una figura delictiva se pretende proteger las «condiciones laborales o de Seguridad Social» que los trabajadores tienen reconocidos normativamente en disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales de trabajo, tal y como parece ser la razón del artículo 311 del Código Penal¹¹⁸. Entonces puede mostrarse conveniente la introducción en su estructura típica de remisiones a la normativa extrapenal en la que se recogen tales derechos y condiciones laborales. Aunque de este modo se límite, al mismo tiempo, el número de —potenciales— titulares del bien jurídico que se benefician del ámbito de protección que proporciona esta figura delictiva en el mundo del trabajo, al exigirse implícitamente que los mismos sean trabajadores en el sentido de la normativa extrapenal a la que se remite el citado precepto. Ahora bien, lo que no parece razonable es perseguir la protección de determinados bienes jurídicos que no son privativos de un concreto sector de los trabajadores, sino que son titularidad de la totalidad de los integrantes de este colectivo en su acepción más amplia, e introducir simultáneamente en las definiciones legales de los preceptos que se articulen para su protección componentes o elementos típicos que excluyen de su ámbito de protección precisamente, a quienes más urge la misma. Esto último es lo que se ha conseguido en los artículos 316 y siguiente del Código Penal, donde se recoge la modalidad dolosa e imprudente del delito contra la seguridad en el trabajo.

A mi juicio, coincidiendo con un amplio sector doctrinal, estos preceptos protegen unos bienes jurídicos muy concretos: la vida, salud e integridad física de los trabajadores¹¹⁹. Es decir, bienes jurídicos

¹¹⁸ En esta línea ya ARROYO ZAPATERO, Luis: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 24, en relación con el artículo 499 bis ACP. Más recientemente BAYLOS GRAU, Antonio/TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 74; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás S. Vives Antón/Javier Boix Reig/ Enrique Orts Berenguer/Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luis González Cussac: *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 608; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 541 y s. De otra opinión, por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en Miguel Bajo Fernández (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 633. Para más referencias bibliográficas, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: «El concepto de trabajador en el Derecho penal español», RDPC, 2004/13, p. 21 n.º 34.

¹¹⁹ En este sentido, también, AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 80 y ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Relaciones laborales*, 1997/I, pp. 271 y 300; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/Fermín Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial*

de carácter personal y titularidad individual que en ningún modo se circunscriben a los trabajadores referidos en la normativa extrapenal a la que ambos preceptos se remiten a través de sus dos cláusulas: «estar legalmente obligado» y «con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales». Por este mismo motivo entiendo que carece de sentido restringir la tutela que ofrecen ambos preceptos, únicamente, a quienes realizan las actividades a las que sean extensibles las remisiones extrapenales que incorporan en su definición legal, dando la impresión de que el legislador no reparó en que el trabajo objeto del Derecho penal difiere, a veces, del que tiene por objeto el Derecho del trabajo. Las remisiones extrapenales que se recogen en tales figuras delictivas dejan fuera a sectores cuya seguridad laboral también precisa de la protección de las normas jurídico-penales y se muestran, de este modo, incoherentes en relación con los bienes jurídicos que pretenden proteger. Mediante la introducción de estos componentes normativos, en los artículos 316 y siguiente se han configurado unas estructuras típicas inadecuadas para comprender la realidad a la que deben responder ambos preceptos.

Con carácter general, a la creación de cada una de las figuras delictivas que se recogen en la parte especial del Código Penal debe anteceder una reflexión seria y racional —luego, participada por la Ciencia— sobre el objeto o interés que la misma aspira a proteger¹²⁰. Sobre los resultados de esta reflexión procede erigir la estructura típica del correspondiente delito. Desde el concreto bien que se estima merecedor de protección jurídico-penal deben delimitarse la realidad problemática que se estima —jurídico-penalmente— relevante¹²¹, y

del Derecho Penal, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 1086 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 99, pp. 11366 y 11368. De otra opinión, por ejemplo, NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 29. Para más referencias bibliográficas v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: «El concepto de trabajador en el Derecho penal español», cit. n. 118, p. 20 n. 32.

¹²⁰ Ampliamente, sobre el ejemplo del Derecho penal económico, v. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, pp. 99 y ss. Con carácter general, v. HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», cit. n. 6, pp. 61 y ss. Sobre la concreción del problema en el proceso de creación de las normas jurídicas, críticamente, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 80 y ss.

¹²¹ V. GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», cit. n. 57, pp. 9 y ss. También, STÄCHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 55 y ss. y 91 y ss., señalando la necesidad de diferenciar el bien jurídico de las modalidades de agresión. En nuestra doctrina, recientemente, v. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, pp. 143 y ss. También, v.

valorar el equilibrio e idoneidad estructural del precepto, es decir, el grado de vinculación del supuesto de hecho configurado en la ley con el impulso o ámbito problemático materialmente legitimante de la intervención jurídico-penal, así como la idoneidad de los concretos componentes elegidos para conformar su definición legal, esto es, el grado de determinación que le confieren y su capacidad tanto para expresar el contenido de desvalor de la figura delictiva como para abarcar el ámbito problemático precisado de respuesta¹²². También se ha señalado, recientemente, la idoneidad de esta perspectiva para valorar el grado de coherencia de las posibles opciones legales existentes para instrumentalizar la intervención jurídico-penal, y con ello sus posibilidades de éxito en el cumplimiento de la función político-criminal asignada¹²³.

Desde esta perspectiva se observa que la estructura típica que se recoge en los artículos 316 y siguiente del Código Penal no constituye una respuesta coherente a los bienes jurídicos que, según la doctrina mayoritaria, son objeto de tutela en los mismos. Pues los distintos componentes empleados en su definición legal no permiten comprender adecuadamente el ámbito problemático materialmente legitimante y precisado de respuesta.

En principio, si se opta por la defensa de determinados bienes o intereses jurídicos de titularidad o disfrute restringido, puede parecer lógico que la intervención jurídico-penal se limite a castigar únicamente las agresiones más graves que recaigan sobre sus titulares o sobre quienes disfruten de ellos mediante una ulterior caracterización del sujeto activo, pasivo, de los distintos medios comisivos o del objeto material del delito, tal y como señalábamos más arriba en relación con el artículo 311 del Código. Si estos sujetos se encuentran perfectamente definidos en una norma extrapenal, no parece incorrecto que en la configuración legal de la concreta figura delictiva se establezca una remisión a aquella. Ahora bien, lo que sí carece de sentido es que como consecuencia de tal remisión se dispense protección sólo a algunos titulares. Especialmente si los excluidos son,

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit. n. 3, p. 17, quien señala, en relación con el concepto de bien jurídico, «que es la fase de creación del Derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades».

¹²² Si bien, dada la imposibilidad de advertir en un primer momento todos los aspectos que condicionan o afectan a la creación del precepto, insisto en que no se trata nunca de un proceder lineal, sino de una sucesión de reflexiones provisionales.

¹²³ Así, v. HIRSCH, Hans Joachim: «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», trad. castellana de Daniel R. Pastor, en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 387.

generalmente, quienes más necesitados se encuentran de la misma. En este sentido, si se pretende proteger la vida, salud e integridad física de quienes realizan una actividad productiva en relación de dependencia, carece de sentido que se limite la punibilidad a las acciones realizadas por los destinatarios de unas normas de seguridad e higiene extrapenales que regulan una pequeña parte de la realidad laboral necesitada de protección jurídico-penal. Porque se excluye de su ámbito toda la realidad no normada por las mismas. Las lagunas de punibilidad que, entiendo, produce la estructura típica de los mencionados preceptos se derivan de sus remisiones extrapenales: el requisito normativo de «estar legalmente obligado»¹²⁴ y, en especial, la cláusula «con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales»¹²⁵. Porque esta última no sólo determina que «el empresario que imponga a los trabajadores una actuación abiertamente arriesgada, que ponga en peligro su vida o integridad física, realiza un hecho impune si su actuación no está prevista en las normas laborales como infracción de la normativa sobre seguridad e higiene»¹²⁶. Además, impide castigar a aquellos que aún realizando las conductas que pretenden evitar tales normas extrapenales no son destinatarios de las mismas por tratarse de actividades profesionales que no se encuentran comprendidas en su ámbito de aplicación¹²⁷.

Por esta misma razón, me parece cuestionable la reciente STS 30 mayo 2003, donde se subsume en el artículo 312.2 del Código Penal la actuación de los dueños del «Club El Carro» en relación con las pros-

¹²⁴ Según la normativa laboral, el empresario o encargado, si bien este concepto se muestra susceptible de una interpretación material ulterior. Sobre ello, ampliamente, AGUADO LÓPEZ, Sara: El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal, cit. n. 119, pp. 256 y ss. Sobre esta problemática, con carácter general, KÖLBEL, Ralf: «Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung», GA, 2002/7, pp. 407 y ss.

¹²⁵ Críticamente sobre la misma, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 113, margs. 811 y ss.; la misma: «Infracciones extrapenales «cualificadas» en el Código Penal español de 1995: Problemas de interpretación», RDPC, 2000/5, pp. 19 y s. También, v. GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, 1993, XVI, pp. 92 y s.

¹²⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 125, p. 102.

¹²⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 125, p. 74. Expresamente, también, NIETO MARTÍN, Adán: «Straftaten gegen die Rechte der Arbeitnehmer», en Klaus Tiedemann (edit.): *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg-Symposium*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, pp. 229 y s. Con carácter general, KÖLBEL, Ralf: «Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung», cit. n. 124, pp. 409 y ss., especialmente, pp. 411 y s.

titutas que allí trabajaban. En concreto, se argumenta, en su fundamento jurídico quinto, que por la forma de control de las mujeres, la percepción de las cantidades abonadas por los clientes y la imposición de «condiciones de horario, de tiempo, de lugar y de salarios, incluidas multas por baja productividad que atentan gravemente a sus derechos como personas y como trabajadoras». El problema que plantea el citado precepto para subsumir en él la prostitución no se deriva del amplio concepto de trabajador que se propone a estos efectos, sino de la exigencia de que las actuaciones del sujeto activo perjudiquen, supriman o restrinjan «los derechos que tuviesen reconocidos por *disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*». Mientras no se concrete cuáles son los derechos que a tal nivel tienen reconocidas estas profesionales, parece más plausible su protección —y consideración para tal fin— como camareras.

Los supuestos que quedarían impunes han sido señalados por la doctrina. Entre otros colectivos, se excluyen del ámbito de protección de estos preceptos a las prostitutas. En este sentido, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Granollers, de la que dieron noticia los medios de comunicación, niega el carácter laboral de la actividad de prostitución por considerar que «nadie puede organizar ni dirigir la actividad sexual de ninguna mujer porque atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad humana... El comercio sexual (propriadamente dicho) no puede ser objeto lícito de contrato de trabajo ya que la capacidad de decidir y la libertad sexual están por encima de la dirección y organización empresarial»¹²⁸, si bien estima la existencia de una relación laboral en relación con la actividad de servir copas y hacer consumir a los clientes. El restringido ámbito de aplicación que recoge la exposición de motivos de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales también puede generar problemas en la interpretación de los artículos 316 y siguiente del Código Penal.

Las inconsecuencias expuestas sugieren diversas hipótesis explicativas. Quizá el legislador no apreció que la inclusión en el tipo objetivo de remisiones a normas extrapenales, la mayoría de las veces, restringe el ámbito de vigencia de la norma y, en consecuencia también, de tutela del bien jurídico¹²⁹. Sin embargo, me inclino a

¹²⁸ V. El País, 28 de abril de 2003. No obstante, la STS 12 abril 1991 (A. 2704), en relación con el art. 499.1 ACP que se corresponde con el actual 311.1, apreció este delito pese a que los sujetos sobre los que recaía la acción eran prostitutas, aunque sin plantearse la idoneidad de las mismas como titulares de los derechos protegidos por tal precepto.

¹²⁹ Como señala ya GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit. n. 125, p. 102.

pensar que se debió, más bien, a falta de claridad sobre el bien jurídico protegido por ambos preceptos. Al menos, suficientemente. Y si no hay claridad en este primer paso, la idoneidad de una figura delictiva y de cada uno de los componentes empleados en su configuración se convierte, en buena medida, en una cuestión de azar¹³⁰.

De *lege lata*, las soluciones ante esta frecuente problemática ya las conocemos. Me remito, a modo de ejemplo, a la bibliografía y jurisprudencia citada. De *lege ferenda*, una forma de prevenir inconsecuencias legislativas, al tiempo que un mecanismo de aseguramiento de un mayor grado de racionalidad en la configuración legal de los tipos penales, podría consistir en la introducción del bien jurídico protegido como elemento explícito y requisito típico adicional de cada una de las figuras delictivas que se establecen en la parte especial del Código Penal¹³¹. Por ejemplo, mediante la introducción de un título en el que se concrete el correspondiente interés objeto de tutela por parte de la figura delictiva, esto es, mediante la formulación

¹³⁰ Con carácter general, señalando la importancia de la definición del estado deseado en el proceso de creación normativa, v. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 3, pp. 82 y ss.

¹³¹ En este punto no se ignora la crisis que sufre este concepto —entendido como concepto immanente al sistema— debido a su progresivo proceso de espiritualización. No obstante, sobre esta primera cuestión, v. las interesantes reflexiones de PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, pp. 131 y ss. Ahora bien, tampoco su condición de concepto irrenunciable desde una perspectiva problemática. Sobre ello, convincentemente, v. HIRSCH, Hans Joachim: «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», cit. n. 123, pp. 380 y ss. También, SCHÜNEMANN, Bernd: «Sistema del Derecho Penal y victimodogmática», en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (eds.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 161 y ss.; STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 32 y s. En nuestra doctrina, v. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990, pp. 19 y ss., especialmente, 26 y s. Más recientemente, también, Díez Ripollés, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit. n. 3, pp. 17 y s.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, cit. n. 5, pp. 87 y ss. Entiendo que la revalorización que se propone para este concepto mediante su previsión legal expresa, permite una mayor racionalización y delimitación sobre la procedencia y forma de la intervención jurídico-penal, especialmente necesaria en aquellos ámbitos que —curiosamente— más problemáticos se muestran para el mismo. En esta última línea, también, v. Díez Ripollés, José Luis: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit. n. 3, pp. 18 y s. Sobre la definición del bien jurídico, proponiendo su orientación a pautas de conducta en aras de una mayor operatividad, v. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, pp. 132 y ss.

del concreto bien jurídico como título —y, por tanto, elemento— de la definición legal¹³². De este modo, al mismo tiempo que se garantiza en mayor medida una reflexión del legislador sobre el concreto interés que desea tutelar, este nuevo componente típico se constituye en referencia principal para la configuración de la definición legal, así como en la prevención de posibles solapamientos con los restantes preceptos, permitiendo también una mejor ubicación sistemática del mismo dentro del Código Penal¹³³. Así, por ejemplo, en el Título XV, bajo la rúbrica «de los delitos contra los derechos de los trabajadores», se podría sustituir el actual artículo 316 por otro similar a la siguiente propuesta: «Artículo 316. Delito contra la vida, salud e integridad física (de los trabajadores)¹³⁴.

1. Quienes estando obligado a ello¹³⁵ no proporcionen los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

O si, por razones preventivas y de seguridad jurídica, se prefiere establecer expresamente los concretos medios de comisión que impliquen un peligro grave en el sentido del referido precepto¹³⁶, podría añadirse algo así: «...de seis a doce meses, en los siguientes supuestos:

¹³² De un modo similar, en relación con los §§ 929 y ss. del Código civil alemán, véase BENDER, Rolf: «Die Sprache des Gesetzes, ein Problem der Verständlichkeit und der Regelungstechnik», cit. n. 85, pp. 48 y ss. También, señalando con carácter general la utilidad de estos componentes en la tarea de interpretación, v. LÜCKE, Jörg: «Die allgemeine Gesetzgebungsordnung», cit. n. 3, p. 16. Desde la perspectiva del mandato de determinación, STACHELIN, Gregor: *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, cit. n. 2, pp. 123 y 225.

¹³³ Así ya, con carácter general, v. CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa: «División de las leyes», cit. n. 101, pp. 115 y ss., quien advierte que la titulación de los artículos facilita el uso, división y sistematización de leyes.

¹³⁴ Señalando la mayor conveniencia de las definiciones de bienes jurídicos con referencia empírica, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, p. 132 n. 101.

¹³⁵ En sustitución de la cláusula «estando legalmente obligados», facilitando así la determinación del sujeto activo de acuerdo con criterios materiales. Sobre la interpretación de este elemento, ampliamente, v. AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit. n. 119, pp. 251 y ss.

¹³⁶ En este sentido, por ejemplo, v. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 113, margs. 839 y ss.

- a) Adscripción de personas a actividades profesionales cuyas condiciones les fuesen contraindicadas por sus características personales [como, por ejemplo, la minoría de edad] o situaciones transitorias manifiestas [como, por ejemplo, periodos de embarazo y lactancia] que les impidan responder a las exigencias psicofísicas de las mismas.
- b) Incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información.
- c) Falta de limpieza y condiciones del lugar de trabajo, etc.»¹³⁷.

Este modelo de regulación es fácilmente trasladable a las demás figuras delictivas que se recogen en este Título XV del Libro II del Código Penal. Así, por ejemplo, el artículo 311 podría titularse: «delito contra los derechos y condiciones laborales (normativamente establecidos, si se estima conveniente introducir esta limitación ya en la definición del bien jurídico)». Mientras que el artículo 314 podría llevar por título: «delito contra el derecho a la igualdad (en el trabajo, aunque esta última reiteración parece innecesaria)», y el artículo 315: «delito contra la libertad sindical y el derecho de huelga», por poner tres ejemplos.

La forma propuesta para la configuración legal de las figuras delictivas facilitaría, además, una mayor orientación en la elección de los restantes elementos que conformen tales definiciones legales. La introducción del bien jurídico —mediante la fórmula de título u otra que se estime más conveniente— en la definición legal de la figura delictiva debería ayudar a una mejor configuración de su estructura, facilitando así —mediante la referencia constante y visible del interés u objeto de protección— la evitación de inconsecuencias como la criticada a modo de ejemplo en relación con los artículos 316 y siguiente del Código Penal. La introducción de este nuevo componente como elemento de la definición legal de las distintas figuras delictivas permite, por otra parte, una mejor delimitación del ámbito de lo punible, condicionando decisivamente su interpretación. De este modo se dificulta —ya en sede de ley— una extensión de los preceptos jurídico-penales a conductas que no amenazan el bien jurídi-

¹³⁷ De este modo, se evitan los problemas interpretativos que, en relación con la actual remisión que hace el precepto a la normativa de prevención de riesgos laborales, expone ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit. n. 113, margs. 839 y ss. En cualquier caso, debe cuidarse la extensión del precepto y tratar de unificar y simplificar las letras resultantes. En relación con esta última cuestión, v. las indicaciones de CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa: «División de las leyes», cit. n. 101, pp. 116 y ss.

co para cuya protección fue formulado y frente a las cuales carece de legitimación¹³⁸.

Finalmente, desde una perspectiva sistemática, entiendo que la introducción del bien jurídico como primer elemento de la definición legal de toda figura delictiva facilita una más correcta ubicación en el Código Penal, así como su armonización con las restantes figuras delictivas preexistentes, ayudando así a advertir —y prevenir— las posibles contradicciones sistemáticas y valorativas que siempre puede generar la inclusión de toda nueva figura en el Código Penal¹³⁹. La formulación de un título para cada precepto jurídico-penal donde se concretase el objeto de protección de forma similar al modelo expuesto permitiría advertir más fácilmente las relaciones existentes entre el nuevo precepto que se va a introducir y preceptos ya presentes en el Código que tutelan bienes próximos o coincidentes, facilitando su armonización mediante las modificaciones o/y derogaciones que se consideren entonces pertinentes.

Así, por ejemplo, el actual artículo 313.1 CP castiga con una pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses a quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España. Con anterioridad a la introducción del artículo 318 bis CP por medio de la LO 4/2000, el artículo 313.1 cumplía una concreta —y necesaria— función político-criminal: permitía el castigo del tráfico ilegal de personas en un momento en el que esta actividad no tenía una respuesta específica en nuestra legislación penal. Sin embargo, con la introducción del citado artículo —318 bis— que responde específicamente a esta problemática el artículo 313.1 ha per-

¹³⁸ También, v. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», cit. n. 2, margs. 7 y s. Señalando el peligro que supone la indefinición del bien jurídico de cara a su extensión a conductas que no lo lesionan o pongan en peligro, GÜNTHER, Hans-Ludwig: «Die Genese eines Straftatbestandes», cit. n. 57, pp. 9 y s. Con carácter general, v. HILL, Hermann: «Einführung in die Gesetzgebungslehre», cit. n. 6, pp. 60 y ss.

¹³⁹ Aún cuando las quiebras no son como tales ilegítimas, como, con razón, señala AMELUNG, Knut: «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», cit. n. 2, p. 38, es la dogmática como Ciencia de aplicación del Derecho la que se debe regir según las valoraciones del legislador y no viceversa. Sin embargo, el legislador deberá justificar tales cambios de orientación, especialmente en los supuestos en los que se quiebre la sistemática interna, entendiendo por tal, la sistemática lógica y teleológica de la ley. Sobre ello, con razón, v. AMELUNG, Knut: «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», cit. n. 2, pp. 38 y ss. En relación con este último aspecto, también, VOGEL, Joachim: «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft —Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre—», cit. n. 3, p. 113. Sobre la importancia de la sistemática, ampliamente, NOLL, Peter: Gesetzgebungslehre, cit. n. 3, pp. 204 y ss. Desde una perspectiva constitucional, v. LÜCKE, Jörg: «Die allgemeine Gesetzgebungsordnung», cit. n. 3, pp. 18 y ss.

dido toda razón de ser. Hasta la reforma operada por la reciente LO 11/2003, mediante la que se elevan sustancialmente las penas establecidas en los distintos apartados del artículo 318 bis, el artículo 313.1 permitía agravar el castigo del tráfico ilegal de personas cuando el sujeto pasivo ostentaba la condición de trabajador, pese a que dentro de los posibles sujetos pasivos del tráfico ilegal de personas este colectivo no es el más necesitado de protección jurídico-penal. Hay colectivos más vulnerables: mujeres en periodo de embarazo y lactancia, menores, etc. Con posterioridad a la reforma mencionada, el artículo 313.1 abre la posibilidad de privilegiar el tráfico ilegal de personas si los sujetos pasivos ostentan la condición de trabajador. Sin embargo, tal privilegio carece igualmente de fundamento, y en el apartado sexto del artículo 318 bis se prevé la posibilidad de reducir en un grado las penas previstas en sus distintos apartados cuando lo aconsejen la gravedad del hecho, sus circunstancias, etc. Quizá, si el artículo 313.1 hubiese recogido expresamente el bien jurídico tutelado, el legislador hubiese podido advertir el solapamiento que se generaba con la introducción del nuevo artículo 318 bis, así como las incoherencias axiológicas resultantes en la incriminación del tráfico ilegal de personas. De este modo, hubiese podido solucionar tales problemas ya en la misma LO 4/2000.

Ciertamente, la previsión del bien jurídico protegido como primer elemento de la definición legal de toda figura delictiva exigirá un mayor esfuerzo del legislador en su formulación. La concreción de este elemento típico exige una —casi— absoluta claridad del legislador sobre la finalidad político-criminal que persigue con cada una de sus decisiones, así como un conocimiento profundo de la problemática subyacente a las mismas. Además, la identificación del interés jurídico-penalmente protegido facilita de forma importante la evaluación de la concreta decisión legislativa¹⁴⁰. Sin embargo, no se puede ocultar que también comporta un mayor riesgo, dado que condicionaría de forma decisiva —y para bien o para mal— tanto la ulterior tarea de interpretación doctrinal como la que tiene lugar en su aplicación por parte de los distintos operadores jurídicos. Ambas circunstancias exigirían una más amplia e importante intervención de la Ciencia del Derecho penal en el proceso de creación de las normas que estudia esta disciplina.

¹⁴⁰ En este sentido, v. Díez Ripollés, José Luis: «Un modelo dinámico de legislación penal», cit. n. 3, pp. 323 y ss.; Paredes Castañón, José Manuel: «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», cit. n. 3, p. 164. Con carácter general, Deckert, Martina R.: «Zur Methodik der Folgenantizipation in der Gesetzgebung», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1995/10, pp. 241 y ss.