

BORJA MAPELLI CAFFARENA

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla**

**Las relaciones especiales de sujeción y el sistema
penitenciario**

I. INTRODUCCION.

En los últimos años se observa -con preocupación para algunos- una serie de resoluciones del Tribunal Constitucional determinando el sistema penitenciario en sus distintos aspectos por la condición derivada de la teoría de la relación especial de sujeción. Dentro de esta corriente jurisprudencial merecen destacarse las sentencias de 21 de Enero de 1987 y, mas recientemente, la de 27 de Junio de 1990 (1).

Pero no es el sistema penitenciario el único ámbito de la vida social que ha visto constreñido su marco constitucional debida a la referida teoría. Por el contrario, y seguros de no agotar el catálogo abierto siempre a nuevas sorpresas los tribunales españoles han considerado relaciones especiales de sujeción, al menos, las siguientes: los concesionarios de servicios u obras (STC. 30.1.1981), los colegios profesionales con sus miembros (STS. 2.2.1984 y 24.1.1989), los empresarios integrados en una denominación de origen (STS. 13.12.1985), los mayoristas de los mercados centrales (STS. 29.12.1987), los objetores de conciencia (STC. 27.10.1987), los promotores de viviendas de protección oficial (STC. 6.6.1984), las entida-

(1) La primera STC cuya fundamentación parte de la relación especial de sujeción del interno con la Administración penitenciaria es de 18.Junio.1985. En esta resolución el TC entiende que dicha relación restringe la presencia del abogado en el proceso disciplinario. Si el inculpado pudo asesorarse de un letrado aunque este no asista al momento de su comparecencia ante el órgano sancionador debe entenderse que se ha cumplido con el derecho a la defensa recogido en el Art. 24.2 CE.

des bancarias en su relación con el banco de España (STC. 18.2.1985), los miembros de las Fuerzas Armadas (STC. 9.3.1988) y, por supuesto, los funcionarios públicos para quienes originariamente se diseñó esta particular forma de relación con la Administración.

La reacción de la doctrina ha sido unánime a la hora de valorar negativamente esta corriente jurisprudencial que lejos de frenar la sobredimensionada potestad disciplinaria de nuestra Administración ha dado un respaldo a la misma dificultando por medio de esta teoría la implantación en este ámbito de los principios que rigen para las sanciones penales (2). El problema más inmediato que plantea es el punto de confusión que introduce entre los ámbitos penales y disciplinarios. Si en algún momento pudo afirmarse que entre ambos espacios había una frontera pacífica (3), hoy debido a esta prodigalidad es difícil mantener esa afirmación. Como apunta con razón

(2) Véase entre otros: Chinchilla Marin, C. *El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios*, en REDA, Núm. 64 (1989), Págs. 547-568., Gallego Anabitarte, A. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, en Rev. de la Administración Pública, Núm. 34 (1961), Págs. 11-51., Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. *Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en La Ley (13-Mayo-1988), Págs. 990-993., Michavila Núñez, J.M. "Relación especial de sujeción" en el sector crediticio y Estado de Derecho, en REDA, Núm. 54 (1987), Págs. 243-265., Santamaría Pastor, J.A. *Fundamentos del Derecho administrativo*, T.I. Madrid, 1988, Págs. 868-869., Rubio, M. *De nuevo sobre la potestad sancionadora: La sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de Junio de 1984*, en REDA, Núm. 42 (1984), Págs. 277-283. Algunos autores, como es el caso de García Macho (*En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción*, en REDA, Núm. 64 (1989), Págs. 521-531), en contra de la doctrina dominante, valorarán positivamente las relaciones de sujeción en la medida que -según su opinión- evita que se establezcan restricciones en las relaciones generales entre el ciudadano y el Estado y permiten que el afectado por la especial sujeción administrativa pueda calcular y prever los límites de las restricciones.

(3) Vid. Bajo Fernandez, M. *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978. Pág. 87.

Michavila (4) de seguir esta línea jurisprudencial podríamos encontrarnos con que la teoría de las relaciones especiales de sujeción termine por sustraer todo el Derecho administrativo de las exigencias y garantías constitucionales. Quizás barruntando este peligro alguna jurisprudencia constitucional ha tratado de buscar en esta teoría aspectos positivos no solo para la Administración sino también para el administrado. Concretamente en la sentencia 6.6.84 el alto tribunal entiende que el poder disciplinario que se deriva de las relaciones de sujeción tiene como finalidad garantizar a los terceros el cumplimiento de las reglas de la concesión administrativa.

Es difícil valorar esta abrumadora extensión de la referida teoría, es decir, quizás en muchos de los supuestos no estamos ante una reformulación de los principios del Derecho administrativo sino tan solo ante un recurso plástico mediante el cual los tribunales pretenden explicar unas relaciones diversificadas en un supuesto individualizado. La absoluta falta de una mínima teorización sobre las relaciones de sujeción provoca que la jurisprudencia extraiga de ellas consecuencias completamente dispares, pues, a veces, detectar unas relaciones de sujeción sirve de fundamento para la exclusión total de un principio constitucional y, en otras, solo limita la vigencia de ese mismo principio. Ello no puede decirse, en cambio, respecto de las sentencias que afectan al sistema penitenciario por la regularidad con la que se recurre a la referida teoría y por las consecuencias que de modo constante se derivan de las mismas.

En contra de la opinión de Gallego Anabitarte (5), uno de los primeros autores que escribieron sobre el tema de forma monográfica en nuestro país, para quien este tipo de relaciones de la Administración solo tiene cabida en un Estado

(4) Michavila Núñez, J.M., op. cit. Pág. 250.

(5) Gallego Anabitarte, A. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración*, en Rev. de la Administración Pública, Núm. 34 (1961), págs. 11-51.

donde el peso no recae en la existencia de las leyes y donde la Administración funciona libre de trabas legales, el reforzamiento de esta teoría está teniendo lugar en un momento histórico caracterizado precisamente por una fuerte protección de los administrados frente a la Administración en el ámbito constitucional.

En efecto, llama la atención en primer lugar una coincidencia en las fechas de las resoluciones judiciales que solo puede explicarse por un curioso principio "compensatorio". Cuando tras la entrada en vigor de la Constitución comienza a desarrollarse una legislación que virtualiza las garantías constitucionales, una reacción jurisprudencial preserva para la Administración un espacio sancionador solo relativamente controlado que en definitiva resulta ser el objetivo principal que se persigue con la consolidación de las relaciones especiales de sujeción (6).

Sin embargo, las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con la cuestión penitenciaria citadas al principio - tienen como ya hemos señalado- una dimensión más ambiciosa en las consecuencias que deben derivarse del reconocimiento de una especial relación de sujeción entre los reclusos y la Administración penitenciaria. Ya no se trata de limitar la efi-

(6) Por esta razón, no puede tampoco extrañar que el nacimiento de la teoría de las relaciones especiales de sujeción se sitúe en el marco de las monarquías constitucionales a lo largo del siglo XIX, como una reacción frente a la pérdida de poder del Estado, ni que en el plano dogmático deba atribuirse a Mayer (vid. Mayer, O. *Derecho Administrativo Alemán*, concretamente el T. IV, *Las obligaciones especiales*, 2ª Edc. Buenos Aires 1982) el mérito de teorizar sobre estas relaciones propias de la Administración y a la vez sistematizar el principio de reserva de ley para proteger la seguridad jurídica del administrado. Si con este principio se alejaba la posibilidad de concebir en el Estado de Derecho espacios *out law*, las relaciones especiales internas. También resulta paradójico que Laband preocupado por trasladar al campo del derecho público el rigor formal del derecho privado en un momento -la segunda mitad del s. XIX- cuando aun el primero estaba sumido en la mayor arbitrariedad, sin embargo, reconozca la existencia de relaciones internas en el propio Estado en donde el Derecho no interviene.

cacia de los principios de legalidad, *ne bis in idem*, tutela judicial efectiva o presunción de inocencia entre otros dentro del sistema disciplinario sino de fundamentar un permanente status jurídico debilitado, que en una institución totalizadora como la penitenciaria va a repercutir tanto en el régimen disciplinario como en el desarrollo de otros aspectos programáticos -vr. gr. niveles de participación en la vida prisional, criterios de interpretación de las exigencias de orden y seguridad o condiciones laborales del interno (7).

Esta posición del alto Tribunal resulta especialmente grave si tenemos en cuenta la actual política penitenciaria inspirada, tras la crisis de los fines resocializadores, en una doctrina funcionalista. Economización de recursos y de riesgos, privatización, centralización son los criterios que inspiran desde las grandes resoluciones de las autoridades responsables hasta las decisiones más concretas. Ante este panorama es evidente que la teoría de las relaciones especiales de sujeción propiciará un deterioro de los Derechos Fundamentales de los internos en aras a una ejecución segura y económica.

(7) Esta potencialidad de la relación especial de sujeción como fuente de restricción de los Derechos Fundamentales de los internos se aprecia con claridad en las argumentaciones del Abogado del Estado en la tramitación del recurso de amparo que daría lugar a la STC de 27 Junio. 1987. En ella se recoge la siguiente argumentación: "La relación penitenciaria configurada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como relación de sujeción especial comporta... un régimen especial limitativo de los derechos fundamentales de los reclusos..." Obsérvese que, según el abogado del Estado, la limitación no se deriva de la privación de libertad sino de la relación de sujeción. Añadiendo esta clave de ambigüedad resulta difícil saber donde están los límites de la restricción.

I. LA TEORIA DE LA RELACION ESPECIAL DE SUJECION: CONTENIDO Y FUNDAMENTO.

I. La teoría de la relación especial de sujeción (8) nace dentro de las direcciones formalistas-normativistas del positivismo alemán de finales del s. XIX. La construcción se debe a Paul Laband (9) y Jellinek (10), si bien como ya hemos señalado su sistematización completa dentro de la teoría de la ciencia administrativa corresponde a Otto Mayer.

Entendía Jellinek que la actividad estatal puramente administrativa no formaba parte del Derecho. Quedaban, pues, fuera del ámbito jurídico todas aquellas actividades propias de la Administración, como son la reglamentación, la edición de bandos o las órdenes de organización y servicios dirigidas a los funcionarios. Allí donde no se establece una relación entre iguales sino que existe un poder arbitrario o de sujeción entre las partes no puede hablarse de relaciones jurídicas. El contenido de la norma jurídica solo puede consistir en una delimitación de derechos y deberes de los ciudadanos que entran en un conflicto paritario entre sí.

(8) La expresión alemana correspondiente es *besonderes Gewaltverhältnis* traducida al castellano en los primeros textos en su sentido más literal, es decir, como “relación especial de poder” (Cfr. Forsthoff, E. Tratado de Derecho Administrativo). Por su parte, García Trevijano (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 3ª Edic. Madrid 1974, Págs. 473) prefiere emplear la expresión “supremacía especial” siguiendo, de esta manera, a Romano García de Enterría. Gallego Anabitarte (op. cit. págs. 11-12 en nota) justifica su elección de la expresión, que finalmente terminara imponiéndose, por dos razones. De una parte, porque todas las definiciones que se hacen de este tipo de relaciones, están hechas desde la relación de sometido y no desde el poder, de otra, porque el uso de la expresión “poder” obligaría a su concreción. A nuestro juicio la opción finalmente aceptada presenta dos ventajas de dudosa oportunidad: la primera que es considerablemente más inconcreta, la segunda que puede aplicarse a otros ámbitos no solo públicos, sino también privados. No es la elección semántica la que ha trasladado el interés de la teoría del objeto vinculante (sujeción) al vínculo (relación).

9. Vid. sobre todo su obra *Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Belin, 1901, vol. 1º.

10. Vid. *Gesetz und Verordnung*, Freiburg/Br. 1987.

Si el Estado actúa con libertad y, por tanto, no existe encuentro de voluntades solo es posible hablar de normas técnicas. De la misma manera que no pueden considerarse normas jurídicas aquellas que rigen aspectos de la vida doméstica de una familia. Para Jellinek esta posibilidad de encontrar espacios libres a la limitación que comporta toda norma jurídica se explica en su propia concepción del Estado como entidad superior al Derecho. El Estado no nace del Derecho sino que asume los ámbitos jurídicos como autolimitación de su propio poder (11). Cuando aquél actúa fuera del Derecho solo se encuentra sometido al dominio político o ético.

El Estado es pues libre para regular el ámbito interno del poder de la Administración. La relaciones que establece el Estado en el ejercicio de su soberanía son de carácter externo, cuando regulan relaciones generales con los ciudadanos, e interno cuando se refieren a la relaciones especiales con determinados grupos de personas que por lo general guarda con el Estado un específico deber de lealtad ("círculo interno del Estado" STC 50/83). Esto explica que la sanción disciplinaria sea más una respuesta a una conducta infiel que a una infracción, especialmente cuando las relaciones de sujeción se entiende fundadas en la soberanía del Estado. A diferencia del ilícito penal el administrativo se agota con la lesión al principio de lealtad, es decir, con la frustración de unas expectativas sin necesidad de que este llegue a completarse en la infracción normativa (12).

11. Jellinek, G. *Allgemeines Staatslehre*, 3ª Edic. Berlín 1912, Págs. 314 y ss.

12. Sobre la teoría de las relaciones especiales de sujeción en la doctrina alemana vid. entre otros: Brohm, W. *Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis*, en *Die Öffentliche Verwaltung* (Stuttgart), 1964, Págs. 238-251.; Jesch, D. *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961.; Kempf, E. *Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis*, Hamburg, 1964.; Martens, W. *Das besondere Gewaltverhältnis im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt/M. 1970.; Fuss, E.W. *Zum Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis*, 1972.

La siguiente cita de Mayer ilustra hasta que punto el administrativista alemán entendía la responsabilidad disciplinaria como una responsabilidad de autor. “La oportunidad de la pena, señala Mayer, así como su forma son aspectos que entran en la apreciación del interés del servicio. Por lo tanto, el poder disciplinario no lleva ante los ojos una venda por cuyas estrechas aperturas solo se ve una parte de la realidad, aquella que constituye la materia del delito, sino que tiene en cuenta también los antecedentes meritorios y las perspectivas de enmienda que el culpable puede ofrecer, el daño inferido por el castigo al nombre del funcionario, el mal ejemplo, que, por otro lado, podría causar su impunidad en los funcionarios, en fin, todo lo que la prudencia política puede hallar digno de consideración” (13).

Planteado en estos términos, desde el momento en que el órgano sancionador no es a la antinormatividad de la conducta a donde debe prestar atención sino a la persona sometida a la potestad disciplinaria, es del todo innecesario que la norma de conducta esté configurada con precisión. Dicho en otros términos ni el principio de reserva de ley ni la taxatividad que requiere el principio de legalidad ofrecen funciones garantísticas cuando nos encontramos ante una manifestación del derecho de autor. Esta consideración es conveniente tenerla en cuenta ya que es frecuente encontrar en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia como único argumento para excepcionar ambos principios frente a la potestad disciplinaria de la administración la presencia de unas relaciones especiales de sujeción, cuando en realidad se trata solo y exclusivamente de perpetuar una manifestación del Estado autoritario.

Tras la teoría de la relación especial de sujeción basada en la soberanía del Estado, tal como la veía Laband o Jellinek-

13. Mayer, op. cit. pág. 78. También Maurach (vid. Maurach, R. *Tratado de Derecho penal*. T. I, Barcelona 1962, Págs. 12-13) comparte la idea de que el ilícito administrativo se caracteriza por una frustración del funcionario de la “fidelidad y devoción especial al Estado”.

y que por lo demás considero la única forma coherente de fundamentarla- subyace la idea del Estado absoluto en el que los intereses del mismo no solo son autónomos respecto de los intereses de los ciudadanos sino también antagónicos. Frente a esas posiciones hoy es generalmente admitido que el Estado carece de intereses propios, que se trata solo de un instrumento al servicio de los intereses de la sociedad y que, por lo tanto, solo ejerce un poder vicarial. La diferenciación entre los intereses internos y externos propicia que el interés interno del Estado termine confundándose con los conceptos de “jerarquía”, “dominio” o “lealtad” (14). Conceptos que inevitablemente han de verse potenciados si la diferenciación determina el fundamento de relaciones específicas y la génesis de ambitos de restricción de los derechos fundamentales al margen del derecho. El reconocimiento de un orden doméstico permite ya de por sí recrearse en la idea de una Administración liberada de los controles de garantía de los controles de Derecho (15).

Ciertamente estos autores en cuanto reconocen dentro de la actividad estatal espacios fuera del control jurídico mantienen una posición diametralmente opuesta a la concepción kelsiana del Estado. Conocido es por todos que para Kelsen, (16) igual que Midas, rey de Frigia, convertía en oro aquello que tocaba, el Estado convierte en derecho todas las normas que dicta. La Administración solo dicta normas jurídicas cuando éstas tienen un carácter coactivo, solo en la forma jurídica puede el Estado dirigirse a los ciudadanos, sin establecer dife-

(14) Octavio de Toledo, E. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, Págs. 284-285.

(15) Vid. Parejo Alfonso, L. *Estudio preliminar* en Parada Vázquez, op. cit. Págs. 45-46.; Prieto Sanchis, L. *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*, en Rev. Española de Derecho Constitucional, Enero-Abril, 1982 (Núm. 4), Págs. 101-102. La falta de características esenciales en la actividad de la Administración ha sido especialmente estudiado en el ámbito de la potestad disciplinaria (vid. por todos Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho penal español*, 3ª Edic. Madrid, 1985, Págs. 53 y ss.).

(16) Kelsen, H. *Allgemeines Staatslehre*, 1925, Pág. 44.

renciación ninguna según la relación general o especial que guarden con aquél. Sin embargo, a pesar de las diferencias en las concepciones de la función y significación del Estado ambas coinciden en la imposibilidad de explicar los límites a su actividad. Si el relativismo de Jellinek convertía al Estado en puro ejercicio de poder, para el relativismo normativo de Kelsen la validez de una norma jurídica no puede negarse por el hecho de que su contenido contradiga una norma social, cultural, natural o de cualquier otro orden no jurídico (17).

En ambos casos la relación especial de sujeción encontraba su fundamento en la propia idea de la soberanía estatal. La diferencia pasa a ser de escasa relevancia, mientras que Kelsen liberaba a la norma jurídica de cualquier valoración social, Jellinek, se limitaba a crear espacios estatales ajenos al derecho. La idea de la supremacía sigue siendo mantenida por quienes reconocen esta particular forma de someterse al Estado. Así Romano en Italia (18) o García Trevijano(19) coincide en destacar que sólo donde se acentúa la dependencia al Estado hay relación especial fuente de restricción de las libertades comunes a todos los ciudadanos. Ambos autores terminan negando la identidad sustancial entre la potestad punitiva

17. Con todo no sería de justicia ver en la posición que mantienen estos autores solo aspectos negativos de los que mucho tiempo después se iban a derivar graves consecuencias en la medida que el ejercicio del poder se liberaba de cualquier sometimiento crítico externo a él (vid. Welzel, H. *Introducción a la filosofía del Derecho*, 2ª Edic. Madrid 1979, Pág. 230 y ss.), por el contrario, las pretensiones tanto de Laband como de Kelsen era tratar de dar cierto contenido formal al derecho público del que hasta entonces carecía.

18. La responsabilidad de policía, señala Romano “presupone absolutamente una potestad especial frente a la persona, que a la inversa se encuentra en un particular estado de sujeción hacia el Estado o hacia otro ente público y su aplicación (la sanción) no es jurisdiccional” (Romano, s. *Corso de diritto amministrativo*, Pádova, 1937, pág. 317).

19. García Trevijano, op. cit. Págs. 473-479. Dela misma manera Gallego Anabitarte (op. cit. 25) destaca como la primera de las características de la relación especial de sujeción una “acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones”.

general y la disciplinaria. El carácter de supremacía del poder disciplinario explica la independencia de esta responsabilidad respecto de la civil y la penal y justifica la posibilidad de hacer valer cumulativamente toda la responsabilidad por un mismo hecho sin violar por ello el principio de *ne bis in idem* (20). Para García Trevijano (21) de la relación de supremacía se derivan las siguientes potestades administrativas: posibilidad de dictar normas internas que afecten a la buena marcha del servicio, posibilidad de actuar a través de órdenes, posibilidad de vigilar la marcha del servicio y potestad disciplinaria.

Especialmente útil resultaba la idea de la supremacía para explicar como en el marco de una relaciones especiales de sujeción también perdía su vigencia el principio de reserva de la ley. La propia Administración, como ha señalado en reiteradas ocasiones nuestro TC, ejerce una capacidad de autocontrol y la reserva de ley pierde parte de su fundamento (22). Si grave es que la Administración pueda ejercer la potestad disciplinaria esgrimiendo tan sólo una pretendida relación de supremacía, más grave aún resulta el hecho de que dicha actividad pudiera llevarse a cabo al margen de la ley por vía reglamentaria. La doctrina administrativa reaccionó críticamente considerando que se extrapolaba el ámbito propio de la autotutela administrativa para ejercer una heterotutela que burla los controles de legalidad y judicialidad (23).

Por lo demás, la propia idea de dependencia que subyace en aquellas posiciones parece cuando menos contradictoria con la concepción democrática del Estado de Derecho. Y así en Mayer ya encontramos una preocupación por explicar la relaciones de sujeción más allá de la idea general de supremacía del Estado. Mayer define aquellas como “una acentuada

20. Vid. Hassemer, W./Muñoz Conde, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, Pág. 130.

21. García Trevijano, op. cit. Págs. 473 y 479.

22. vid. entre otras las STC 42/87 y 2/87.

23. vid. García de Enterría, E./Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. Madrid, 1980, Pág. 438.

dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial” (24).

II. Con el transcurso del tiempo la teoría de las relaciones especiales de sujeción lejos de desaparecer iban a ir adquiriendo una solidez extraordinaria abarcando ámbitos para los que no estaba inicialmente previstos y que desbordaban manifestamente la idea de la supremacía que sirvió inicialmente de fundamento. Las relaciones de las entidades financieras con el Banco de España o la de los concesionarios con la Administración -por sólo poner dos ejemplos- no pueden considerarse de supremacía, sino a lo sumo diversas en comparación con la relación administrativa del resto de la sociedad.

Otros autores han fundamentado las relaciones especiales de sujeción en la voluntariedad con que el individuo las asume. Así, señala Parada Vázquez (25), que en todo caso el funcionario es quien ha ido al encuentro de ellas conociendo y aceptando todos sus contenidos negociales o reglamentarios. Ocasionalmente también la jurisprudencia (26) ha aceptado como fuente de las relaciones especiales el “acuerdo de voluntades”.

(24) Mayer, T. I. op. cit. Pág. En el mismo sentido Obermayer, K. *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, 1956. La idea de fin también aparece en Gallego Anabitarte (op. cit. pág. 50-51), para quien solo puede justificarse una intervención en la situación jurídica del individuo restringiendo la eficacia del principio de legalidad cuando responde a una finalidad objetiva.

(25) Parada Vázquez, J.R., *La Administración y los jueces*, Caracas, 1988, Pág. 298. Para García Trevijano (Op. cit. Pág. 476) el contenido de la supremacía especial no está sometido al principio de habilitación legal como lo está el general. No obstante, la habilitación debe exigirse cuando la instauración de la relación especial de poder es obligatoria para el administrado.

(26) Cfr. las sentencias del TS de 18.II.1981; 12.II.1985 y 13.12.1985 y del TC de 6.VI.84. (66/84).

Las tesis de la voluntariedad, a nuestro juicio, es difícil de sustentar y con ella se intenta suplantar de forma rudimentaria la necesaria habilitación legal para poder excepcionar o debilitar la eficacia sobre todo del principio de reserva de la ley (27). Olvida ésta, en primer lugar, que los Derechos Fundamentales no son renunciables (28). En segundo lugar, la voluntariedad no constituye ninguna fundamentación, sino en todo caso una nota característica de estas relaciones. Y, por último, no puede predicarse la voluntariedad de muchas de las relaciones que se reconocen como de sujeción especial y menos la relación penitenciaria. Incluso, en supuestos en los que *prima facie* aparece el consentimiento de la persona, no resulta difícil descubrir que se trata sólo de una apariencia y que es la propia Administración la que unilateralmente conforma los derechos limitados y la aceptación resulta una condición insoslayable para el ejercicio de una actividad (v. gr. ejercicio profesional colegiado) o el disfrute de un beneficio (v. gr. concesionario) (29).

Con frecuencia también se ha acudido a fundamentar las relaciones de sujeción en la necesidad de garantizar la eficacia de los actos administrativos (30). Parte de los argumen-

27. Michavila Nuñez, op. cit. Pág. 252, Rubio, M. op. cit. Pág. 478.

28. La CE establece su fuerza vinculante tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos (Art. 9.1.). Vid. Pérez Luño, A.-E. *Loa Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984. Passim. Criticando la teoría del consentimiento señala Gallego Anabitarte (op. cit. Pág. 47) que "la aprobación no puede ser nunca fundamento para dictar actos que, con carácter soberano, intervengan en la esfera del individuo, ya que entonces se daría el caso de una delegación individual del poder soberano, delegación que solo es posible por el poder legislativo".

29. En este sentido, Montoro Puerto, M. *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*. Madrid, 1965, Pág. 127.; Michavila Nuñez, op. cit. Pág. 254.; Octavio de Toledo, op. cit. pág. 280.

30. Vid. Mugeon, citado por García de Enterría, op. cit. pág. 148; Martínez Pérez, C. *La inflación del Derecho penal y del Derecho administrativo*, en Estudios penales y criminológicos, IV, Santiago de Compostela, 1981-82, Pág. 203; Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el TC*. Madrid, 1985. Pág. 90. Cri-

tos anteriormente expuestos pueden reproducirse frente a quienes entienden que la Administración está habilitada para establecer relaciones de sujeción por razones de eficacia. Se trata como en el caso anterior más de una cuestión técnica que de un fundamento, por lo demás había que preguntarse si todos los casos de relaciones de sujeción responden al criterio de mayor eficacia y si la limitación del principio de legalidad y de *ne bis in idem* es la medida más adecuada para garantizar la eficacia administrativa (31). Por último, el propio TS ha señalado que “el ámbito disciplinario no se halla singularmente apoderado de las exigencias de eficacia” (STS 17.Julio.1982).

Estas dificultades añadidas a la falta de contornos nítidos del concepto y de los contenidos de las relaciones de sujeción ha propiciado un abandono por parte de la doctrina de interés en definir lo que es y una mayor atención en fijar cuáles son sus características más definitorias reconociendo incluso que algunas de ellas pueden no concurrir en ciertas relaciones de sujeción. En esta línea de investigación se sitúa Gallego Anabitarte, para quien las referidas relaciones se caracterizan por las siguientes notas: acentuada situación de dependencia, de la que emanan determinadas obligaciones; estado general de la libertad limitada; existencia de una relación personal; imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las relaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados; el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la ley; el hecho

ticamente Montoro Puerto, op. cit. Pág. 127., Parada Vázquez, J. R. *Derecho administrativo*, T.I, P.G. 2ª Edic., Madrid, 1990, Pág. 426.

31. Baena Alcázar (*Curso de ciencia de la Administración*, Vol. I, Madrid 1988, Pág. 352) señala que el ejercicio de la potestad disciplinaria resulta generalmente ineficaz como control de la Administración española. Tampoco puede alegarse una eficacia por la inmediatez de la autoridad sancionadora, pues como señala Parada Vázquez (Op. cit. Pág. 426) la inmediatez deja de existir en los casos de sanciones muy graves que se reservan siempre al Gobierno.

de que esta situación se explique en razón de determinado fin administrativo; la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento; y, finalmente, el admitir de manera expresa o tácita que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa (32).

III. Pero, sin duda, la propuesta más sugestiva es la que retoma la idea originaria de Laband a la vez que abandona la teoría de las relaciones especiales de sujeción para justificar la potestad disciplinaria en una relación contractual siguiendo el modelo civilístico y que en el ámbito administrativo se traduciría en una relación reglamentaria. Como apunta Montoro (33) el fundamento de las relaciones especiales no es otro que el propio ordenamiento jurídico interno de la Administración. El derecho disciplinario complementa las disposiciones generales prescribiendo una serie de conductas y sus correspondientes sanciones que lesionan el desarrollo de determinados servicios de la Administración por los que se encuentran afectados determinados grupos de personas.

Desde esta perspectiva normativa se resuelven muchos de los problemas complejos de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Ante todo se supera la vieja idea de los “espacios libres de derecho” en las relaciones dentro de los círculos internos del Estado. El ordenamiento en el que se prescribe la potestad disciplinaria es un ordenamiento jurídico, es decir, no presenta diferencias sustanciales con el régimen sancionador general fuera de la diferencia que significa el aseguramiento de un servicio.

Que no pueda decirse nada sobre los contenidos de las normas que recogen las conductas infractoras y que no pueda

(32) Gallego Anabitarte, op. cit. Pág. 25; también Montoro Puerto, op. cit. Pág. 126.

(33) Montoro Puerto, op. cit. Pág. 127.

concretarse y hacer más rigurosa la aplicación de los principios garantísticos no es algo que deba sorprender ya que se deriva de la propia naturaleza administrativa de dicho ordenamiento. El derecho administrativo, como apunta Bodenheimer (34), no se ocupa de los contenidos concretos de las normas, ni da información acerca de la actividad de los funcionarios en cuestiones específicas como pueden ser la repoblación forestal o la reconstrucción de carreteras ni de la discrecionalidad funcional. En definitiva, no se ocupa de la transmisión de la voluntad del Estado en la prestación de un servicio. Por el contrario, si establece los límites de esa actividad, de ese ejercicio de voluntad. Textualmente señala el referido autor que “debe definirse el derecho administrativo como el derecho que se refiere a las limitaciones puesta a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas”.

Pretender un acuerdo doctrinal en torno a los contenidos de las relaciones de sujeción o intentar dar una definición sustancial de las mismas se ha demostrado un trabajo baldío que sólo ha servido para añadir nuevas claves de confusión y en definitiva ha facilitado el camino de su instrumentalización para extenderse por nuevos horizontes. Pero es igual de inútil negar su existencia en un ejercicio de “desesperación teórica”. La variedad de ámbitos en los que surge una relación de sujeción, la disparidad de sanciones y de procedimientos a los que se encuentra sometida desborda cualquier pretensión sistematizadora. “Todo grupo social, apunta Montoro con razón, dotado de un mínimo de organización posee un régimen disciplinario. La disciplina de la función pública es una forma peculiar de esta disciplina interior de los grupos y ella posee todos sus caracteres” (35). La función disciplinaria es común

(34) Bodenheimer, E. Teoría del derecho, México, 1974, Págs. 116 y ss.

(35) Montoro Puerto, op. cit. Pág. 127. La idea había sido ya expuesta por la doctrina francesa, entre otros por Légal y Brèthe (*Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, 1938, Págs. 47 y 50) quienes veían el derecho disciplinario como una unidad presente en todo grupo organizado ya sea de carácter público o privado.

en toda organización social, si bien existen diferencias cuando se trata de una función del Estado, en cuyo caso, dicha potestad aparece formalizada, en tanto que la relación disciplinaria de los grupos sociales nace espontáneamente y las reglas por lo general se asumen tácitamente. De no existir esta vinculación disciplinaria está fuera de lugar que la Administración no podría satisfacer su fin de llevar a buen término ciertos servicios públicos.

Por otra parte, la potestad disciplinaria viene recogida positivamente en los textos constitucionales. Así nuestra Constitución no sólo la reconoce de forma genérica en la propia declaración del Estado como Estado Social, sino en algunos pasajes específicos como las restricciones para militares y funcionarios del derecho de sindicación (Art. 28,1) o del derecho a la huelga para el mismo colectivo (Art. 28,2), o cuando se preservan los servicios esenciales de los conflictos colectivos laborales (Art. 37,2). También colectivos como jueces y magistrados encuentran ciertas limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades públicas (Art. 127) (36).

Ahora bien no es menos cierto que la propia Constitución deja resuelto el problema de la vigencia de las garantías en los supuestos de relaciones disciplinarias específicas. Los casos más paradigmáticos de estas como pueden ser las relaciones funcionariales, las de los militares o las penitenciarias se encuentran por mandato expreso de la Constitución -cfr. respectivamente los Arts. 103.3; 104.2 y 17.1/25.2- protegidas por la garantía del principio de reserva de ley. Es, pues, fácil de concluir que si para la organización de los servicios públicos mas incuestionables rigen los principios generales mucho más deben regir para los casos en que ni siquiera puede afirmarse con seguridad que estemos ante una relación específica (37).

(36) Mas extensamente Jiménez-Blanco, op. cit. Pág. 989.

(37) Para mas detalles, vid. Baño León, op. cit. Págs. 206 y ss.

Trasladado el problema a un cuerpo normativo jurídico se despejan también otras dudas importantes. La primera de ellas es que la cierta discrecionalidad administrativa a la hora de aplicar las exigencias constitucionales debe confrontarse críticamente con el servicio que se trata de prestar. Así, constituiría una arbitrariedad injustificada una relajación del principio de reserva de la ley que no pueda explicarse por la naturaleza compleja del servicio. En este sentido hay que recordar que la mejor jurisprudencia constitucional no niega la vigencia de las garantías constitucionales frente a la potestad disciplinaria sino tan sólo que deberá adecuarse a sus particularidades. Se trata de analizar con un sentido restrictivo los casos en los que la Administración debe seguir disponiendo de potestad disciplinaria y abandonar la utópica pretensión de traspasar dichas competencias a los tribunales ordinarios. Ahora bien lejos de abandonarlo a la arbitrariedad administrativa dicha potestad debe de estar revestida de todas las garantías jurisdiccionales y pese a cierta jurisprudencia dubitativa parece irrefutable la tesis de que esa es la voluntad de nuestra Constitución en declaraciones tan contundentes como la del Art. 25.1.

Cuestión distinta es el grado de respeto a aquellas garantías con las que se ejercita la potestad disciplinaria. Aquí también conviene recordar algo que se ha dicho reiteradamente. Ni siquiera en el ámbito penal, auténtico crisol de las exigencias constitucionales, puede afirmarse de forma general un cumplimiento riguroso de las mismas. Por el contrario, cada vez grupos más importantes de delitos se incorporan al Código con un más que dudoso respeto al principio de reserva absoluta de ley. Tal como mayoritariamente respalda la doctrina (38) debe garantizarse el carácter complementario del reglamento para resolver problemas de especificidades del injusto quedando la ley reservada para establecer el contenido de los mismos y ello siempre que por la complejidad de la

(38) Vid. por todos Baño León, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1991, Pag. 225 y ss.

materia o por su versatilidad se vea imposible una regulación legal completa sin remisiones reglamentarias de los comportamientos desvalorados.

Finalmente, la tesis del ordenamiento sectorial despeja también las dudas sobre la diferenciación cuantitativa o cualitativa del ilícito disciplinario frente al ilícito penal y las consecuencias que de ello se derivan para la aplicación del principio de *ne bis in idem*. Hoy más que nunca faltan argumentos para poder seguir sustentando la tesis clásica de la diferenciación sustancial y se hace imposible negar lo evidente que “en el corazón de todos los sistemas disciplinarios funciona un pequeño mecanismo penal” (39), lo cual no empece que pueda hablarse de independencia entre ambos ilícitos (40). Y, por tanto, aún a falta de una declaración programática en un texto general que regule la capacidad sancionatoria de la Administración debe mantenerse la inconstitucionalidad de aquellas normas que permiten la duplicidad sancionatoria e, incluso, - como sucede en el ámbito penitenciario- hace prevalecer la sanción disciplinaria frente a la penal cuando ambas concurren. Mantener la duplicidad no sólo es conculcar el principio de legalidad, sino, el de igualdad ante la ley (Art. 14 CE) (41).

III. LAS RELACIONES PENITENCIARIAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

I. En lo que resta de nuestro trabajo vamos a analizar con mayor detenimiento las sentencias del TC a la que hicimos mención al comienzo y que aunque no pueden en rigor considerarse novedosas respecto a la caracterización de las relaciones penitenciarias como de sujeción especial, por cuan-

39. Foucault, M., *Vigilar y castigar*, 3ª Edic. Madrid 1978, Pág. 183.

40. Cerezo Mir, op. cit. Pág. 55

41. Zugaldia Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho penal. (Parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal*. Granada 1990, Pág. 136.

to que esporádicamente ya el TS se había referido a ello (42), sin embargo, si lo son en las consecuencias que extrae de dicha declaración. Previamente nos parece interesante detenernos en el debate que se suscitó en Alemania a partir precisamente de una resolución del Tribunal Constitucional de ese país en donde negaba la existencia en el ámbito penitenciario de relaciones especiales de sujeción.

En Alemania -a diferencia de otros países- se había alcanzado una cierta teorización para explicar la desprotección jurídica de los internos. En efecto, doctrina y jurisprudencia coincidieron mucho tiempo en considerar que los penados se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción de la que se deriva un modelo de ejecución no regulado jurídicamente. Frente a las numerosas obligaciones de los internos, orientadas para alcanzar altas cotas de seguridad y orden, apenas podían esgrimirse derechos. El status jurídico del preso quedaba reducido a una forma de ejecución extremadamente sencilla y a un tratamiento para preservar la vida y la salud. Todo ello se regía tan solo por las órdenes de servicio y ejecución que cada Estado federado dictaba para sus establecimientos (43). La situación que permitía la reducción de los derechos fundamentales de las personas en función de un servicio público -ejecución de la pena- prestado por la Administración penitenciaria provocó su abandono jurídico ya que por otra parte tampoco se benefició de los principios del Derecho administrativo y llegó, sin embargo, a transformarse en la idea central que inspiraba la ejecución penal (44). Era el resultado

42. Cfr. STS 23.4.1976.

43. Vid. Schüler-Springorum, H. *Strafvollzug im Übergang. Studium zum Stand der Vollzugsrechtslehre*. Göttingen, 1969, Págs. 39 y ss., Tiedemann, K. *Die Rechtstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht*. Bonn, 1963.

44. Schüler Springorum, H. op. cit. Pág. 40. Recoge este autor el texto de una sentencia de un tribunal ordinario que sirve para ilustrar el tenor de las resoluciones judiciales durante la influencia de la teoría de las relaciones especiales (Pág. 45). En ella dice que "la ejecución penal constituye una especial relación de poder, en cuyo ámbito la administración está justificada

de un Derecho penal liberal escasamente interesado por las cuestiones penitenciarias. A lo largo del siglo XIX y hasta después de la segunda guerra mundial las cárceles, en el mejor de los casos, solo llegaron a ser laboratorios lombrosianos.

Esta orientación político penitenciaria sustentada por una constante jurisprudencia se vio alterada por una resolución del TC alemán de 14.3.1972 (45), en ella se deja a un lado la teoría de la relación especial de sujeción para declarar que no sería constitucional una limitación de los Derechos Fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo orientada a lograr ya sean los fines de la pena ya los del establecimiento penitenciario. La limitación de los Derechos de los internos solo sería posible si estuviera amparada por una ley. No obstante, el Alto Tribunal señaló un plazo de transición, que no fue bien recibido por la doctrina (46), en el que todavía se permitirían ciertas restricciones a los Derechos Fundamentales de los internos sin cobertura legal “cuando fuera imprescindible para el cumplimiento de la pena o para ejecutarla ordenadamente”, pasado dicho plazo el legislador debería desarrollar legalmente la nueva posición mantenida en la sentencia (47).

Los principio del Estado de Derecho no sólo debían de garantizar los fundamentos legales del Derecho penitenciario

para tomar o regular, en forma general o especial, todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena, en el sentido de sus finalidades jurídicamente reconocidas”.

45. BVerfGE 33, 1 y ss. Para un recensión de la sentencia vid. Starck, Ch. *Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 14.3.1972*, en *Juristenzeitung*, 1972, Págs. 360-362.

46. Hesse, K. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12ª Edic. Karlsruhe 1980, Pág. 136.

47. La doctrina, no obstante, ya había apuntado con anterioridad la necesidad de una reforma legal en la que el penado mantuviera esencialmente su status jurídico de persona y este no pudiera alterarse sino de acuerdo con una ley y conforme a lo establecido por la Constitución para esos casos (Cfr. MÜller-Dietz, H. *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*. *Anales Universitatis Saraviensis*, Bd. 55, Köln, 1970.

y su vigencia para la Administración y para los internos, sino que lograba además una virtualidad inmediata de todos estos derechos en la legislación penitenciaria. Junto al reconocimiento general de los Derechos Fundamentales cuya esencia debía ser en todo caso respetada y del principio de legalidad (Art. 19,4 de la Const. alemana) se hace también referencia a la especial importancia del principio de igualdad para una Administración en un Estado de Derecho -sobre todo respecto de las medidas de seguridad y orden- y al fundamento jurídico constitucional del principio de proporcionalidad. Para la actividad de los jueces de vigilancia fueron significativas las referencias a la independencia judicial (Art. 97) y a la legalidad procesal (Art. 101,1) (48).

La decisión del TC y la posterior entrada en vigor de la ley penitenciaria (49) no solo resultaba revolucionaria por cuanto la ciencia jurídica penitenciaria se introducía en un lenguaje de derechos del penado al que no estaba históricamente acostumbrado sino que permitía una reformulación del propio significado de la pena de prisión. En efecto, la estructuración jurídica positiva de los derechos del interno favorece una visión plural y dinámica de la pena y no estática y unidimensional. La teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponden mejor con una visión retributiva de los fines de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena. La pena retributiva, la pena absoluta se correspondía con la idea de mal absoluto.

Por el contrario, el abandono de la referida teoría hace que siga vigente toda la riqueza de derechos constitucionales de la persona -incluso sumando otros nuevos adquiridos en su

48. Schöch en: Kaiser/Kerner/Schöch, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, 3ª Edic. Heidelberg 1982, pág. 102.

49. *Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y medidas de mejora y seguridad privativas de libertad-ley de ejecución penitenciaria* (StVollzG) de 16 de Marzo de 1976 (BGBl. I Pág. 581, ber. Pág. 2088).

condición de penado- como consecuencia lógica de una concepción de la pena entendida como proceso de comunicación y de aprendizaje social. La meta resocializadora se convierte en un motor de dinamización de las relaciones en el colectivo penitenciario decisivo en el plano normativo. Fruto de toda esta reformulación es la preocupación por formular en el derecho positivo las garantías constitucionales y desarrollar posteriormente una serie de medidas encaminadas a potenciar la apertura al exterior o la democratización de las relaciones internas. La idea de un modelo penitenciario como proceso social deriva de la propia exigencia democrática de participación de los ciudadanos en la vida social (50). Por vez primera los fines de la pena no se diseñaban contra el penado sino tratando de comprometerlo en un programa positivo para su propia biografía.

Pero han sido muchos años los que transcurrieron bajo la égida indiscutible de las relaciones especiales de sujeción y, por tanto, no puede esperarse que una sola reforma legislativa vaya a modificar súbitamente un estilo de gestión que por lo demás viene impuesta en gran medida por la propia naturaleza de la institución penitenciaria. "La prisión no es hija de las leyes ni de los códigos, ni del aparato judicial" (51). La propia teoría de la relación de supremacía aplicada al mundo penitenciario no es mas que la expresión jurídica de un hecho cierto: que por encima de todo lo que caracteriza al preso es la pérdida de libertad y las limitaciones en sus condiciones de vida. Así pues, a pesar de todas las mejoras jurídicas que se sucedieron tras esta nueva corriente jurisprudencial, señala Kerner (52) con razón, la ley penitenciaria alemana -y lo mismo puede decirse de la nuestra- sigue dibujando sin justificación aparente en muchos casos un modelo de vida prisional de

50. Vid. Calliess, R.P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-diskussion*. Frankfurt/M. 1974, Pág. 38.

51. Foucault, op. cit. Pág. 314.

52. Kerner, en Kaiser/Kerner/Schöch, op. cit. Pág. 314.

sometimiento. En lugar de la búsqueda de su autodeterminación en especial en los centros de mayor seguridad perdura ante todo la idea de alienación. El recurso a expresiones inconcretas en las legislaciones penitenciarias -como sucede en nuestra ley con los criterios de “peligrosidad” e “inadaptación” que permiten el traslado a un centro de máxima seguridad- son una prueba de la vigencia de la teoría de las relaciones especiales de sujeción (53).

Por lo demás la sentencia del TC alemán tendría repercusiones también para otras relaciones de supremacía. Aunque carece de todo fundamento pensar que tras dicha resolución fueran a desaparecer las limitaciones a los Derechos Fundamentales, no cabe duda que, al menos, se logró que las restricciones estuvieran respaldadas por una norma de rango legal, que se justificaran siempre por la necesidad imprescindible de un servicio público, que no se establecieran con carácter general sino como resultado de un conflicto de intereses individualizado y que respetaran en su esencia los Derechos constitucionales. En definitiva, limitaciones con unas garantías y exigencias que eran precisamente lo que se trataba de soslayar por medio de la teoría de las relaciones de sujeción. En consecuencia, a partir de entonces solo puede hablarse de relaciones diversas con la Administración en los derechos de las personas de acuerdo con el ordenamiento jurídico (54).

(53) Para Frago (Fragoso, H. C. *El derecho de los presos (Los problemas de un mundo sin ley)*, en Doctrina penal, Núm. 14 (Abril-Mayo 1981) en algunos países como USA se llega a situaciones penitenciarias similares a la que se deriva de la relación de sujeción y se mantiene una fase ejecutiva prácticamente ajena al control jurídico. En el sistema norteamericano de penas indeterminadas que todavía se encuentra vigente es posible que la administración penitenciaria, mediante la aplicación de sanciones disciplinarias prorrogue la duración de la pena a límites intolerables (Pág. 251).

(54) Fuss, E.W. op. cit. passim. En contra de la opinión sustentada en el texto García Macho (op. cit. Págs. 524 y ss) entiende que pese a la sentencia comentada no puede afirmarse que hayan desaparecido las relaciones especiales de sujeción en la praxis jurídica germana ya que sigue existiendo “la autorización de límites inmanentes entre Derechos Fundamentales” que era su función mas singular. A nuestro juicio, el problema de la teoría de

II. Como ya hemos apuntado las sentencias de nuestro TC no debieron de coger a nadie de sorpresa, el TS ya había hecho uso de ella y también la mayoría de los penitenciaristas se habian mostrado a favor de la teoría de las relaciones especiales de sujeción (55). Quizás, como señala Díez Ripollés (56) sin ser muy conscientes del carácter profundamente restrictivo de los derechos de los reclusos de ese concepto. Con carácter general también los administrativistas habían dado por válida la aplicación de dicha teoría en el campo penitenciario (57). A diferencia pues de lo que había sucedido en

supremacía no era tanto fundamentar las limitaciones a los derechos constitucionales como hacerlo en un marco ajeno al derecho en el que por tanto la Administración pudiera actuar con total discrecionalidad.

(5) Bueno Arús, F. *Estudio preliminar*, en García Valdés, C. *La reforma penitenciaria española -Textos y materiales para su estudio-*, Madrid, 1981, Pág. 15; García Valdés, C. *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid 1980, Pág. 17., Garrido Guzmán, L. *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid 1983, Pág. 382., González Vicente, M.P. *El derecho a la tutela afectiva en el procedimiento sancionador penitenciario*, Rev. Estudios Penitenciarios, Núm. 239 (1988), Pág. 45. Alonso de Escamilla (*El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria*, en CPC Núm. 40 (1990 Págs. 147-164) Se detiene algo mas en el tema y parece apoyar una nueva formulación de la relación especial de sujeción. Con esta expresión ya no se haría referencia a la conocida teoría de Jellinek y Laband, sino "a un régimen especial que un estado democrático no puede dejar de determinar con precisión". La idea nos parece acertada pero nos sugiere de inmediato una pregunta: ¿Cual es el sentido de mantener aun la referencia a la relación especial de sujeción, cuando se conocen las dificultades teóricas que genera? La cuestión volverá a suscitarse mas adelante cuando comentemos la jurisprudencia constitucional, por lo que nos remitimos allí.

(56) Díez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en CPC 1986 (Núm. 30), Pág. 615. Precisamente es este autor de los pocos que, en nuestro país, critica la aplicación de la referida teoría al ámbito penitenciario porque no pueden limitarse los derechos fundamentales sin autorización de la Constitución y porque el interés público no es un fundamento suficiente para justificar privación de derechos.

(57) Con todo se observa mayor cautela en el campo de la ciencia administrativa española. Asi Sosa Wagner (*Administración penitenciaria*, en Rev. de Administración Pública, Núm. 80 (1976), Págs. 101-103) señala que la teoría de las relaciones especiales de sujeción son criticables por distintos motivos, aunque no obstante, es innegable que en el supuesto de los penados

Alemania, en España -en las escasas ocasiones en las que la doctrina se había preocupado por el tema- parecía incuestionable que las relaciones penitenciarias eran relaciones especiales de sujeción. La situación no puede menos que calificarse de paradójica pues en el país germano la jurisprudencia forzó una reforma legal para impedir que los tribunales pudieran seguir esgrimiendo la referida teoría, en tanto que en nuestro país los tribunales no parece que se hayan dado por enterados de que existe una ley -la primera ley orgánica tras la Constitución- cuyos principios resultan desde todo punto de vista contrarios a la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

Por este motivo, pese a que el TC reitera la existencia de una relación especial de sujeción de la misma no extrae las

la institución penitenciaria establece una “relación de la que se deriva un *status* especial que nacer con el hecho de ingreso en un de los establecimientos penitenciarios de lo cual solo puede desprenderse una especificidad en los derechos y deberes del interno pero no un espacio jurídicamente vacío. Críticamente también Baño León (op. cit. Pág. 127). Menos crítica resulta la posición de González Navarro (*Poder domesticador del Estado y derechos del recluso*, en Homenaje a García de Enterría, Madrid 1991, Págs. 1126-1127 y 1132-1135) pues bien considera que son de “dudosisima justificación” en un Estado de Derecho las distinciones entre relaciones jurídicas generales y especiales cuando de ellas se deriva una disminución de las garantías jurídicas de aquellos ciudadanos que intervienen en una relación de sujeción especial (Pág. 1088), sin embargo, admite como algo diferente a la relación de sujeción la “potestad domesticadora” de la Administración penitenciaria. Potestad que define como “dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro” (Pág. 1133). La potestad domesticadora se manifiesta en las normas jurídicas que regulan el tratamiento. Sin entrar en una valoración crítica detallada de esta posición baste decir que la actividad de observación y tratamiento esta en todo caso preservada por el consentimiento del interno quien no podrá ser perjudicado en caso de negarse. Teniendo en cuenta esta libertad de someterse o no a la observación y el posterior tratamiento se hace difícil aceptar la potestad domesticadora. Por otra parte, el tratamiento no esta concebido jurídicamente como una actividad de dominio sino todo lo contrario por lo que aun aceptando dicha potestad no parece indicado calificarla de “domesticación”.

consecuencias que lógicamente debieran de extraerse (58), sencillamente porque de hacerlo así haría una reflexión coherente en un plano teórico, pero radicalmente contraria a la legislación penitenciaria e, incluso, al propio texto constitucional (Art. 25,2).

La STC de 21.I.87 resuelve un recurso de amparo presentado por un interno de Basauri contra el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración en el que se le imponía una sanción de catorce días de aislamiento en celdas por una falta muy grave y otra más de doce días de aislamiento por otra falta distinta. Los derechos constitucionales lesionados según la demanda son los siguientes: Derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24,1) por no motivar la inadmisión de pruebas y por practicar otras sin estar presente el interesado; Derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 24,2); Derecho a la asistencia del Letrado (Art. 24,2); Derecho a un proceso público (Art. 24,2); Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (Art. 24,2) al no permitirse al actor expresarse en euskera; Principio de legalidad (Art. 25,1) porque las sanciones impuestas venían contempladas solo en el Reglamento penitenciario; Principio resocializador (Art. 25,2) que garantiza el derecho a la integridad física y moral lesionada con un aislamiento en celdas de veintiséis días, y, finalmente, se entiende infringido el Art. 25,3 que prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o subsidiariamente puedan suponer privación de libertad.

Por su parte, la STC de 27.VI.90 resuelve un recurso de amparo frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid autorizando la intervención médica aun en contra de su voluntad para salvar la vida de cualquiera de los miembros del colectivo de presos del “grapo” que se encontraban en huelga de hambre reivindicando la supresión de la política de aislamiento y dispersión aplicada por la Administración

(58) Así lo entiende también Baño León, op. cit. Pág. 127.

penitenciaria contra presos pertenecientes a bandas armadas en el momento en que el huelguista perdiera la conciencia. En este caso la STC se centra en la posible lesión de los Arts. 15, 16,1, 17,1 y 18,1 CE e, indirectamente, los Arts. 24,1 y 25,2 CE.

Las dos sentencias centran su fundamentación jurídica básicamente en la estructura de la relación especial de sujeción para desestimar ambos recursos. Sin embargo, existen algunas diferencias en el alcance que se le concede y que justifica recuperar aquí ambos textos:

La sentencia de 21.1.87 señala lo siguiente:

“En estos casos la reserva de ley cumple principalmente la función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su “autoridad” sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el *status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular a un poder público, el ius puniendi no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”.*

La sentencia de 27.6.90 dice así:

“Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (STC 61/90), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/87, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo Art. 25,2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de esas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en los centros penitenciarios. Esta relación especial de sujeción que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contraria a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas”.

III. Ninguna de las dos sentencias puede considerarse que aplican la teoría de las relaciones especiales, cuyo sentido último es el de negar el reconocimiento de los derechos constitucionales a los internos. Pero es evidente que la primera de ellas se aproxima mucho mas a la formulación originaria y por esta razón permite extraer unas conclusiones mas graves para el sistema penitenciario. Comienza por negar que algo que

constitucionalmente parece insostenible: que el contenido del Art. 25,2 CE no confiere un derecho amparable “que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación”. Semejante afirmación solo deja lugar a una lectura del referido precepto: el Art. 25,2 pierde su fuerza vinculante. Lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica, a absurdo jurídico. La posición nos parece difícil de sostener ya que como ha reconocido la generalidad de la doctrina las metas resocializadoras se insertan en la propia concepción social del Estado (59). Por otra parte, su ubicación entre los Derechos Fundamentales, la atemperada redacción (“se orientarán”) y su propio desarrollo en la legislación penitenciaria permiten concluir que el constituyente no quiso quedarse en una mera formalidad sino reconocer un derecho del penado que obligara a la Administración a través de los tribunales de justicia. Distinto es el contenido que pueda dársele a las metas resocializadoras (60).

La segunda grave consecuencia de esta STC también fundada en la teoría de la relación especial de sujeción se refiere al *status libertatis* del penado. En ella se afirma que “la libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de la condena” (61). Semejante afirmación no solo desconoce el sentido del derecho a la libertad ambulatoria, sino que se sitúa en una

59. Vid. por todos la obra conjunta *Sociedad y delito* en Papers. Revista de Sociología. Núm. 13, Barcelona 1980.

60. Vid. Mapelli Caffarena, B. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona 1983.

(61) En otro momento vuelve a reiterar la misma idea: “Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión”. En el mismo sentido que la sentencia comentada, Garrido Guzmán, L. *Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias (Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 2/1987, de 21 de Enero)*, en Poder Judicial, Núm. 7 (Sept. 1987), Pág. 119.

concepción de la teoría de la pena contraria a los modernos postulados resocializadores.

Por lo que se refiere al *status libertatis*, pretendidamente perdido según la STC, convendría recordar lo señalado precisamente por Jellinek a quien -como hemos señalado- se atribuye la paternidad de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Para este autor el *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a toda persona e inviolables porque son los elementos esenciales para el desarrollo integral de la personalidad, que como señala también nuestra Constitución en todo caso deberán ser respetados durante la ejecución de la pena (62). No se puede, pues, “perder legítimamente” el referido *status*, ni siquiera puede perderse una de sus manifestaciones concretas: la libertad personal ambulatoria. La promoción de esta en los modelos penitenciarios actuales dista mucho de aquellas prisiones con celdas y grilletes en donde el interno pasaba las veinticuatro horas del día. Hoy el modelo ordinario de ejecución permite una amplia posibilidad de movimientos dentro y fuera de la prisión. Esto es posible entre otras cosas porque la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad sólo puede restringir esta proporcionalmente preservando en todo caso la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental.

De estas consideraciones se deriva necesariamente una conclusión a la que el TC no quiso llegar, que la sanción de aislamiento en celda conculca manifiestamente el Art. 25,3 CE. El aislamiento en celdas es una sanción que directamente implica privación de libertad y por tanto solo judicialmente puede imponerse. Ni el carácter excepcional que le otorga la LOGP (63), ni que sea aprobada por el Juez de vigilancia

(62) Perez Luño, op. cit. págs. 174-175.

(63) El Art. 42,3 señala que "La sanción de aislamiento en celda solo será de aplicación en los casos en que se manifiesta una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando este reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro".

cuando excede de catorde días (Art. 76, 2 d/LOGP) (64) son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad.

La Administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento aunque sean de un día de duración. A lo sumo, podrá tomar medidas cautelares de detención con carácter de urgencia, provisionalidad y para resolver graves situaciones de peligro (Art. 45 LOGP). En contra de lo que opina el Tribunal tan degradante e inhumano resulta la celda “negra”, como concebir la ejecución penitenciaria como pérdida absoluta del derecho a la libertad ambulatoria lo que se traduce en aislamiento perpetuo.

Por lo demás la resolución del Alto Tribunal merece también una valoración crítica por la falta de concreción con que se expresa en otros pasajes que resultan de crucial importancia para el Derecho penitenciario. Así en relación al problema planteado de respeto al principio de legalidad se reconoce su vigencia (“Una sanción carante de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado”), sin embargo, se obstaculiza considerablemente su efectividad al reconocer que bastaría con que el interno disponga de “información suficiente sobre las normas jurídicas” y que estas se formulen “con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta”.

(64) Uno de lo aspectos tratados por la sentencia que comentamos hace referencia a este límite de los catorce días de sanción de aislamiento a partir de los cuales deberá aprobarse por el juez de vigilancia. En una práctica deplorable la Administración penitenciaria venia burlando esta garantía legal mediante el ardid de transformar las sanciones que superen ese tope en varias sanciones de manera que no llegue ninguna de ellas a alcanzar los catorce días. El TC considera que ello burla el control judicial y en esta cuestión reconoce al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva.

No basta que una norma jurídica permita “prever razonablemente” la consecuencia de una conducta infractora. Los Derechos Fundamentales están amparados por el principio de reserva absoluta de ley, es decir, que la particular afección que esta materia tiene sobre ellos -entre lo que se encuentra la resocialización, que orienta e inspira también al sistema sancionador- hacen aconsejable sustraer de la administración su regulación. El sistema penitenciario sancionador descansa fundamentalmente en el reglamento, en donde se describen las conductas infractoras y la sanción correspondiente. Tan solo se reserva a la ley el catálogo de sanciones (65). La sentencia que comentamos da por buena esta situación que, a nuestro juicio, vulnera el principio de reserva de ley.

Tampoco puede considerarse satisfactoria la “precisión” del reglamento al describir las conductas objeto de sanción. En ocasiones se persiguen comportamientos tan solo porque puedan resultar contrarios a una determinada moral (66), en otras se acude a formulaciones absolutamente imprecisas que permiten castigarlo todo (67). Permítasenos contrastar esta liberalidad jurisprudencial con la posición del TS en la década de los setenta. Baste como ejemplo las consideraciones de esta STS de 25.3.1972:

(65) No es este el momento de entrar a analizar las llamadas consecuencias no disciplinarias de una conducta infractora que en nuestra legislación adquiere una considerable dimensión y que resultan en definitiva más graves para el interno que la propia sanción. Por una parte, porque interrumpe por lo general el sistema progresivo de cumplimiento que anticipa el momento en que el interno puede abandonar la prisión y, por otra parte, porque no está sometida a ningún control judicial. Este extenso arsenal disciplinario pese a su gravedad para los derechos fundamentales de los internos encuentra su regulación por lo general en el marco reglamentario.

(66) Como es el caso del Art. 8 i/RP que castiga los actos “contra la decencia pública”.

(67) Baste como ejemplo de imprecisión la falta recogida en el Art. 110, f/ RP, por la que se castiga “cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia” y no esté comprendida entre las anteriores.

“Si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte, y de la imputabilidad por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de la que la misma contempla... “individualizar y determinar la infracción estrictamente de manera que no deje lugar a dudas”,... “a fin de reducir toda posible arbitrariedad”... “por lo que es indudable que la Administración se encuentra sometida a normas de indudable observancia al ejercer su potestad sancionadora sin posibilidad de castigar cualquier hecho que estime reprochable...”.

No hay motivos para considerar que la tendencia apuntada en la resolución de TS se haya modificado, sino mas bien, al contrario, la CE la consagra y estructura positivamente (68). El TC en esta como en posteriores ocasiones ha perdido la oportunidad de exigir un cumplimiento más riguroso con los principios y exigencias constitucionales en el sistema de sanciones penitenciarias. No se trata de negar la posibilidad de que la administración penitenciaria disponga de un régimen disciplinario, pero este no se deriva de ninguna relación de sujeción específica sino del cumplimiento de un fallo condenatorio. Cumplimiento que ha de ejecutarse de acuerdo con los principios resocializadores. Esta matización no es puramente discursiva sino que permite una revisión crítica de los excesos disciplinarios immanentes a la propia cultura carcelaria. Solo cuando se impone una sanción orientada a la convivencia ordenada que permite a la vez la ejecución y propicia actividades resocializadoras se podrá justificar un castigo.

(68) Vid. García de Enterría, op. cit. T. I. Pág. 165.

La gravedad de las sanciones -casi todas ellas de carácter personalísimo- (69), las condiciones de indefensión del preso, el fracaso frente a este colectivo de otros sistemas punitivos mas graves o los fines resocializadores son algunas de las circunstancias concurrentes que aconsejarían mayor atención a la hora de exigir el cumplimiento los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad, de *ne bis in idem*, de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Por último hay que reseñar que algún sector de la doctrina, como es el caso de Luzón Peña (70) aún rechazando la tan citada teoría como fórmula restrictiva de carácter general, sin embargo, no ve inconveniente en que se mantenga si esta ve limitada su eficacia al texto legal. Tal posición se encuentra muy próxima a quienes defienden el fundamento estatutario de la relación especial de sujeción. Sin embargo, a nuestro juicio tampoco es esa una solución satisfactoria pese a que como ya hemos apuntado nos parece la única que puede defenderse dentro de un Estado de Derecho. Pero no deja de plantear problemas. En primer lugar, nos encontraríamos con que las restricciones a las exigencias constitucionales podrían llevarse a cabo desde una regulación reglamentaria -aunque jurídica-. En segundo lugar, de mantenerse esta teoría las eventuales restricciones seguirían haciéndose en función de una supremacía del Estado. Si es dudoso saber si puede hablarse de relaciones de supremacía, no lo es menos determinar cuando se dan estas y donde se encuentran los límites del ejercicio de esa supremacía. Por último, la relación de sujeción se llegaría a convertir en un obstáculo para incorporar

69. Téngase en cuenta que el RP permie, por medio de la acumulación de sanciones, aislamientos continuados en celdas de hasta cuarenta y dos días de duración (Art. 115).

70. Luzón Peña, D.M. *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, de intentos de suicidio o autolesión*, en Rev. de Estudios penitenciarios, Núm. 238 (1987), Pág. 49.

otras finalidades que estuvieran en contradicción con los intereses de la Administración. Por estas razones, creemos -como ya hemos venido apuntando- mas plausible la sustitución de esa vieja teoría por la idea de prestación de servicios públicos en un marco legal sin diferenciación sustanciales entre relaciones especiales y generales que pudieran posteriormente justificar restricciones generales a los derechos fundamentales de las personas.

IV. Por su parte, la STC de 27.6.1990 refleja un debate dentro del alto tribunal que finalmente cristaliza en el voto particular de dos de los magistrados, mostrando precisamente su disparidad en el uso de la teoría de la relación especial de sujeción que finalmente prospera en la resolución. Recuérdese que el uso sobredimensionado de la referida teoría se concentra en la década de los ochenta y es entonces cuando la doctrina “alarmada” suscita una reflexión sobre el tema. La sentencia que estudiamos a continuación es unos años posterior y, pese a sus conclusiones, nos permite augurar que se inicia un cierto cambio jurisprudencial caracterizado por el uso restrictivo y crítico de las relaciones especiales de sujeción. Restricción en un doble sentido, por una parte, limitándose el numero de relaciones caracterizadas como de supremacía administrativa, y, por otra, disminuyendo la incidencia que la misma tiene como fuente de restricción de las garantías constitucionales. Esta STC ilustra suficientemente la nueva posición no solo ya por la significación de dos votos particulares sino porque se reconoce la teoría de las relaciones como “imprecisa”, “por lo que debe ser entendida siempre en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales”.

Excurso. La referida sentencia aborda la compleja problemática de la disponibilidad sobre la propia vida. Problemática que adquiere una mayor complejidad cuando se trata de un interno en instituciones penitenciarias

que utiliza la puesta en peligro de su propia vida -su agoría- como un medio reivindicativo (71). No es exagerado afirmar que la doctrina española prácticamente ha agotado los posibles soluciones al caso, ya sea tratándolo específicamente o bien asimilándolo a otros comportamientos, como son los eutanásicos, suicidas o la negativa a determinados tratamientos médicos por convicciones religiosas. A continuación veremos algunas de las posiciones mas definidas.

Puede considerarse doctrina dominante la que distingue los casos de huelga de hambre de los propiamente eutanásicos y concede a uno y otro un tratamiento jurídico penal diferente. Para Luzón Peña dicha diferencia radica en el desvalor de la causa que origina la situación de peligro para la vida. En la eutanasia “puede sostenerse que tiene *derecho* a soportar el riesgo de una muerte o lesión debida a causas naturales, sin someterse a remedios artificiales”. Por ello las consecuencias del ejercicio de ese derecho no son un *mal* en el sentido jurídico (la muerte o la lesión aceptadas solo constituirían en ese caso un mal naturalístico) y, por tanto, al no amenazar un “mal, no cabe estado de necesidad que ampare una intervención médica impuesta por la fuerza” (72). En el caso de la huelga de hambre, opina este autor, ya no se trata de ejercer un “derecho a matarse”, la conducta aun no siendo antijurídica seguiría estando desaprobada. “Como dicha causación de la muerte si es un *mal* en sentido jurídico cabe para evitarla... una actuación médica -o funcional- de alimentación forzosa amparada por el estado de necesidad” (73).

La posición de Luzón Peña puede considerarse radicalmente intervencionista ya que considera que el esta-

(71) Sobre el tema vid. Díez Ripollés, op. cit.; Luzón Peña, op. cit.

(72) Luzón Peña, op. cit. Pags. 54-55.

(73) Luzón Peña, op. cit. Pág. 55.

do de necesidad ampararía cualquier intervención, en cualquier momento siempre que estuviera sometida a los límites de necesidad, idoneidad y subsidiaridad (74).

Por su parte, Diez Ripollés mantiene una opinión mas ecléctica, diferenciando el tratamiento jurídico penal de acuerdo con la evolución del estado de salud del huelguista. Para este autor, no hay diferencias entre los supuestos aquí estudiados y los de suicidio y al no ser este un acto ni antijurídico ni ilícito el “impedir violentamente un suicidio constituye claramente un delito de coacciones” (75) que en el caso de la alimentación forzada por el médico o funcionario se adecuaría al tipo agravado de coacciones del Art. 204,3 que regula supuestos de tortura en el ámbito penitenciario en concurso en el 165 bis que castiga a quienes obstaculizan el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

El tratamiento en cambio sería distinto si el huelguista hubiera perdido la conciencia. En este caso, ya solo podría contarse con una *voluntad presunta* y la Administración estaría amparada por una causa de justificación si

(74) Coincidente con la posición que acabamos de exponer se muestra la Administración penitenciaria quien en una Circular de 2.1.1990 señala los siguientes: “Cuando un interno por su situación clínica precisa ingresar en un hospital, se acompañara a la orden de traslado copia del Auto del Juez de Vigilancia que autoriza a prestar el correcto tratamiento para salvaguardar la integridad física, aun en contra de su voluntad”. “En el supuesto de que según el diagnóstico de los Facultativos que les atienden por situación clínica pudiesen derivarse consecuencias insuperables para su salud, como las anteriormente citadas (repercusiones orgánicas), se aplicará el artículo 45,1 b de la LOGP y el artículo 123 del Reglamento Penitenciario, con el fin de que la alimentación asistida se lleve a cabo con garantía para el enfermo y los médicos y personal sanitario que le atienden”. Los artículos mencionados hacen referencia a la posibilidad de emplear medios coercitivos para evitar daños de los internos a si mismos. Los medios coercitivos durara el tiempo estrictamente necesario y la administración solo viene obligda a notificárselos al Juez de Vigilancia.

(75) Diez Ripollés, op. cit. Pág. 650.

llegara a forzar la alimentación. Incluso, si se dieran el resto de los elementos típicos de las formas omisivas podría penalizarse la no intervención (76).

Finalmente, dentro de esta breve exposición de las distintas opiniones de nuestra doctrina, encontramos también quienes son partidarios del mayor respeto para la decisión de la persona. En esta posición se encuentra Del Rosal Blasco (77) quien, sin establecer diferencias entre los supuestos de suicidio y de huelga de hambre, entiende que el primero es un “acto desde el punto de vista jurídico libre” y, en consecuencia, si el suicida ha manifestado una voluntad libre y consciente “con carácter general (son) impunes todos los comportamientos consistentes en no impedir el suicidio -haya o no posición de garante por parte del omitente-”, tan solo se respondería penalmente cuando “se pudiera demostrar que el garante ha intervenido (por omisión) decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida” (78).

Por nuestra parte, consideramos que el suicidio y la huelga de hambre constituyen dos supuestos distintos a los que, por tanto, corresponden también soluciones jurídico penitenciarias diferentes (79). En aquellos casos en los que el suicida actúe motivado directamente por su condición penitenciaria, la administración está obligada a intervenir en el marco de las funciones resocializadoras que establece

(76) Aun presentando diferentes argumentos puede considerarse doctrina y jurisprudencia dominante la que acabamos de exponer. Son partidarios de diferenciar entre los estados de conciencia e inconsciencia del huelguista, entre otros: Bustos Ramíerz, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª Edic. Barcelona, 1991, Pág. 37). Muñoz Conde, F. *Derecho penal. Parte especial*, 8ª Edic. Valencia 1990, Pág. 72.

(77) Del Rosal Blasco, B., *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código penal*, en ADPCP, Enero-Abril, 1987, Págs. 94-97.

(78) Del Rosal Blasco, op. cit. Págs. 96-97.

(79) Mapelli Caffarena, op. cit. Págs. 287 y ss.

el Art. 25,2 CE y la legislación penitenciaria. El supuesto del suicidio en la sociedad libre es distinto ya que las motivaciones pueden no llegar a desaparecer y la persona se encuentra con plenitud de facultades volitivas. En prisiones se sabe que la psique humana sufre una transformación en muchos supuestos que la hace proclive a tendencias suicidas. Este estado psíquico es temporal y se resuelve en la medida que los equipos técnicos diseñen un programa de actuación terapéutica que puede incluir en sus primeras fases intervenciones mas decisivas, como el aislamiento o la farmacología.

Diferente es también el caso de la huelga de hambre. Quien adopta la decisión de poner en riesgo su vida como medio de reivindicación está ejerciendo el derecho a la libertad de expresión y la interrupción de la huelga es una conducta tipificada penalmente. Hasta aquí estamos de acuerdo con la propuesta mayoritaria de la doctrina. Ahora bien, justificar la intervención una vez que, inevitablemente, el huelguista como consecuencia de su actitud, se aproxima a las fases terminales y pierde la conciencia nos parece desacertado. En primer lugar, porque es inclinarse por una solución solo aparentemente humanitaria (80). Piénsese, en la degradación de la dignidad humana a que se sometería a un huelguista que se le introduce en este círculo inacabable: resolución consciente-perdida de conciencia-alimentación forzada. En segundo lugar, las hipótesis de un Estado que aproveche la huelga de hambre para eliminar la disidencia o a los reclusos indeseables (81) -aunque se han dado y son imaginables- no pueden determinar la solución del problema. En tercer lugar, la acción no perdería su eficacia aunque se supiera con certeza que

(80) Muñoz Conde, op. cit. Pág. 72. También Bustos Ramírez, op. cit. Pág. 37.

(81) Díez Ripollés, op. cit. Pág. 658.

(82) Díez Ripollés, op. cit. Pág. 657.

el Estado no está obligado a intervenir (82), sino mas bien lo contrario. La dramática imagen de una persona agonizando y muriendo por lo que considera una reivindicación justa es el efecto más importante que persigue el huelguista y que mayor repercusión social tiene. Y, en todo caso, así lo considera el huelguista y así hace uso de su libertad de expresión. En cuarto lugar, no hay consentimiento presunto si el huelguista ha permanecido informado en todo momento y era conocedor hasta el final de las consecuencias de su actitud (83). La no intervención no significa abandono asistencial y médico. Por último, se olvida una cuestión ciertamente importante, la responsabilidad penal de la Administración no se plantea en la intervención o no intervención sino en conocer cuales son las reivindicaciones del huelguista. Si la actitud de no injerir alimentación está motivada por unas condiciones penitenciarias manifiestamente ilegales de las que se derivan situaciones inhumanas o degradantes la administración se encuentra en una posición de garante frente al conflicto de intereses planteados por el huelguista entre seguir soportando dichas condiciones y poner fin a su vida como medio reivindicativo.

Hasta aquí hemos expuesto las posiciones doctrinales más frecuentes que, como ya hemos señalado, abarcan todas las soluciones posibles. Por tanto en el caso de la resolución

83. El problema de la voluntad no actualizada ha sido tratado mas detenidamente en el marco de los supuestos eutanásicos, en donde se considera que no hay voluntad presunta sino cierta cuando el enfermo manifiesta su voluntad con conocimiento de una dolencia grave, cuando se refiere a una determinada forma de tratamiento médico o se nombra un "representante de la voluntad", con la intención de colocar en manos de una persona de confianza con vínculos personales las decisiones existenciales más fundamentales, antes que en las manos de un médico extraño (Cfr. *Proyecto alternativo de la ley reguladora de la ayuda a morir*, en ADPCP, Set.-Dic. 1988, Págs. 848-849.) No habría, a nuestro juicio, problemas para hacer extensivos dichos criterios al supuesto de las huelgas de hambre.

del TC comentada no extraña tanto su adhesión a una u otra posición cuanto el fundamento de la misma. Para el alto Tribunal la alimentación forzosa al penado que se niega a ingerir alimentos viene justificada por la relación especial de sujeción. Las alimentaciones forzosas, reconoce el TC, serían ilícitas, “si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas (¿?)” pero la relación de sujeción obliga al Estado a preservar y proteger la vida.

¿Cómo puede la relación de supremacía llegar a anular el derecho del penado sobre su propia vida? ¿Qué soberanía estatal, que servicio o que eficacia administrativa podrían llegar a justificar semejante intervención? ¿Qué límites encontraría esa actividad coactiva del Estado basándose en las relaciones de sujeción? La resolución comentada trata de contestar esta última cuestión. Para cohonestar el derecho a la integridad física y moral -que se reconoce en el recluso- y la obligación de la Administración de defender su vida y salud se reitera la “equilibrada y proporcionada” solución recurrida “que no merece el mas mínimo reproche”. Esta es, permitir la intervención médica “tan solo en el momento en que según la ciencia médica, corra “riesgo serio” la vida del recluso y en la forma que el juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno”.

El propio TC parece reconocer en sus propias reflexiones que semejante forma de entender la *cohonestación* (84) podría dar lugar a un trato inhumano y degradante en caso de que huelguista reiterara sucesivamente su renuncia a la alimentación una vez recobrada la conciencia, pero entiende que no puede ser así “porque el propósito no es el de provocar el sufrimiento, sino de prologar la vida”. El argumento no con-

84. Según Moliner, M. (*Diccionario de uso del español* voz cohonestar, 1ª Edic. Madrid 1970) para el DRAE “cohonestar” significa dar apariencia de justa o razonable a una acción que no lo es.

vence porque “prolongar la vida” no es por si solo un valor positivo sino que tiene que contrastarse con una realidad concreta que en esta ocasión, la convertiría en una actividad degradante.

La falta de un criterio que permita saber hasta donde puede llegar la Administración penitenciaria en su limitación de los Derechos Fundamentales del interno sitúa a este en un estadio de absoluta indefensión. Si la teoría de la relación especial de sujeción en la STC comentada anteriormente sirvió para hacer que el interno pierda su *status libertatis*, en esta ocasión se le impone vivir bajo coacción. Ni la libertad en sus aspectos esencial, ni la vida o la integridad física pueden verse mermados por una relación de sujeción (85). Incluso a nuestro juicio ni siquiera el deber genérico de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos (Art. 3,4 LOGP) puede esgrimirse en estos casos. (86).

V. A modo de resumen consideramos que la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales.

Sin embargo, en relación con el sistema penitenciario la relación de sujeción traspasa el marco disciplinario para

85. En este sentido nos parece acertado el voto particular del Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, para quien el fundamento de la relación de sujeción es desafortunado porque “el penado en relación con su vida y salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria”.

86. En contra Bueno Arús, *Derechos de los internos*, en Cobo del Rosal, *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, Vol. I, Madrid, 1986, Pág. 66.

servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulados o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato Constitucional. Por estas razones, el empleo aquí de esta teoría se torna si cabe mas grave y criticable. Una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de la supremacía de la Administración. La Administración penitenciaria solo esta legitimada a limitar los derechos fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de libertad. Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los Derechos Fundamentales restringidos por la imposición de la pena.

CARLOS MARTINEZ PEREZ

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de La Coruña**

**Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el
proyecto de código penal de 1992**

I.- INTRODUCCION

De acuerdo con el título que encabeza este trabajo, el objeto de las páginas siguientes será examinar aquellos delitos que el Proyecto de Código penal español de 1992 destina a la protección del mercado y de los consumidores.

Sin embargo, he de advertir que el ámbito de estudio de tales delitos no se corresponde plenamente con el contenido del capítulo XII del título XII del libro II de dicho Proyecto, sino solamente con una parte del mismo. En concreto, la que está destinada en sentido estricto a tutelar los “genuinos intereses de los consumidores” y a preservar la “libertad de mercado”.

Son dos, por consiguiente, las clases de infracciones que se analizarán aquí, y, correlativamente, son también dos las restantes clases de delitos que, pese a incluirse asimismo en el citado capítulo, quedarán al margen del presente trabajo. En estas dos últimas situó las infracciones referentes a la propiedad industrial y las concernientes a la competencia desleal (1).

(1) Sobre estas dos clases de infracciones, vid. GUINARTE CABADA, G.: **Los delitos contra la propiedad industrial en el Proyecto de Código penal español de 1992**, en *Actas de Derecho Industrial*, n. 14, 1992 (en prensa). Del mismo autor: **Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal**, en *Estudios penales y criminológicos*, XV, Santiago de Compostela 1991, pp.127 y ss. (especialmente, pp. 165 y ss., aunque este trabajo va referido a la normativa de la PANCP de 1983).

En consecuencia, parto de la base de que en la rúbrica del capítulo XII no hay una descripción completa en sentido técnico de la materia de prohibición que se define en el articulado. De hecho, me atrevería a asegurar -sobre todo a la vista del correspondiente pasaje de la Exposición de motivos del Proyecto de 1992- que únicamente con la expresión “propiedad industrial” se pretende aludir a una categoría jurídico-penal precisa, construida sobre el bien jurídico inmediatamente protegido. Los vocablos “mercado” y “consumidores”, en cambio, no pretenden denotar sendos objetos jurídicos, sino simplemente ofrecer unos conceptos genéricos, portadores de una pura significación gramatical, que permiten abrazar a las restantes figuras delictivas contenidas en el capítulo, en buena parte de las cuales, incluso, los dos términos pueden servir de denominador común.

Sin embargo, como se verá a continuación, los delitos relativos al “libre mercado” y los genuinos delitos “contra los consumidores” son, asimismo, categorías susceptibles de un entendimiento técnico jurídico-penal. Constituyen dos clases de infracciones que se construyen sobre la base de dos bienes jurídicos poseedores de perfiles propios, que, por un lado, se diferencian claramente de los restantes bienes jurídicos que se tutelan en el capítulo XII, y que, por otro lado, guardan una afinidad entre sí.

Objetivo de las páginas que siguen será, por ende, indagar cuál es el contenido sustancial de los delitos referentes al libre mercado y a los consumidores, cuáles son sus características comunes y diferenciales y cuáles son en concretos los hechos punibles que deben ser incluidos en una y otra categoría.

II.- LA RUBRICA DEL CAPITULO Y LA DIVERSIDAD DE BIENES JURIDICOS

2.1. Cuestiones generales.-

El aludido capítulo XII del Proyecto de 1992 se destina a los “delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores”.

Un título similar se contemplaba ya en el PLOCP de 1980, “De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores” (Capítulo II del título VIII), y también en la PANCP de 1983, “De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores” (capítulo I del título XII).

A la vista de las rúbricas empleadas (cuya diferencia con respecto al Proyecto de 1992 radicaba en la mención del término “competencia” en lugar de “mercado”) se puede comprobar que ni el PLOCP ni la PANCP pretendían tampoco enumerar expresamente en ellas todas las categorías de delitos que se definían en el seno de los respectivos capítulos. Ello se evidenciaba ya en la previsión de diversas secciones en las que se descomponían estos capítulos (2), las cuales revelaban ya la presencia de diversas clases de infracciones, irreductibles a un bien jurídico unitario.

Es cierto que, en lo que atañe a la sistemática interna, el Proyecto de 1992 ofrece como novedad haber renunciado a

(2) En el PLOCP de 1980 la materia quedaba integrada por cinco secciones: “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, “Del delito publicitario”, “De la alteración de precios y de las prácticas restrictivas de la competencia”, “De otros delitos relativos a la regulación de mercados” y “De la utilización y del descubrimiento de secretos industriales”. La PANCP de 1983 reducía el número de secciones a cuatro: “De los delitos relativos a la propiedad industrial y a los secretos industriales”, “De los delitos publicitarios”, “De la alteración de precios y de las prácticas restrictivas de la competencia” y “De otros delitos relativos a la regulación de mercados”.

dividir el capítulo en secciones, decisión en la que posiblemente haya influido la significativa reducción de la materia penal (3). Ahora bien, un somero examen de su contenido conduce a reconocer que en el Proyecto de 1992 continúan definiéndose las mismas categorías de infracciones que se contemplaban en los proyectos anteriores; aquella reducción obedece, por tanto, sobre todo a una simplificación de los tipos, al lado de la desaparición de infracciones delictivas específicas, susceptibles de ser integradas, en todo caso, en alguna de las categorías que se prevén.

A mi juicio, sería conveniente mantener la división en secciones, del mismo modo que se hace en otros capítulos del Proyecto (así, p. ej., en el cap. II del tít. XIV, en materia de incendios y otros estragos). La razón fundamental que justificaría tal proceder residiría en la diversidad de bienes jurídicos que se tutelan en el seno del capítulo XII.

La división no comprometería, desde luego, la unidad y cohesión de la materia delictiva englobada en el capítulo, cualidades que están fuera de toda duda (4). Precisamente, en la doctrina penal se reconoce comúnmente la autonomía científica de un Derecho penal de la “competencia económica”, en cuanto categoría sistemática dotada de características propias, que se incardina a su vez en el Derecho penal económico como uno de sus sectores más arquetípicos (5).

(3) Reducción que se manifiesta ya, cuantitativamente, en el menor número de artículos que componen el capítulo, que de dieciocho ha pasado a tener solo diez.

(4) Se trata de un capítulo verdaderamente homogéneo, que indiscutiblemente se califica como una de las más características agrupaciones de delitos socio-económicos. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**, Comunicación presentada en las **Jornadas en honor al prof. K. Tiedemann**, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, p. 9.

(5) Vid. por todos: GUINARTE CABADA: **Consideraciones**, cit., pp. 130 y s. y bibliografía que se cita. En Alemania, desde luego, el *Wettbewerbsrecht* nace con la finalidad de ofrecer una tutela específica de los intereses de los consumidores, los cuales se toman explícitamente en consideración

En efecto, en todas las figuras delictivas contenidas en el capítulo XII pueden descubrirse rasgos comunes. Común es su proyección general sobre los consumidores, cuyos intereses se proclaman en el art. 51 de la Constitución española, y común es también el genérico interés colectivo y estatal en el correcto funcionamiento de la "libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (tal y como se reconoce en el art. 38 del propio texto fundamental), (6) con todo lo que esto último lleva inherente, en especial una libre y ordenada **competencia económica**, la cual representa el contenido esencial de dicha libertad de empresa (7). Notas que aseguran, sin duda, la homogeneidad del capítulo y justifican incuestionablemente su existencia.

Ahora bien, desde el punto de vista **técnico** los intereses jurídicos que inmediatamente se tutelan en las concretas infracciones delictivas no pueden ser identificados ni confundidos. En este sentido, dentro del capítulo XII habría que distinguir -a mi juicio- cuatro grandes grupos: delitos contra la propiedad industrial, delitos de competencia desleal, delitos contra los consumidores y delitos contra la libertad de competencia o libre mercado. La división de estos cuatro grupos se fundamentaría en una diferente configuración del objeto jurídico primordialmente tutelado en cada uno de ellos.

con esta categoría sistemática al lado de otros intereses tradicionales de la economía de mercado, como son los derechos de propiedad industrial o los intereses de los empresarios competidores. Vid. TIEDEMANN, K.: **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I**, (A.T.), Hamburg 1976, pp. 32 y ss.

(6) Considerando el **mercado** (en cuanto que elemento de la Constitución económica española) como bien jurídico genérico común, aglutinante de todas las infracciones que se contenían en el capítulo I del título XII de la PANCP 83, vid. PEDRAZZI, C.: **El bien jurídico en los delitos económicos**, en **La reforma penal: delitos socio-económicos**, (ed. M. Barbero Santos), Madrid 1985, pp. 290 y s.

(7) Vid. por todos: FONT GALAN, J. I.: **Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978**, en **Revista de Derecho Mercantil**, núm. 152, 1979, pp. 233 y ss.

En primer término, se encuentran los delitos contra la **propiedad industrial**, que vulneran prevalentemente el patrimonio individual de las personas, o sea, los derechos (subjetivos) de exclusividad del titular del derecho de propiedad industrial (8). En el Proyecto de 1992 habría que incluir en esta categoría las infracciones contenidas en los arts. 281, 282 y 283, de cuya lectura se confirma, indudablemente, la dimensión primariamente atentatoria para el patrimonio individual (9), aunque mediatamente pueda estimarse que se preserva también aquí el bien jurídico competencia o que se tutelan los intereses de los consumidores.

En segundo lugar, se hallan los delitos de **competencia desleal**, los cuales se caracterizan por menoscabar en primera línea los intereses legítimos de los empresarios competidores (10). En el Proyecto de 1992 serían típicos delitos de competencia desleal los comportamientos previstos en los arts. 284 y 285: las violaciones de secretos industriales y la denigración comercial. Estas infracciones, que se contemplan también como actos específicos de competencia desleal en la vigente Ley de competencia desleal de 10 de enero de 1991, se tipifican indudablemente en función de la vulneración del citado bien jurídico (11), sin perjuicio de que la realización de tales

(8) Sobre el bien jurídico en los delitos contra la propiedad industrial, vid. GUINARTE CABADA, G.: **La tutela penal de los derechos de propiedad industrial**, Madrid 1988, pp. 158 y ss.

(9) Esto es evidente con relación a los arts. 281 y 282, los cuales tipifican las infracciones de derechos de propiedad industrial **registrados** que recaigan sobre invenciones industriales o innovaciones tecnológicas, sobre creaciones de forma con aplicación industrial o artística y sobre signos distintivos. No obstante, también resulta claro en la hipótesis del art. 283, que ha de entenderse como un delito de peligro abstracto destinado a tutelar los intereses del titular del futuro derecho de exclusividad derivado de la concesión de una patente, solicitada pero todavía no otorgada. Cfr. GUINARTE: **Los delitos**, en A.D.I. (en prensa).

(10) Sobre el bien jurídico primariamente vulnerado por las acciones de competencia desleal, vid. GUINARTE: **Consideraciones**, cit., p. 154.

(11) Cfr. GUINARTE: **Consideraciones**, cit., pp. 155.

delitos afecte, indirectamente, en alguna medida a los intereses de los consumidores e incluso al interés estatal en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado, intereses que, consecuentemente, constituirán solo un simple "motivo" del legislador.

En tercer lugar, en el capítulo XII se incardinan delitos contra el "libre mercado" o contra la "libertad de competencia", que son aquellos que se destinan predominantemente a garantizar la propia existencia de la competencia (12). En atención a la tutela de este bien jurídico, el Proyecto de 1992 castiga dos conductas que inequívocamente pueden ser englobadas aquí: la alteración de precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 288) y las prácticas restrictivas de la competencia (art. 289).

Finalmente, en cuarto lugar el Proyecto de 1992 recoge lo que podríamos denominar "genuinos delitos contra los consumidores", los cuales se dirigen a preservar un bien jurídico distinto de los anteriormente mencionados y, por ello, pueden diferenciarse de las restantes categorías incluidas en el capítulo XII. Se trata de infracciones que tutelan auténticos intereses difusos de los consumidores y que, en concreto, vulneran pre-

(12) Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: **La tutela de la competencia en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal**, en **La reforma penal, delitos socioeconómicos**, ed. de M. Barbero Santos, Madrid 1985, p. 419. Para una amplia exposición de este bien jurídico, vid. HORMAZABAL MALAREE, H.: **Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación de mercados**, en **Documentación Jurídica**, monográfico, númrs. 37/40, vol 2, pp. 786 y ss. Por lo demás, interesa subrayar -como aclara este autor- la especificidad de los delitos contra la libertad de competencia (concebidos como prácticas restrictivas) frente a los delitos de competencia desleal, aunque, lógicamente, ambas categorías puedan ser reconducibles a un género común, el de las normas "reguladoras de la competencia". Vid. sobre estos extremos, asimismo, HORMAZABAL: **Consideraciones en torno de la incriminación de conductas lesivas a la competencia**, en **Revista Técnico Laboral**, núm. 15, 1983, pp. 29 y ss. De acuerdo con ello, vid. también BUSTOS RAMIREZ, J.: **Manual de Derecho penal. Parte especial**, 2. ed., Barcelona 1991, pp. 299 y s.

valentemente el interés del grupo colectivo en el orden del mercado (13). Desde esta perspectiva, habría que situar aquí, desde luego, las infracciones previstas en el art. 287 (el llamado “delito publicitario” y el novedoso delito de facturar cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos) y también, aunque la cuestión sea opinable, el delito del art. 286 (detracer del mercado materias primas o productos de primera necesidad), cuya configuración típica le aproxima a una infracción contra la libertad de competencia.

2.2. La autonomía de los delitos contra los consumidores y contra la libertad de competencia.-

Precisamente, esta última observación puede servir como ejemplo de la proximidad que hay entre los delitos contra la libertad de mercado o libre competencia y los auténticos delitos contra los consumidores. Una cercanía que, prima facie, se desprendería ya de la circunstancia de que, a diferencia de las restantes infracciones englobadas en el capítulo XII, los delitos contra la libertad de competencia comportan, conceptualmente, como repercusión indirecta pero inevitable, una afección para los genuinos intereses de los consumidores, tal y como aquí se definen, o sea, como interés colectivo en el orden del mercado. Pero, más allá de todo ello, es preciso admitir que la afinidad de estas dos clases de infracciones y, paralelamente, su especificidad en el marco de dicho capítulo y, en general, dentro de la esfera del denominado Derecho penal de la competencia económica deriva de la idea de que ambas preservan bienes jurídicos de naturaleza **supraindividual** del orden económico constitucional. Frente a ellas, las restantes infracciones incardinadas en el capítulo vulneran inmediatamente bienes jurídicos de naturaleza individual, aun-

(13) Cfr. TORIO LOPEZ, A.: **Reflexión sobre la protección penal de los consumidores**, en **Estudios sobre el derecho de consumo**, por J.A. Corriente y otros, Bilbao 1991, p. 105.

que su incidencia en el orden económico justifique su clasificación sistemática entre los llamados delitos socio-económicos.

Semejante parentesco de los delitos contra la libertad de competencia y los delitos contra los consumidores se reconoce en uno de los textos legales en donde se ha llevado a cabo un mayor esfuerzo de depuración sistemática. Me refiero a la Parte especial del Proyecto alternativo alemán de Código penal, que en el seno de su sección segunda (delitos contra la economía) destina un título, el primero, a los “delitos contra la competencia y los consumidores”, dentro del cual se incluyen los delitos que prevalentemente encierran prácticas restrictivas de la competencia (arts. 170 a 176) y aquellos otros que se destinan tanto a la protección del consumidor como a la del competidor frente a la publicidad económica falsa (arts. 177 y 178) (14). Inmediatamente después, el Proyecto alternativo contiene un título segundo que agrupa los “delitos contra las empresas” y que engloba los característicos delitos de competencia desleal (sabotaje, revelación de secretos y difamación, arts. 179, 180 y 181) al lado de otros delitos empresariales que, si bien inciden en la leal competencia, vulneran primordialmente otros bienes jurídicos (el delito de usurpación del derecho de marca ajeno del art. 182 y el delito societario del art. 183) (15).

(14) Vid. **Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft**, vorgelegt von LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, Tübingen 1977, p. 19.

(15) Vid. **Alternativ-Entwurf**, cit., p. 45 Los autores del Proyecto alternativo destacan -a mi juicio, acertadamente- que los “delitos contra las empresas”, ubicados en el título II, poseen como nota común el tutelar los intereses **individuales**, por más que “parcialmente también tengan -o puedan tener- efectos en el desarrollo general de la economía, y, por ello, se sitúen entre los delitos económicos”. Justo es reconocer, empero, que los autores del Proyecto alternativo señalan que, pese a todo, no debe trazarse una línea tajante de separación entre las infracciones del título I y las del título II, toda vez que los bienes jurídicos protegidos en las figuras incluidas en estos títulos se hallan recíprocamente relacionados.*

Por otra parte, la aludida proximidad se pone de manifiesto, asimismo, en las sistematizaciones doctrinales alemanas del Derecho penal económico empresarial, realizadas conforme a otro tipo de criterios, como el que, usualmente, se articula en torno al paradigma funcional en la actividad económica, de acuerdo con una visión dinámica de la vida de la empresa (constitución, explotación y término). En este sentido, dentro de las actividades de **explotación** de la empresa, los delitos contra la libertad de competencia y contra los consumidores quedarían situados entre las infracciones concernientes a la **distribución o consumo** (*Absatz*) de bienes o servicios; categoría que en el seno de las actividades de explotación de la empresa se diferencia de otras afines, como son las relativas a la **adquisición o suministro** (*Beschaffung*) o a la **producción o fabricación** (*Erzeugung*) (16).

La doble afinidad señalada en las líneas anteriores no se suele tener en cuenta en la doctrina francesa, a la hora de elaborar las concretas categorías en las que se descompone el denominado "*Droit pénal des affaires*". Es cierto que, para esta doctrina, los delitos contra la libre competencia y los derechos de los consumidores constituyen un grupo de infracciones dotado de perfiles propios (17); mas, pese a que ambas clases de delitos se reconducen a un capítulo común, las infracciones referentes a los consumidores se incluyen, habitualmente, en un epígrafe distinto al destinado a acoger las infracciones contra la competencia, las cuales engloban tanto

(16) Cfr., al respecto, por ejemplo, MÜLLER-GUGENBERGER (Hg): **Wirtschaftsstrafrechts**, Münster 1987, pp. 849 y ss. Bajo el epígrafe referente a la distribución o consumo de bienes o servicios se contienen las infracciones atinentes a las prácticas restrictivas de la competencia, a los convenios en subastas, a la formación de los precios, a la publicidad engañosa, así como, en general, aquellas conductas defraudatorias que tienen lugar en la oferta pública de bienes o servicios en el mercado.

(17) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: **Los delitos contra el orden socio-económico en el Derecho penal francés. Aspectos generales**, en *La reforma penal* (ed. de M. Barbero Santos), Madrid 1985, p. 230.

las violaciones de la competencia leal como los propios atentados a la libertad de competencia (18).

III.- LOS DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES: GENERALIDADES

3.1.- Introducción

A la vista de la caracterización de los genuinos delitos contra los consumidores esbozada más arriba, puede asegurarse que la previsión de infracciones de esta índole en el Proyecto de 1992 constituye la mayor novedad dogmática del capítulo XII con relación a la legislación actualmente en vigor.

Por tanto, con carácter previo al análisis de las figuras delictivas que deben ser ubicadas en este grupo, resulta imprescindible profundizar algo más en los rasgos comunes y en las peculiaridades dogmáticas que presentan con respecto a otras categorías con las que se relacionan.

3.2. El bien jurídico: el interés “difuso” de los consumidores

Ante todo, hay que señalar que las auténticas infracciones contra los consumidores son únicamente aquellas que vulneran **intereses difusos** de los consumidores, según la caracte-

(18) Vid. por todos DELMAS-MARTY, M.: **Droit pénal des affaires. Partie spéciale: infractions**, tome 2, 3. ed., Paris 1990, pp. 394 y ss. Por su parte, el grupo dedicado a estudiar las infracciones contra los consumidores acoge no sólo aquellas que se dirigen a promover ilícitamente el consumo (especialmente la publicidad engañosa), sino también aquellas que van referidas a las propias “condiciones del consumo” (fraudes, falsificaciones y otras infracciones en materia de precios).

rización propuesta en la moderna doctrina penal y difundida, sobre todo en la doctrina italiana, con las investigaciones de SGUBBI (19).

Se trata de intereses que -como bien escribe TORIO- no coinciden con las categorías tradicionales delimitadas en la ciencia penal: son intereses que se **anteponen** tanto al interés general en la salud como al interés individual del adquirente de bienes económicos, en virtud de lo cual, correlativamente, los genuinos delitos contra los consumidores presentan también un núcleo antepuesto a los delitos contra la salud pública y a los delitos defraudatorios en el ámbito del consumo (20).

Así concebidos, los genuinos delitos contra los consumidores protegen un **bien jurídico** que técnicamente no puede ser identificado con los bienes jurídicos que se tutelan en los delitos contra la salud pública o en el delito de estafa. En efecto, un bien jurídico que, como ya indiqué, reside en el interés colectivo en el orden del mercado o, dicho de forma más precisa, lo que se pretende preservar es -en palabras del propio TORIO- el interés de los consumidores en la veracidad de los medios publicitarios, interés en la exclusión de riesgos adicionales e interés también en la autenticidad, composición, calidad e, incluso, cantidad y valor de los productos ofertados en el mercado (21).

De lo que antecede se desprende que ciertamente podrá ser materia opinable, desde la perspectiva del principio de intervención mínima, el saber hasta qué punto -y de qué manera- puede recurrirse al Derecho penal para tutelar dichos

(19) Vid. sus trabajos: **Tutela penale di "interessi diffusi"**, en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439 y ss.; **L'interesse diffuso come oggetto della tutela penale. Considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore**, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, (A. Gambaro ed.) 1976, pp. 547 y ss.

(20) TORIO: **Op. cit.**, pp. 102 y s.

(21) TORIO: **Op. cit.**, pp. 103 y 105.

bienes jurídicos (22); pero, lo que no resulta admisible es negar sustantividad y autonomía a los mismos.

Es más, la necesidad de crear genuinas infracciones contra los consumidores se deriva forzosamente de la importancia del interés jurídico que entra en liza, lo que, incluso, comporta la asignación de sanciones de una cierta entidad (23). En este sentido, se ha podido llegar a afirmar que la comprobación del grado de efectividad de la labor de los poderes públicos en defensa de los consumidores constituye hoy “uno de los termómetros para graduar el grado de cultura y civilización de un país” (24). Y es que esta tarea de defensa de los consumidores viene impuesta, además, por el mandato constitucional, de un lado, y por los compromisos internacionales asumidos por España, de otro. En el art. 51 de la Consti-

(22) Y en este sentido creo que debe ser entendida la valoración que efectúa el C.G.P.J. sobre el art. 282 del Anteproyecto de 1992, cuando afirma que “el principio de intervención mínima aconseja, de nuevo, el limitar la tipificación penal de estas conductas. Si los intereses de los consumidores ... son de orden económico, el tipo de la estafa ofrece suficiente tutela penal, máxime si se tiene en cuenta el carácter necesariamente masivo del tipo. Si son relativos a la salud, ya existe todo un capítulo para proteger al ciudadano de este tipo de conductas”. Vid. **Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del C.G.P.J.**, Madrid 1992, p. 245. Con relación a este extremo, simplemente quiero subrayar que, a mi juicio, la necesidad de que el Derecho penal intervenga para preservar los más graves atentados a los **genuinos** intereses de los consumidores (con independencia de la tutela para el patrimonio individual o la salud pública) es algo que está fuera de toda duda.

(23) Estima MUÑOZ CONDE (**Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**, cit., p. 10), al comentar el capítulo XII del Proyecto de 1992, que “parece loable que se sancionen gravemente, incluso con penas privativas de libertad, los ataques más graves a la economía de mercado ...”. Y, entre estos últimos, incluye indudablemente algunas conductas atentatorias a los derechos de los consumidores y usuarios (p. 9).

(24) MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L.: **Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho administrativo**, en el libro **Estudios sobre el Derecho de consumo**, cit., p. 79. “Será moderno y adelantado -aclara este autor- aquel país en el que aquí se obtengan resultados satisfactorios”.

tución española se pone un especial énfasis en la protección de tales derechos, hasta el punto de “contener -desde un enfoque positivo del mismo-todo un programa legislativo” (25). Por otra parte, no se puede preterir que en el plano internacional el nuevo art. 100A del Tratado constitutivo de la CEE viene a reforzar todavía más el vigor del art. 51 de nuestro texto fundamental, al abordar la labor de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros (26). Cuestión distinta, naturalmente, será averiguar qué clase de genuinas infracciones específicas contra los consumidores merece ser elevada a la categoría de delito. Se trata de un tema espinoso, en el que debe tenerse presente el carácter eminentemente secundario del Derecho penal en la materia. La delimitación entre lo que debe ser delito y lo que debe ser infracción administrativa es una tarea que ha de ser resuelta tras un particularizado estudio del bien jurídico que en cada caso se proteja, partiendo de la base de que la prioridad queda reservada para el injusto administrativo (27).

En otro orden de cosas, conviene tener presente que el “interés difuso” no es, desde luego, un interés individual, pero

(25) CASCAJO CASTRO, J.L.: **Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores**, en el libro **Estudios sobre el Derecho de consumo**, cit., p. 39. Vid. también el comentario de este autor en pp. 39 y ss., y bibliografía que se cita, sobre el art. 51 de la Constitución. Vid. además, MARTINEZ PEREZ, C.: **Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa**, en **Cuadernos de Política Criminal**, n. 22, 1984, pp. 49 y ss., y bibliografía allí citada.

(26) Cfr. MARTIN-RETORTILLO: **Op. cit.**, p. 82. Hay que mencionar al respecto el apartado 3 del aludido precepto del Tratado de Roma, que dispone: “La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado primero, referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado” (subrayado mío).

(27) Vid. TORIO LOPEZ: **Op. cit.**, pp. 104 y ss., en donde se contiene un riguroso e interesante análisis acerca de la problemática de la reconducción de la infracción contra los consumidores al sistema sancionatorio administrativo o al sistema penal. Paralelamente, resalta este autor la necesidad de reformar y transformar el sistema legal de demarcación entre injusto administrativo e injusto criminal (pp. 109 y ss.).

tampoco es un interés social general (28). Los intereses sociales (ej. salud pública) son intereses de **todos**, en tanto que el interés difuso es un interés **sectorial** (29). Un interés sectorial que, a su vez, se distingue perfectamente de los **derechos subjetivos** clásicos reconocidos por el Derecho civil (30).

3.3. El injusto de los delitos contra los consumidores

En consonancia con la configuración del bien jurídico en los genuinos delitos contra los consumidores que se acaba de apuntar, se comprende cómo éstos constituyen auténticas infracciones contra el orden socio-económico, cuyo sujeto pasivo aparece integrado por los (“particulares”) grupos colectivos de consumidores. En efecto, conviene recalcar que la titularidad del bien jurídico no pertenece a la sociedad, ni tampoco al consumidor individual, si bien este último puede alcanzar la condición de perjudicado civil por el delito (31).

Como señala TORIO el contenido sustancial del injusto de los consumidores viene integrado por la vulneración del interés de los grupos colectivos de consumidores en que “el proceso económico de la publicidad, fabricación y distribución de productos responda a los principios de veracidad, autenticidad, calidad y valor nominal”, sin que a este injusto se incorpore el elemento de la peligrosidad de la acción para la salud o para el patrimonio de un consumidor individual (32). Desde la perspectiva dogmática, las características

(28) Vid. por todos GONZALEZ RUS, J.J.: **Los intereses económicos de los consumidores**, Madrid 1986 pp. 85 y ss.

(29) Cfr. TORIO LOPEZ: **Op. cit.**, p. 103. Como escribe este autor, el interés difuso (sectorial) puede considerarse como algo característico de grupos extraordinariamente amplios de sujetos, pero carente de un radio ilimitado de expansión, que, además, posee un intrínseco sentido dialéctico, en la medida en que puede oponerse a otros grupos sociales.

(30) Vid. GONZALEZ RUS: **Op. cit.**, pp. 80 y s.; TORIO: **Op. cit.**, pp. 105 y s.

(31) Cfr. TORIO: **Op. cit.**, p. 113.

(32) **Op. cit.**, pp. 112 y s. Según aclara certeramente este autor, dicha peligrosidad es naturalmente un “motivo” del legislador, pero, al no formar

infracciones de consumo concebidas en el sentido indicado suelen configurarse, usualmente, como delitos de peligro abstracto (33).

Por último, de lo que se lleva dicho se deduce que, en el marco de la construcción propuesta, la relación que existe entre el injusto contra los consumidores y los injustos de los correspondientes delitos contra el patrimonio individual, la salud personal o, incluso, la salud pública, son propias del concurso de delitos.

En este sentido, y sin perjuicio de lo que en particular se diga con respecto a las concretas figuras delictivas que se analizarán, puede afirmarse en términos generales que las infracciones de consumo que versen sobre fraudes de mercancías y comporten un incremento de precios podrán, en su caso, llegar a ser constitutivas de un delito de estafa, el cual entraría en concurso con el delito de consumo de que se trate. Sujeto pasivo de esta última infracción serían los consumidores, mientras que sujeto pasivo del delito de estafa sería la persona individual titular del interés patrimonial que resulta lesionado (34). Del mismo modo, cabe aducir que en el caso de que a la infracción de consumo (ej. una publicidad engañosa configurada como delito de peligro abstracto) se asocie la ulterior

parte del tipo de injusto, no es necesario comprobar que la acción pudo poner en concreto peligro la salud o el patrimonio de un consumidor.

(33) De acuerdo con la recomendación núm. 9 del XIII Congreso internacional de la Asociación internacional de Derecho penal, sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa" (El Cairo 1984), "el empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición se refiera directamente a bienes jurídicos claramente determinados". En general sobre la utilización de estos delitos en la esfera del Derecho penal económico, vid. el reciente trabajo de KINDHÄUSER, U.: *Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, ponencia presentada en las Jornadas en Honor al prof. K. Tiedemann, Madrid 14-17 de octubre de 1992.

(34) Cfr. TORIO: *Op. cit.*, p. 113.

materialización de un concreto peligro para la salud pública o de un daño para un consumidor individual, quedará expedita la vía del concurso de delitos entre las figuras delictivas correspondientes, cada una de las cuales posee un bien jurídico propio y un sujeto pasivo diferente.

IV.- LOS DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES EN PARTICULAR

4.1. La publicidad engañosa (art. 287-apdo. 1).

4.1.1. Introducción: concordancias y antecedentes

La vigente legislación penal española no contiene una figura delictiva relativa a la denominada publicidad engañosa. Ello contrasta con las legislaciones de otros países, en las cuales se contemplan delitos destinados a castigar las formas más graves de esta clase de publicidad. Así sucede, por ejemplo, en Francia (art. 44 de la llamada “Ley Royer” de 1973), en Portugal (art. 40 del Decreto Ley núm. 28/84, sobre infracciones contra la economía nacional) o en Alemania (art. 4 de la Ley contra la competencia desleal). También en Italia existen normas penales que pueden servir para reprimir determinadas modalidades de publicidad engañosa, si bien el Derecho italiano presenta ciertas peculiaridades (35).

(35) En Derecho italiano existe un delito de publicidad engañosa en el art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962, núm. 283, pero con la importante salvedad de que esta norma va referida privativamente a “sustancias alimenticias”. La doctrina italiana se inclina por considerar que se trata de un delito pluriofensivo, que tutela tanto la salud pública como el orden económico, (Vid. AZZALI, G.: **Osservazioni in tema di frodi alimentari**, en el libro **Problemi in tema di frodi alimentari** (P. Nuvolone, ed.), Milano 1971, p. 45), concretado este último en la corrección y veracidad del lenguaje publicitario (BRICOLA, F.: **Tipologia delle frodi**, *ibidem*, pp. 81 y s.) o en el correcto proceso de formación de la voluntad del consumidor a la hora de decidir la adquisición de un determinado producto (VENTURATI, P.: **Pubbli-**

El panorama comparatista y el estado de opinión de la doctrina científica extranjera (36) han influido en nuestro país. En los recientes proyectos de redacción de un nuevo Código penal en España se ha previsto la creación de un delito de publicidad engañosa, que ha encontrado, asimismo, una acogida favorable en nuestra doctrina (37).

Del mismo modo que acontecía en el PLOCP (art. 342) y en la PANCP (art. 279) el Proyecto de Código penal español de 1992 contiene, en su art. 287-1, un delito en el que se sancionan determinadas modalidades de publicidad engañosa.

Este precepto propone una redacción que ofrece variaciones con respecto a la configuración proyectada en el PLOCP y en la PANCP (38). En efecto, el apartado 1 del art. 287 establece que “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos, de modo que

cità ingannevole e concorso di norme in tema di frodi alimentari, *ibidem*, p. 302). Al lado de esta norma **general** sobre publicidad engañosa, el Derecho italiano contempla diferentes normas específicas estructuralmente análogas a aquélla, entre las que cumple destacar el art. 27 del D.P.R. de 12 de febrero de 1965 (núm. 162), sobre mostos, vinos y aceites, y el art. 51-1 del R.D. de 15 de octubre de 1925 (núm. 2033), referido a fraudes en la preparación y en el comercio de sustancias de uso agrario y de productos agrarios. Por último, el Código penal italiano tipifica, dentro de los delitos contra la economía pública, dos conductas en los arts. 516 y 517 que complementan esta línea de protección del consumidor desde la estricta perspectiva del orden económico, pero situando el injusto en el momento de la puesta en venta o introducción en el comercio de los productos o mercancías (vid. *infra* 4.2.1.).

(38) El art. 279 de la PANCP de 1983 recogía la misma formulación que había adoptado el art. 342 del PLOCP de 1980 con ligeras modificaciones, y en su párrafo 1 definía el delito la publicidad engañosa del modo siguiente: “El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses”.

puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos" (39).

A continuación, señalaré las novedades que presenta el texto de 1992 con relación a los proyectos españoles anteriores (40).

4.1.2. Conducta típica

4.1.2.1. La acción

Por una parte, la acción se puede realizar en la actividad publicitaria en sentido estricto ("publicidad"), pero tam-

(39) La novedad sistemática que ofrece el Proyecto de 1992 con relación a la PANCP consiste en haber renunciado a mantener una sección independiente destinada al delito de publicidad engañosa, de acuerdo con la decisión general de prescindir de subdivisiones en el seno del capítulo XII. Por lo demás, obsérvese que la figura prevista en el apartado 1 del art. 287 representa ahora el **único** delito publicitario que se incluye en el capítulo XII, puesto que la conducta contemplada en el art. 280 de la PANCP, que se recogía como "delito publicitario" al lado de la publicidad engañosa, desaparece en el Proyecto de 1992 de la esfera de los delitos socio-económicos. A mi juicio, esta desaparición es acertada, dado que en el citado art. 280 de la PANCP se describía un comportamiento cuyo injusto resultaba totalmente ajeno al fenómeno de la publicidad engañosa. Vid. MARTINEZ PEREZ, C.: **Delitos publicitarios (Comentario al art. 280)**, en **Documentación Jurídica**, Monográfico sobre la PANCP, números 37/40, 1983, volumen 2, pp. 768 y ss. ; vid. también, en este sentido, LAMPE, E.-J.: **La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983**, en **La reforma penal: delitos socio-económicos**, (ed. de M. Barbero Santos), Madrid 1985, p. 385. En el citado artículo se recogía, en realidad, un delito contra el derecho a la propia imagen, que en el Proyecto de 1992 (art. 201) pasa a incardinarse dentro del título IX ("Delitos contra la intimidad y el domicilio"). Pese a todo, creo que -como señalé en este último trabajo- la criminalización de semejante comportamiento resulta muy cuestionable desde el prisma del principio de intervención mínima (En este sentido, asimismo, MORALES PRATS, F: Ponencia presentada en las **Jornadas sobre la reforma del Código penal**, 14, 15 y 16 de mayo. Valencia 1992).

(40) Un examen más detenido de tales novedades puede verse en MARTINEZ PEREZ, C.: **El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código penal español de 1992**, Comunicación presentada en las **Jornadas en Honor al prof. K. Tiedemann**, Universidad Autónoma de

bién se puede llevar a cabo, además, en las “ofertas” de los productos o servicios, vocablo que se añade ahora en el Proyecto de 1992. Por otra parte, hay que mencionar la inclusión de la expresión “manifestaran características inciertas” al lado de las “alegaciones falsas”.

En lo que concierne a la primera de las innovaciones señaladas, parece que la inclusión de la palabra “**ofertas**” como disyuntiva de “publicidad” debe responder a la idea de ensanchar explícitamente el tipo de la publicidad engañosa, con el fin de abarcar hipótesis que no se desarrollarían en rigor en la “actividad publicitaria” en sentido estricto. Me refiero a los supuestos de afirmaciones falsas que se consiguen ya en los productos ofrecidos inmediatamente en el mercado con el objeto de informar sobre las características de los mismos, información que en materia de etiquetado se halla sometida a reglamentación (41).

Con todo, la inclusión de este nuevo vocablo resulta, en realidad, superflua a la vista de la amplia noción de publicidad que acoge la nueva Ley General de Publicidad de 1988 en su art. 2, la cual permite, sin duda, englobar las informaciones apuntadas como auténticas comunicaciones publicitarias (42).

Madrid, 14-17 de octubre de 1992. El contenido de esta comunicación, pero referido ya al **Proyecto** de 1992, se halla en prensa en el núm. 14 de las **Actas de Derecho Industrial**. Con todo, he de hacer constar que, con relación a dicha comunicación, en las páginas que siguen -pese a la concisión perseguida- se matizan algunas cuestiones o incluso se desarrollan otras, a la vista de la reflexión global impuesta por las características del presente trabajo y en función de la nueva bibliografía aparecida.

(41) Sobre ello, vid. TAMARIT SUMALLA, J.: **La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales**, en **Cuadernos de Política Criminal**, número 41, 1990, pp. 341 y ss.

(42) Por ello no puede compartirse la opinión de TAMARIT (**Op. cit.**, p. 342), consistente en entender que dichas informaciones no constituirían “actividad publicitaria”, a efectos del art. 279 de la PANCP, ni por supuesto, consecuentemente, tampoco puede aceptarse la diferenciación valorativa que **de lege ferenda** preconiza (vid. p. 343) entre ambas conductas. Frente a la opinión de este autor (de considerar “la menor dañosidad social de estas

Ahora bien, en aras de la deseable claridad que debe exigirse al precepto penal en esta materia, quizá pueda entenderse justificada la alusión expresa a estas conductas, sobre todo si se tiene en cuenta que en el Proyecto de 1992 desaparece la figura referente a la regulación de mercados que existía en el art. 286 de la PANCP (43). De este modo, buen número de comportamientos que podrían subsumirse en este precepto pueden ser incluidos ahora en el amplio delito del art. 287-1. De hecho, parece que efectivamente la voluntad de los autores del Proyecto de 1992 ha sido reconducir a una amplia figura de publicidad engañosa los comportamientos de fraudes de mercancías merecedores de sanción penal y crear *ex novo* la específica figura del apdo. 2, circunscrita a manipulaciones en aparatos automáticos.

Con ello se opta explícitamente, en lo que se refiere a este aspecto, por una figura de publicidad engañosa similar a la de otras legislaciones extranjeras, como, por ejemplo, la alemana (44), la italiana (45) o la francesa (46), lo cual posee la ven-

conductas, lo cual aconseja mantener esta materia en el ámbito del Derecho administrativo") hay que matizar que tal diferencia valorativa no sólo no existe, sino que incluso cabría sostener precisamente lo contrario: concurriría en todo caso un desvalor mayor en la citada clase de informaciones, desde el momento en que en ellas hay ya una oferta directa de contratación.

(43) Vid. *infra* con más detenimiento el comentario sobre la desaparición de la conducta definida en el art. 286 de la PANCP y su sustitución por la nueva figura del apdo. 2 del art. 287.

(44) El artículo 4 de la UWG abarca también los supuestos en los que la publicidad se contiene en la propia mercancía ofrecida al público. Vid. BAUMBACH/HEFERMEHL: *Wettbewerbsrecht*, 15. Aufl., München 1988, p. 1403.

(45) En Italia el art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962 (núm. 283) unifica expresamente en el delito de publicidad engañosa de sustancias alimenticias ambas conductas y tipifica la acción de "ofrecer en venta", al lado de la conducta de realizar alegaciones publicitarias.

(46) El art. 44 de la Ley "Royer" de 27 de diciembre de 1973 comienza la definición del delito refiriéndose a "toda publicidad, cualquiera que sea su forma...". La jurisprudencia y la doctrina francesas dominantes entienden que la expresión "toda publicidad" ha de ser interpretada en sentido amplio, como comprensiva también de aquellos casos en los que la alegación publicitaria se incorpora en la propia etiqueta del producto o en cualquier otro

taja de someter el comportamiento de ofrecer productos en el mercado falseando las características de los mismos a los requisitos establecidos para la publicidad engañosa. Como veremos posteriormente con mayor detenimiento, ello permite eliminar de la órbita típica las conductas que, conforme al principio de irrelevancia, no merecen la consideración de infracción penal.

Con respecto a la segunda de las dos innovaciones, procede efectuar, a su vez, dos precisiones. En primer término, la inclusión de la expresión “manifestaran características inciertas” puede ser explicada como lógico complemento de la primera, o sea, como expresión que aparece vinculada al nuevo vocablo “ofertas”; desde esta perspectiva, resultaría congruente con el entendimiento del prelegislador de 1992 de diferenciar este comportamiento del consistente en hacer “alegaciones falsas” en la “publicidad” (en sentido estricto). Pero, al propio tiempo, la incorporación de dicha expresión, que indudablemente engloba todo tipo de comunicación (no sólo textos orales o escritos, sino también las comunicaciones gráficas, los sonidos, etc.), obliga a interpretar de un modo amplio la palabra “alegaciones”, si se quiere respetar una mínima coherencia intrasistémica del precepto contenido en el art. 287-1. De esta suerte, se despejarían las dudas interpretativas que ha suscitado el vocablo “alegaciones” en las legislaciones extranjeras y en el art. 286 de la PANCP (47), y se resolverían en el sentido preferible, avalado, además, por el contenido del art. 2 de la nueva Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 y por las observaciones de la doctrina industrialista (48).

documento comercial, a pesar de que en tales supuestos se trate de una oferta directa de contratación. Vid. sobre ello, DELMAS-MARTY: **Droit pénal des affaires**, cit., p. 446. Como señala este autor, a la vista del precepto citado el delito puede cometerse a través de cualquier procedimiento que tenga como finalidad el atraer la atención de la clientela, por más que la Directiva comunitaria de 10 de septiembre de 1984 distinga entre la presentación publicitaria de un producto y la información que se incorpora en el etiquetado.

(47) Vid. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones**, cit., pp. 71 y ss.

(48) Vid. MARTINEZ PEREZ: **La Ley general de publicidad y el futuro delito publicitario**, cit., pp. 86 y ss.

4.1.2.2. El resultado

En lo que atañe al resultado del delito, es novedad la desaparición de la exigencia de que las alegaciones sean “capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor”. En su lugar, el Proyecto de 1992 requiere ahora que “puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado”.

En mi opinión, la renuncia a la aptitud para inducir a error es acertada, aunque el tema sea opinable. En atención a los argumentos que expuse al comentar el precepto de la PANCP (49), creo que resulta preferible eliminar semejante requisito en la descripción del injusto de la publicidad engañosa. Un requisito éste que podría resultar perturbador en esta figura, sobre todo por remitir a concepciones subjetivas de los consumidores, cuya exactitud -como declaran los autores del Proyecto Alternativo alemán- (50) sólo podría ser constatada con el auxilio de medios de sondeos de opinión.

Ahora bien, según se ha indicado, el texto que propone el Proyecto de 1992 no se limita a exigir la mera realización de “alegaciones falsas” o manifestación de “características inciertas”, puesto que la integración del tipo depende de la verificación de un resultado (de peligro hipotético), consistente en que la acción pueda perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado. (50 bis)

(49) Vid. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones en torno a la creación**, cit., pp. 77 y ss. De otra opinión, con argumentos a mi juicio no compartibles: MANZANARES SAMANIEGO, J.L., **La tipificación del delito publicitario en el Derecho español**, en **Poder Judicial**, número especial IX, p. 273. Críticamente, sobre esta última: MARTINEZ PEREZ: **La Ley general de publicidad**, cit., pp. 90 y ss.

(50) Cfr. **Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches**, p. 41. En este sentido, vid., asimismo, TIEDEMANN: **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität**, 2, cit., p. 35.

(50 bis) Que este requisito típico permita calificar la infracción como verdadero delito de peligro concreto o, simplemente como un delito de peli-

La exigencia de un resultado así configurado, como factor selectivo de tipificación, es una opción político-criminal legítima, que, a mi juicio, resulta preferible al criterio plasmado en el art. 279 de la PANCP. Con todo, creo que dicha opción no está exenta de objeciones y sigo pensando que podría ser suficiente con la formulación de un genuino tipo de peligro abstracto, aunque el tema merece, desde luego, una consideración detenida. En efecto, una adecuada concepción de la acción típica en este delito -acorde con la interpretación propugnada por la doctrina industrialista- puede ser una solución más idónea desde el punto de vista de la necesaria taxatividad de la conducta en este delito. La realización de alegaciones o comunicaciones falsas sería el núcleo del injusto. Y el respeto al principio de intervención mínima y el mayor desvalor de la infracción penal frente a la puramente administrativa debería buscarse en otros criterios, sobre todo en la concreción del objeto material. De este modo, sería la propia especificación del objeto material la que, con claridad y certeza, nos indicaría cuándo la alegación publicitaria falsa reviste gravedad suficiente para merecer la consideración de delito, con lo cual el legislador nos ofrecería unas pautas para averiguar con precisión en qué casos podría existir un “perjuicio notorio para el consumidor”.

En suma, el hecho de que las alegaciones falsas recayesen sobre determinados y relevantes aspectos de los productos o servicios anunciados bastaría para constituir el injusto, al conferir a la conducta prohibida la precisión exigible a un tipo de peligro abstracto y servir a la protección de un bien jurídico claramente delimitado, sin necesidad de exigir una concreción del peligro, definida por una cláusula tan vaga como la de la verificación de la posibilidad de un “perjuicio notorio”

bro abstracto (hipotético) es una compleja cuestión, cuyos presupuestos se hallan sometidos a intenso debate en la moderna doctrina penal. Vid. LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho Penal*, Valencia 1992, pasim, especialmente, pp. 61 y ss.

para los consumidores o los demás concurrentes en el mercado (51).

Repárese en que el precepto no nos aclara a qué clase de perjuicio se refiere el tipo. Ciertamente que tal perjuicio se califica de “notorio” (52), en un (deseable) afán por conseguir restringir el tipo a hipótesis que revistan gravedad. No obstante, ello tiene el inconveniente de que se trasladaría a la jurisprudencia la difícil tarea de completar la integración del tipo delictivo, tarea que incumbe al legislador.

(51) Obsérvese, en efecto, que el art. 287-1 no explicita en qué ha de consistir el “perjuicio” necesario para la realización del tipo. De este modo, el injusto sigue adoleciendo de falta de taxatividad y, en realidad, con la introducción de este elemento, por sí solo, no se logra la conveniente restricción de conductas de publicidad engañosa que merezcan ser elevadas a la categoría de delito. Lo único que está fuera de toda duda es que se pretenden dejar fuera del Derecho penal las acciones de escasa importancia. Pero recuérdese que el art. 5 de la L.G.P. describe un amplio catálogo de indicaciones para determinar si una publicidad es engañosa. Indudablemente, la exigencia de un resultado de peligro puede ser un factor relevante en la construcción de la figura penal. Pero, en ese caso, resultaría imprescindible una mayor concreción del mismo, en la línea prevista por otros Ordenamientos, como el italiano, e indicada, por ejemplo, en nuestra doctrina por TORIO, quien propone limitar el delito publicitario “a la publicidad engañosa ulteriormente atentatoria para los primordiales intereses difusos a la salud, a la exclusión de riesgos adicionales en materia de alimentación, cosmética o medicamentos”, señalando, además, que “es más problemática la proyección del tipo en la línea de los intereses patrimoniales”. Vid. TORIO LOPEZ: **Reflexión sobre la protección penal de los consumidores**, cit., p. 120.

(52) El adverbio “notoriamente” no resulta, en cualquier caso, gramaticalmente adecuado para concretar el alcance del perjuicio, como se destaca en el **Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del C.G.P.J.**, cit., p. 245. Según el Diccionario de la R.A.E. (21 ed., Madrid 1992) el adjetivo “notorio” significa “público y sabido por todos”, “claro, evidente”. Y estas cualidades deben acompañar siempre a todo perjuicio para fundamentar un hecho delictivo, sea leve, grave o gravísimo. Por ello, en el caso de que, en el futuro, el legislador optase por mantener este requisito típico debería emplear otro adverbio que exprese con corrección la idea que pretende, como, por ejemplo, “notablemente” (vocablo apuntado por el Informe del C.G.P.J.) o “gravemente”.

En cualquier caso, en fin, la opción de incluir en el tipo un resultado de peligro debería ir acompañada de una mayor especificación del mismo y, paralelamente, no debería comportar por otra parte -como se verá posteriormente- la renuncia a la necesaria especificación del objeto material.

Por lo demás, obsérvese que el Proyecto de 1992 incluye, al lado del perjuicio para los consumidores, la posibilidad **alternativa** de que el tipo se integre con la presencia de un perjuicio para otros concurrentes en el mercado, los competidores. Sin duda, esta inclusión obedece a la nueva noción de publicidad engañosa contenida en el art. 4 de la LGP, el cual, a diferencia de lo que sucedía en el derogado art. 8 del Estatuto de la Publicidad, introduce la referencia al perjuicio para el competidor, siguiendo el art. 2 de la Directiva de la CEE (53). Ahora bien, como ya puse de relieve en un trabajo anterior (54), no considero conveniente añadir como elemento del tipo de injusto tal previsión, aunque sea de modo alternativo. Y ello porque -dicho de modo sintético- en el moderno Derecho de la publicidad la finalidad primordial en materia de publicidad engañosa es proteger a los consumidores, interés jurídico que, desde luego, prevalece sobre el interés individual del competidor (55).

(53) Por consiguiente, la referencia al perjuicio para "los demás concurrentes en el mercado" no implica que el texto del Proyecto de 1992 sea capaz de acoger los supuestos de "publicidad desleal", la cual se define en el art. 6 de la L.G.P. y no comporta conceptualmente la realización de alegaciones falsas o manifestaciones características inciertas (Vid., sin embargo, GONZALEZ RUS, J.J.: **Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992**, Comunicación presentada en las **Jornadas en honor al prof. K. Tiedemann**, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, p. 15).

(54) Vid. MARTINEZ PEREZ: **La Ley general de publicidad y el futuro delito publicitario**, cit., pp. 85 y ss.

(55) Esa finalidad primaria se pone de relieve claramente en la Directiva 84/450, del Consejo de la CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Vid. al respecto, GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A.: **La armonización del régi-**

4.1.2.3. El objeto material

El Proyecto de 1992 se limita a indicar que la realización de alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas de los fabricantes o comerciantes deben recaer sobre sus “productos o servicios”. De esta manera, se opta por suprimir toda referencia a las características de los productos o servicios anunciados, en contraposición a lo que se preveía en la PANCP, en cuyo art. 279 se aludía a la “naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales” de los productos o servicios, enumeración inspirada en el párrafo 2 del art. 8 del derogado Estatuto de la Publicidad. A mi entender esta supresión es desacertada. Precisamente, la doctrina destacó la conveniencia de restringir el tipo penal desde esta perspectiva, definiendo un “ambito nuclear” que recoja alegaciones falsas especialmente peligrosas para el bien jurídico. En este sentido, la propia doctrina alemana (56) subrayó sin ambages la mayor concreción y taxatividad del precepto español de la PANCP con relación al art. 4 de la UWG alemana, el cual contiene una indeterminada cláusula general (“relaciones comerciales”).

A mi juicio, la caracterización del **objeto material** representa un criterio de tipificación imprescindible en esta figura para seleccionar las conductas penalmente sancionables. De este modo, el injusto de la publicidad engañosa logra-

men jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE, en **Revista de Instituciones Europeas**, 1988, número 15, pp. 461 y s. En esta línea de pensamiento, los autores del **Borrador (español) de anteproyecto de Ley general de publicidad** justificaban su parecer contrario a que dicha referencia figurase en la noción de publicidad engañosa en atención a dos razones: “porque la incidencia de esta modalidad publicitaria sobre la conducta de los competidores es un efecto siempre inherente a la publicidad falaz y, en segundo término, porque la lesión potencial de los intereses de los competidores del anunciante es, en rigor, un factor ajeno a la publicidad engañosa”. Cfr. FERNANDEZ-NOVOA/GOMEZ SEGADE/LEMA/BOTANA/AREAN: **Borrador de Anteproyecto de Ley general de publicidad**, Santiago de Compostela 1984, p. 62.

(56) Vid. LAMPE: **La protección**, cit., pp. 380 y s.

ría una mayor taxatividad, de acuerdo con la importancia de las características específicas del objeto concreto sobre el que recae la publicidad.

Ahora bien, en esta línea de pensamiento, el legislador español debería meditar cuidadosamente cuáles son, en concreto, los términos de tipificación que debe escoger para describir de forma detallada (y con enumeración taxativa) el objeto material, puesto que obviamente no todas las características de los productos anunciados pueden tener la misma trascendencia a efectos de la publicidad.

Como es sabido, partiendo del texto de la PANCP, la doctrina científica ha sugerido diversas propuestas, incluso con diferentes enfoques político-criminales de la cuestión, basadas en las distintas opciones existentes en el panorama comparatista (57). Y, con respecto a ello, merece ser tenida en cuenta la reflexiva y fundada propuesta efectuada por LAMPE (58) quien, pese a estar de acuerdo, en general, con la línea político-criminal adoptada por la PANCP, argumentó que la órbita típica resultaba excesivamente restringida y que, en concreto, debería abarcar, además, otros dos aspectos: aquellas alegaciones falsas que recaigan sobre el **origen** (59) de los productos o servicios anunciados y aquellas que afecten a la **fijación de los precios** (60).

(57) Sobre todo en la legislación alemana (en el art. 4 de la vigente UWG, así como en el art. 177 del Proyecto Alternativo) y en la francesa (art. 44 de la "Ley Royer").

(58) Vid. LAMPE: **Op. cit.**, pp. 382 y ss.

(59) Esta circunstancia se contenía ya en el art. 342 del PLOCP y también se incluye en el párrafo 2 del art. 177 del P. A. alemán. En nuestra doctrina, personalmente apunté en su día la conveniencia de incorporar tal aspecto a la descripción del objeto material. Cfr. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones**, cit., p. 85.

(60) Esta circunstancia fue ya expresamente defendida por los autores del P. A. alemán como uno de los factores básicos en la caracterización del objeto material. Vid. **Alternativ-Entwurf**, cit., p. 41. Para una extensa fundamentación, vid. LAMPE: **Op cit.**, p. 383.

A mi entender, la especificación del objeto material en la línea que se acaba de apuntar debiera ser el modelo de tipificación para el legislador español, y sobre él habría que centrar las ulteriores discusiones en torno al alcance concreto del mismo. Por tanto, prescindir de dicha especificación, como hace el Proyecto de 1992, resulta insatisfactorio.

Por lo demás, la necesidad de proceder a una pormenorizada descripción de las circunstancias de los productos o servicios sobre los que recaen las alegaciones falsas (así como también la propia selección de las circunstancias) tiene que fundamentarse en una correcta configuración del **bien jurídico** sobre el que ha de construirse la figura de la publicidad engañosa. El bien tutelado se articula sobre la base del principio de veracidad publicitaria y se concreta en la libertad de disposición económica del que demanda una mercancía o un servicio (61), o sea, el derecho que en las relaciones del mercado tienen los consumidores de decidirse con entera libertad en la adquisición o rechazo de un producto o servicio (62).

En síntesis, tal bien jurídico debe constituir el presupuesto de la tipificación del injusto de la publicidad engañosa. En torno a esta configuración habría que pergeñar las características típicas de concreción, en la línea trazada (aunque fuese también imperfectamente) por la PANCP y aconsejada por la legislación comparada, sobre todo la diseñada en el Proyecto alternativo alemán (63).

(61) Como ya indicaron los autores del P. A. alemán. Vid. **Alternativ-Entwurf**, cit., p. 39.

(62) Cfr. LAMPE: **Op. cit.**, p. 384. como aclara, acertadamente este autor, el correcto ejercicio de esa libertad proporcionará la necesaria "racionalidad económica" en el mercado, sin la cual no es posible garantizar la libre competencia.

(63) Vid. sobre esto, especialmente, la tesis de LAMPE (**Op. cit.**, p. 384) quien apunta como criterios de tipificación el de la "utilidad individual" de los productos ofrecidos y el de la "posibilidad de calcular un precio razonable por parte del consumidor normal".

4.1.2.4. El sujeto activo

El Proyecto de 1992 presenta, por último, la peculiaridad de convertir el delito de publicidad engañosa en un delito especial propio, puesto que el círculo de sujetos activos aparece ahora limitado a los “fabricantes o comerciantes”.

Semejante peculiaridad típica, que no figuraba en los proyectos anteriores ni se contempla tampoco en otras legislaciones europeas (64), debería ser eliminada del precepto. Ante todo, por carecer de justificación en el delito de publicidad falaz, dado que, en lo que concierne a los sujetos, el injusto de este delito no se fundamenta en la infracción de un específico deber extrapenal que corresponda a una esfera determinada de personas (65). Por otra parte, la restricción del ámbito de los sujetos incidiría con seguridad en la eficacia del precepto, planteando más problemas para su aplicación práctica.

4.1.3. Culpabilidad

En el Proyecto de 1992 se suprime el adverbio “intencionadamente”, que figuraba tanto en el PLOCP como en la PANCP.

(64) En Francia, Italia, Portugal y Alemania (también el Proyecto alternativo) los delitos se construyen como tipos comunes. Cabe resaltar que incluso en Alemania, en donde el delito de publicidad engañosa se ubica en la Ley contra la competencia desleal, el sujeto activo puede ser cualquier persona, ni siquiera tiene que tratarse de un “competidor”, dado que el art. 4 (a diferencia de la cláusula general del art. 3, que consagra el principio de veracidad publicitaria) no incluye entre sus elementos típicos la exigencia de “actuar con un fin competitivo”. Cfr. BAUMBACH/HEFERMEHL: **Wettbewerbsrecht**, cit., p. 1407. Es más, el párrafo 2 del art. 4 de la U.W.G. contiene una específica norma de extensión de la autoría por la que se castiga al “titular o administrador de la empresa” siempre que el hecho ejecutado por el “empleado o delegado” de la misma fuese “conocida” por aquéllos y se hubiese llevado a cabo en el “tráfico comercial”.

(65) La L.G.P. define, con enorme amplitud, en su art. 2 la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional...”.

Tal decisión debe ser compartida porque, una de dos, o bien el vocablo era superfluo o bien lo que se pretendía con él era limitar la esfera del precepto a los comportamientos imputables a título de **dolo directo**. En cualquiera de los dos casos la decisión correcta era la de prescindir del mencionado adverbio.

En efecto, al comentar el correspondiente precepto de la PANCP defendí la suficiencia del dolo eventual (66), compartiendo los argumentos esgrimidos por los autores del Proyecto Alternativo alemán (67), al entender -frente a la normativa vigente en la UWG- que la restricción de esta figura delictiva a las conductas realizadas con dolo directo no se hallaba justificada.

Aquellos argumentos siguen ostentando plena vigencia y son perfectamente trasladables al delito contenido en el art. 287-1 del Proyecto de 1992. Desde la perspectiva material, el injusto de la publicidad engañosa no se sitúa principalmente en la decisión del autor ni en su manera de actuar; de otro lado, desde un punto de vista procesal, la restricción del delito de publicidad engañosa únicamente a los actos ejecutados a título de dolo directo incidiría negativamente en la ya de por sí problemática eficacia del precepto, toda vez que se incrementarían las dificultades para obtener la prueba demostrativa de tal grado de intencionalidad.

En síntesis, al eliminar el vocablo “intencionadamente” de la descripción típica del delito del párrafo 1 del art. 287, no hay obstáculo dogmático para admitir la posibilidad de que el tipo de la publicidad falaz sea cometido también con dolo eventual. Desde ese (a mi juicio, satisfactorio) punto de vista, resulta claro que la mención de cualquier vocablo alusivo al

(66) Vid. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones**, cit., pp. 86 y s. De la misma opinión en nuestra doctrina es TAMARIT SUMALLA: **Op. cit.**, pp. 343 y s.

(67) Vid. **Alternativ-Entwurf**, cit., p. 41. En el mismo sentido, vid. LAMPE: **Op. cit.**, p. 380.

dolo carece de sentido en un nuevo Código penal que abandonará el criterio del *numerus apertus* en la incriminación de la imprudencia y consagrará el sistema de la tipificación específica a título excepcional (68).

4.1.4. Penalidad y otras consecuencias jurídicas

En lo tocante a la **penalidad**, es novedad del Proyecto de 1992 haber elevado el límite mínimo de la pena de multa (seis meses frente a tres de la PANCP) y haber previsto, alternativamente, la posibilidad (desconocida en los Proyectos anteriores) de imponer una pena privativa de libertad de seis meses a un año.

La elevación de la multa y la previsión de la pena privativa de libertad deben ser acogidas favorablemente, dada la "importancia" (69) del delito de publicidad engañosa. Precisamente, la benignidad de la sanción había sido denunciada por la doctrina, en consonancia con las penas que se asignan en la legislación comparada (70). Y, en este sentido, merece ser valorada especialmente la inclusión de la pena privativa de libertad, aunque sea de forma alternativa a la multa, habida cuenta de las recomendaciones de la doctrina científica para esta clase de delitos económicos (71).

En lo que concierne a la medida consistente en la **publicación de la sentencia**, hay que reseñar que, a diferencia de lo que se establecía en la PANCP (72), el art. 287-1 del

(68) El art. 11 del Proyecto de 1992 señala: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

(69) De "importante" califica LAMPE el delito de publicidad engañosa. Cfr. **Op. cit.**, p. 378.

(70) Vid. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones**, cit., pp. 88 y ss. y bibliografía que se cita. En cualquier caso, hay que hacer notar que la penalidad que propone el art. 287 continúa siendo más benigna que la que se prevé en las legislaciones extranjeras.

(71) Vid. por todos: FERNANDEZ ALBOR/MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**, Santiago de Compostela 1983, pp. 74 y ss.

Proyecto de 1992 carece de una regulación específica para el delito de publicidad engañosa. No obstante, ello obedece a la generalización de dicha medida, que pasa a ser incluida en el artículo 290 y que extiende su esfera de aplicación a todas las figuras delictivas incardinadas en el capítulo XII (73)

4.1.5. La referencia al concurso de delitos

El art. 287-1 finaliza su redacción con una referencia al concurso de delitos, que no se incluía en los textos de los Proyectos anteriores. La descripción del tipo de la publicidad engañosa se completa ahora, por tanto, con un inciso que señala que las penas para esta infracción se impondrán “sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

Este inciso viene a confirmar explícitamente la construcción del delito de publicidad engañosa como una figura delictiva característica contra los consumidores, integrada entre los genuinos delitos contra el orden socio-económico. La relación que existe entre el delito de publicidad engañosa y las infracciones patrimoniales (delito de estafa) o las infracciones contra la salud ha de regirse por las reglas del **concurso de delitos** (74).

(72) El párrafo tercero del art. 279 de la PANCP, con una redacción sustancialmente coincidente con el correspondiente precepto del PLOCP, establecía: “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, decretará la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, y asimismo podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo”.

(73) El art. 290 preceptúa: “En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado”.

(74) La S.T.S. de 19 de junio de 1991 (R.J.A. 4756) condenó por un delito de estafa en un supuesto en el que la maniobra engañosa característica de la defraudación se inició por medio de una publicidad falaz. En la sentencia se reconoce esta posibilidad como única calificación jurídica viable de

4.1.6. La supresión del tipo cualificado

La norma contenida en el art. 287-1 elimina el tipo cualificado que se configuraba en el párrafo segundo del art. 279 de la PANCP, con relación al tipo básico que se definía en el párrafo primero. Esta cualificación permitía imponer la pena en su mitad superior “cuando se tratase de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad o destinados al consumo infantil”.

A mi juicio, haciendo abstracción de los términos concretos que se utilizaban para describir la agravación, el tipo cualificado debería haberse mantenido, en atención a las razones que expuse en su día (75).

4.2. Facturar cantidades superiores mediante aparatos automáticos (art. 287-apdo. 2).

4.2.1. Introducción: concordancias y antecedentes

En la legislación penal vigente no se contempla una figura semejante a la que se define en el apartado 2 del art. 287. Por otra parte, se trata, asimismo, de una novedad con relación a los proyectos españoles anteriores, puesto que, si bien es cierto que pueden descubrirse antecedentes en los preceptos contenidos en el art. 348 del PLOCP y 286 de la PANCP, la conducta típica se define ahora en el Proyecto de 1992 de forma sustancialmente diferente.

Tampoco en el panorama comparatista puede encontrarse -por lo que alcanzo a ver- un precepto con idéntica estructura típica. Eso sí, en otras legislaciones europeas exis-

acuerdo con el Derecho vigente, pero aludiendo *de lege ferenda* al encaje del supuesto enjuiciado en el tipo del delito publicitario de los proyectos de reforma del Código penal. No se explicita en la sentencia qué clase de relación concursal habría que establecer entre ambos preceptos. A mi juicio, se trataría de una clara hipótesis de concurso de delitos.

(75) Vid. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones**, cit., pp. 92 y s.

ten en los textos punitivos básicos normas muy parecidas a las que se tipificaban en los preceptos (prácticamente coincidentes) del PLOCP y de la PANCP. Así, en Suiza el Código penal contempla unas figuras delictivas de falsificación de mercancías muy similares a los aludidos preceptos de los proyectos españoles (76). En Portugal el Decreto Ley sobre infracciones contra la economía nacional también regula unas conductas afines (77). En Italia el Código penal contiene, asimismo, unas normas penales básicamente concidentes (78),

(76) Arts. 153 a 155. El art. 153 tipifica la imitación, falsificación o disminución del valor de un producto con el fin de engañar en el mercado o en el tráfico económico. El art. 154 sanciona el introducir en el tráfico económico productos imitados, falsificados o de valor inferior como auténticos, no alterados o de pleno valor. El art. 155 castiga el importar y almacenar dichas mercancías.

(77) Arts. 23, 24, 25 y 35 del Decreto Ley portugués n. 28/1984. El art. 23 (fraude sobre mercancías) castiga a "quien, con intención de engañar a otro en las relaciones comerciales, fabrique, transforme, importe, exporte, tenga en depósito o en exposición para la venta, venda o ponga en circulación de cualquier modo mercancías: a) defectuosas, falsificadas o depreciadas, haciéndolas pasar por auténticas, no alteradas o intactas; b) de naturaleza diferente o de calidad y cantidad inferiores a las que afirmen poseer o aparentar"... El art. 24 contiene un delito contra la genuinidad, calidad o composición de géneros y aditivos alimenticios no considerados susceptibles de crear peligro para la vida, la salud o la integridad física. El art. 25 reproduce el art. anterior, pero destinado a "animales". Finalmente, en el art. 35 se describe el delito de "especulación", que, entre otras conductas, incluye la de "vender bienes que, por unidad, deben tener un peso o medida determinados, cuando tales bienes sean de valor inferior al mencionado, o aquellos otros que, contenidos en embalajes o recipientes, fuesen de cantidad inferior a la mencionada en ellos".

(78) Incluidas en el capítulo II ("delitos contra la industria y el comercio") del título VIII ("delitos contra la economía pública, la industria y el comercio"). Fundamentalmente hay que citar aquí: el art. 515 (entregar al adquirente, en el ejercicio de una actividad comercial, una cosa mueble por otra, o una cosa mueble diversa de la declarada o pactada por su origen, procedencia, calidad o cantidad), el art. 516 (poner en venta o introducir en el comercio una sustancia alimenticia como si fuera genuina) y el art. 517 (poner en venta productos industriales con signos idóneos para inducir a engaño al comprador sobre el origen, procedencia o calidad del producto); art. 514 (precepto parecido al anterior, pero causando deterioro a la industria nacional).

sin perjuicio de determinadas disposiciones contenidas en una asistemática y dispersa legislación penal especial (79). Diferente es la solución del Derecho alemán, en el cual esta clase de infracciones no se regula con carácter general en el Código penal, sino en un amplio catálogo de leyes especiales que incluye normas penales y contravencionales (80), solución que respetaba explícita y razonadamente el Proyecto alternativo alemán (81) y en la que se orienta, asimismo, el Derecho francés (82). Si comparamos estas normas de Ordenamientos europeos con el art. 286 de la PANCP, podremos comprobar la gran afinidad que, en líneas generales, existe entre los mismos. En efecto, en el mencionado precepto se castigaba a “los comerciantes que ofrecieren en el mercado productos cuya sustancia, calidad o cantidad sea de valor inferior a la señalada para el público o a la legalmente obligada, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”. Las penas se imponían en su mitad superior “cuando se

(79) En el marco de la legislación especial cabe resaltar aquí, además del ya citado delito de publicidad engañosa recogido en el art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962, núm. 283, la existencia de otras disposiciones parecidas, (algunas ya mencionadas) que tipifican fraudes

(80) Fundamentalmente: Ley de productos alimenticios y de objetos de consumo de 15-VIII-1974 y Ley del vino, aparte de un amplísimo catálogo de leyes en materia alimentos y salud pública y de descuentos y sobreprecios que puede encontrarse, por ejemplo, en MÜLLER-GUGENBERGER: **Wirtschaftsstrafrecht**, cit., pp. 973 y ss. y pp. 913 y ss., respectivamente.

(81) Cfr. **Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches**, cit., p. 41. Tras reconocer las relaciones del art. 177 con otros tipos penales referentes a la falsificación de mercancías, los autores del Proyecto alternativo argumentan con claridad que “no les parece conveniente deshacer la estrecha conexión” existente en el Derecho vigente entre los tipos penales y la legislación económica extrapenal que le sirve de base y, por tanto, no optan por “proponer -por ejemplo, según el modelo del Derecho penal suizo- una cláusula en blanco que se incluya en el Código penal”.

(82) En Francia, además de la citada Ley “Royer”, hay que destacar la Ley de 1-VIII-1905 (modificada el 23-I-1978) sobre fraudes y falsificaciones en materia de productos y servicios y la Ordenanza de 1-XII-1986, reguladora de las infracciones en materia de precios. Sobre ellas, vid. DELMAS-MARTY: **Droit pénal des affaires**, cit., pp. 484 y ss.

trate de productos envasados o etiquetados que no cumplieren las condiciones expuestas en el envase o etiqueta”.

Aunque la creación de semejante conducta delictiva fue acogida favorablemente por algunos comentaristas (83), los términos de la concreta descripción típica fueron criticados por otros. Así, MUÑOZ CONDE, en referencia al art. 348 del PLOCP, censuró que la figura se construyese sobre la oferta de un “valor inferior”; expresión que este autor consideraba equívoca (84). Y, por su parte, TORIO puso de relieve, ante todo, la falta de taxatividad de la conducta, o sea, su indeterminación, que llevaría a incluir en el tipo acciones de mínima importancia (85).

4.2.2. La supresión del art. 286 de la PANCP y la innovación del Proyecto de 1992

Quizás en la asunción de estas últimas objeciones doctrinales resida la explicación de la profunda transformación

(83) En este sentido, vid. HORMAZABAL MALAREE: en **Documentación Jurídica**, cit., p. 803.

(84) MUÑOZ CONDE, F.: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal**, en **C.P.Cr.**, 1982, núm. 16, p. 127. Encontraba este autor la razón de dicha equivocidad en el idea de que “en una economía en la que juega el principio del beneficio el valor de costo es normalmente inferior al valor de venta, que es fijado por el comerciante en función de diferentes variables y, en última instancia, de la libertad de iniciativa que le reconoce el sistema de la economía de mercado. Sólo cuando la diferencia entre uno y otro sea excesiva o haya mediado fraude podrá admitirse la intervención de los preceptos civiles protectores del comprador y los del Derecho penal relativos a la estafa ...¿Qué sentido tiene entonces el art. 348 en una economía de mercado?”. **alimentos**. Vid. un catálogo de leyes especiales en ANTOLISEI, F.: **Manuale di Diritto penale. Parte Speciale- II**, 10 ed. a cura di L. Conti, Milano 1991, pp.34 y s.

(85) TORIO LOPEZ: **Op. cit.**, pp. 118 y s. Así -ejemplificaba este autor- desviaciones de escasa significación entre valor real -determinable pericialmente- y valor nominal del producto que tiene que satisfacer el consumidor.

operada en la redacción del precepto por parte de los redactores del Proyecto de 1992. Ahora, la figura del art. 287-2 parece perseguir como fin primordial el lograr la mayor concreción y taxatividad posibles. A este efecto, se procede a restringir la esfera típica, no sólo en el terreno de la acción, sino también en el del objeto material: el precepto únicamente se aplica a aquellos productos o servicios “cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos”; además, debe concurrir “la alteración o manipulación de éstos”.

Por consiguiente, hay que destacar que, a diferencia del antecedente normativo de los proyectos anteriores, la órbita típica queda recortada, exclusivamente, en atención al parámetro estrictamente económico del valor nominal y, dentro de él, sólo en tanto en cuanto se mida por aparatos automáticos. Las acciones perjudiciales que versen sobre la sustancia o la calidad quedan al margen del nuevo precepto.

Y, en coherencia con la remozada estructura típica de la figura, se modifica el verbo núcleo del tipo (“facturar” en lugar de “ofrecer en el mercado”) y se suprime el tipo cualificado que se preveía en los proyectos anteriores para el caso de productos envasados o etiquetados.

Ahora bien, en modo alguno se puede desconocer que en el Proyecto de 1992 la sustancial modificación del delito del apartado 2 del art. 287 va acompañada de la reforma del apartado 1. De este modo, como ya se puso de relieve en páginas anteriores (86), se opta por reconducir el núcleo de las conductas que podían subsumirse en el art. 286 de la PANCP a un amplio delito de publicidad engañosa, con lo cual no puede sostenerse que el Proyecto de 1992 ha procedido a des-criminalizar estas infracciones de consumo. No es esto, evidentemente, lo que pretenden los autores del Proyecto, sino que, al vincular la tipicidad de las mismas a la figura de la publicidad con alegaciones falsas o manifestaciones inciertas,

(86) Vid. *supra* epígrafe 4.1.2.1.

se intenta ofrecer una solución satisfactoria desde la perspectiva de la necesaria taxatividad, imprescindible para una norma penal. Esta solución unificadora, en la línea de otras legislaciones europeas, no debe suscitar en sí misma reparos y, en abstracto, puede ser enjuiciada positivamente. Cuestión diferente, naturalmente, es valorar los criterios de tipificación utilizados para definir ese amplio delito de publicidad engañosa, los cuales -como ya indiqué más arriba- no me parecen plenamente adecuados tampoco desde la perspectiva de las conductas que ahora se examinan.

En resumidas cuentas, a la hora de valorar la propuesta del Proyecto 92 desde la óptica de la taxatividad en este concreto terreno de los fraudes comerciales a los consumidores, hay que diferenciar un doble plano: el referente al específico tipo que se ha redactado *ex novo* en el apartado 2 y la solución de reformular el delito de publicidad engañosa.

Como expondré en el epígrafe siguiente, la nueva conducta pergeñada en el apartado 2 se encuentra redactada en términos inequívocos que aseguran la determinación y claridad del tipo legal. No ocurre lo mismo con la figura del apartado 1, la cual acota el ámbito del tipo a través de la exigencia de que las ofertas “puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado”.

Es más, de acuerdo con lo que se señaló al comentar este requisito en el apartado 1, no parece que se haya modificado sustancialmente el injusto de los fraudes o falsificaciones de consumo con relación a la regulación de la PANCP. Es cierto que ahora se excluye explícitamente la tipicidad de aquellas acciones insignificantes (que no sean susceptibles de ocasionar un “perjuicio notorio”); pero el prelegislador de 1992 no ofrece pautas para determinar, en concreto, cuándo concurre la posibilidad de que sobrevenga semejante perjuicio.

A mi juicio, muy poco se aclara con respecto al art. 286 de la PANCP, porque con este precepto había que enten-

der igualmente que las acciones de escasa significación en materia de consumo quedaban ya al margen de la órbita típica, en atención al principio de irrelevancia y a una adecuada consideración teleológica de la norma, entendimiento que, por lo demás, es común a otros delitos (v. gr., cohecho, prevaricación, falsedades, etc.) y que debe ser resuelta con arreglo a criterios análogos a los que se emplean en la interpretación de los tipos correspondientes (87).

Por otra parte, pienso que las críticas dirigidas por la doctrina española al contenido del art. 286 de la PANCP son susceptibles de matización y de aclaración. Y, en este sentido, habría que tener en cuenta, ante todo, que la expresión “valor inferior” no aludía a la diferencia entre el valor de costo y el valor de venta, sino -lo que es muy distinto- a la divergencia entre el **valor real** de los productos efectivamente ofertados en el mercado (que fraudulentamente poseen un valor inferior) y el **valor señalado para el público** o el **valor legalmente obligado**; además, conviene resaltar que no se trataba de una mera discrepancia atinente al valor “nominal”, puesto que, en realidad, lo que se tipificaba era la conducta de ofrecer en los productos **menor sustancia, calidad o cantidad que la que se declaraba** (88).

Así concebido el precepto de la PANCP, no se distanciaba en gran medida de la amplia norma definida ahora en el art. 287-1, ni resultaba -en mi opinión- especialmente criticable. Ciertamente, hay que convenir en la necesidad de desten-

(87) Vid. sobre ello, TORIO LOPEZ, A.: **Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito**, en **Estudios de Derecho penal y Criminología**, (Homenaje al Prof. R. Devesa), Madrid 1989, pp. 387 y ss.

(88) La confusión en la interpretación del art. 286 de la PANCP viene propiciada, evidentemente, por la errónea construcción gramatical de la frase que se examina (“productos cuya sustancia, calidad o cantidad sea de valor inferior **a la señalada** para el público...”). ¿Con qué palabra concuerda la expresión subrayada? Obviamente, tal expresión tiene que ir, por fuerza, referida al vocablo “valor”. Por tanto, lo correcto hubiera sido decir “...valor inferior **al** (valor) **señalado**...”.

rrar de la esfera típica las acciones de mínima importancia. Sin embargo, convendría aclarar qué es lo que hay que entender aquí por acciones de “mínima importancia”. No se olvide que se trata de un genuino delito socio-económico, protector de un auténtico interés difuso, cuya tutela no puede, por ende, articularse en este aspecto de acuerdo con los criterios que informan la protección del patrimonio individual. En suma, la insignificancia o la mínima importancia de la acción no habrán de ser valoradas desde la óptica del perjuicio para el patrimonio individual, que en la mayoría de los casos será ciertamente escaso o de difícil ponderación, sino desde el punto de vista de la vulneración del orden del mercado (89).

El núcleo del injusto se situaría, pues, del mismo modo que en la genuina publicidad falaz, en una discrepancia esencial entre las cualidades sustanciales que se declaran (o las legalmente obligadas) y las realmente existentes en los productos que se ofrecen en el mercado (como se evidenciaba en la circunstancia de que la pena se agravase en el caso de productos etiquetados o envasados) (90). Esta es la razón por la que me parece conveniente la tipificación penal de esta clase de conductas: sea englobando dicho injusto en una amplia figura de publicidad engañosa, como en el apartado 1 del art. 287 del Proyecto de 1992, sea en una figura independiente, como proponía la PANCP. Eso sí, exigencia común en ambos

(89) Conviene subrayar que el art. 286 de la PANCP no podía configurarse como un delito de peligro para el patrimonio, que castigase actos meramente preparatorios del delito de estafa. (En este sentido, cfr. TORIO: **Op. cit.**, p. 118. De otra opinión, sin embargo, HORMAZABAL: **Op. cit.**, p. 803). Como razonaba TORIO, la tesis de adelantar las barreras de protección del patrimonio frente a acciones engañosas podría vulnerar el principio de impunidad general de los actos preparatorios. Criminalizar simples actos preparatorios de estafa supondría una discordancia valorativa con otros delitos: ¿por qué castigar tales actos preparatorios y no los del homicidio? (p. 118).

(90) De este modo, el precepto se aproxima al art. 516 del Código penal italiano, dirigido a garantizar “el honesto desarrollo de la actividad comercial” (ANTOLISEI: **Manuale**, cit., p. 183), con la salvedad, obviamente, de que este precepto circunscribe su objeto material a las “sustancias alimenticias”.

casos será acotar debidamente la materia de prohibición. De ahí que si se opta por la segunda solución habría que restringir el tipo en la línea fijada por el Derecho portugués o, con matices, el italiano.

4.2.3. El tipo del art. 287-2

Efectuadas las anteriores puntualizaciones acerca de la supresión del art. 286 de la PANCP, estamos en condiciones de examinar la nueva tipicidad creada en el Proyecto de 1992, comentando los elementos de la misma.

Tal y como se indicó en el epígrafe anterior, el tipo aparece perfectamente delimitado (91) sobre la base de dos aspectos esenciales: el objeto material y la especial modalidad acción.

En cuanto al objeto material, la figura experimenta una notable restricción desde el momento en que los “productos o servicios” quedan circunscritos por el dato de que su costo o precio ha de medirse necesariamente por “aparatos automáticos”. En punto a la acción, ha de concurrir inexcusablemente una “alteración o manipulación de éstos”.

Desde luego, vaya por delante que tal alteración o manipulación de los aparatos automáticos incrementa el desvalor de acción y provoca, correlativamente, una mayor indefensión del consumidor. Aparte de mayor taxatividad, ello confiere, sin duda, lesividad a la infracción.

En este sentido, también el otro verbo núcleo del tipo supone una modificación con respecto a los proyectos anterior-

(91) De este modo, el tipo que se examina puede eludir la objeción formulada por LAMPE sobre la necesidad de que en los delitos contra el mercado y los consumidores exista una normativa extrapenal precisa que establezca qué “productos deben suministrarse al mercado, en qué condiciones y cuál haya de ser la calidad mínima” de los mismos (Cfr. LAMPE: **Op. cit.**, p. 389).

res. Antes se utilizaba la expresión “ofrecer en el mercado” y ahora se emplea el verbo “facturar”. Ambos verbos no son exactamente sinónimos. Facturar significa “extender facturas” y, en consecuencia, el tipo está exigiendo para su integración algo más que el simple ofrecimiento en el mercado. A mi juicio, esta ulterior progresión o proyección típica en la línea de intereses patrimoniales no parece acertada. Un característico delito de consumo como éste debería anticipar la línea de punibilidad al momento del mero ofrecimiento, y máxime cuando ya se requiere una previa actuación falsaria de manipulación o alteración, portadora de un significativo desvalor de acción.

La razón de ser de este precepto no se encuentra en el peligro para el patrimonio individual. No puede ser concebido como un acto preparatorio o como una tentativa de estafa, sino como un genuino delito de consumo, verdadero delito socio-económico (92). Semejante configuración del delito como injusto discrepante del modelo económico aparece reforzada en la redacción actual del Proyecto de 1992 con la inclusión de un especial elemento subjetivo del injusto (“en perjuicio del consumidor”), aunque sería preferible usar una expresión menos equívoca (“con ánimo de perjudicar al consumidor”, por ejemplo) (93).

La consecuencia de esta construcción será admitir, como ya indiqué, la presencia de un concurso entre este precepto y el delito (en su caso, la falta) de estafa, en el supuesto de que se pudiese acreditar la afección al patrimonio individual de un determinado consumidor (94).

(92) Así, vid. TORIO: **Reflexión**, cit., p. 118, con relación al precepto de la PANCP. Y, en lo que atañe a la norma del Proyecto de 1992, vid. GONZALEZ RUS: **Aproximación**, cit., p. 16.

(93) En este sentido GOMEZ BENITEZ, J.M.: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal**, en ADPCP, 1980, p. 469, quien critica, acertadamente, la primera expresión por no dejar claro si exige un *animus*, un resultado lesivo o un peligro.

(94) La utilización del verbo “facturar” implicaría en términos generales -a mi juicio- la realización de un principio de ejecución de estafa, que

Por lo demás, técnicamente el tipo se presenta como un delito compuesto de varios actos: alterar o manipular los aparatos automáticos, primero, y facturar, después. La consumación del hecho delictivo presupone la efectiva facturación y con la mera alteración o manipulación existiría tentativa.

En cuanto al sujeto activo, es novedad la presencia de un sujeto indiferenciado. En la PANCP el precepto reducía el círculo de sujetos a los “comerciantes”. La doctrina (95) había solicitado una mayor claridad al respecto, preconizando la extensión de la esfera de sujetos a los “fabricantes” de los productos, en cuya inclusión estaban pensando, desde luego, los autores de la Propuesta, habida cuenta de la previsión de un tipo cualificado para el supuesto de que se tratase de productos envasados o etiquetados. En todo caso, a mi juicio, la previsión de un delito común debe juzgarse acertada, y máxime a la vista de la nueva estructura típica del precepto. Sea como fuere, no hay razón alguna para efectuar una limitación en materia de sujetos activos, exigiendo una determinada cualidad que (restrictivamente interpretada) pueda incidir de manera negativa en la aplicación del precepto. Del mismo modo que, en general, sucede en los restantes delitos contra los consumidores y la competencia, el injusto no se apoya aquí en una especial cualidad del sujeto activo; lo decisivo es, simplemente, que la conducta se desarrolle en el tráfico mercantil y pueda vulnerar los intereses de los consumidores o los del libre mercado.

El tipo se castiga con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses, lo que supone una penalidad de mayor gravedad que la establecida para el tipo de la publicidad engañosa definido en el párrafo 1 del precepto, en el cual las penas de privación de libertad y de multa se contemplan de forma alternativa.

llegaría a la consumación si, a consecuencia de esta conducta, se produjese un acto de disposición causante, a su vez, del perjuicio patrimonial.

(95) Cfr. HORMAZABAL: **Op. cit.**, p. 804.

Merece ser destacada la circunstancia de que los autores del Proyecto de 1992 han realizado aquí una modificación con respecto al Anteproyecto, toda vez que en éste el tipo que analizamos se castigaba con “las mismas penas” que se prevenían en el párrafo 1. Esta decisión de establecer una diferencia en la penalidad entre las dos figuras incluidas en el art. 287 ha de considerarse acertada, en atención a la mayor gravedad del hecho descrito en el párrafo 2. A su vez, ha de reputarse asimismo más adecuada que la penalidad fijada en el precepto de la PANCP (art. 286), antecedente de la norma en comentario. Con relación a la PANCP, la pena privativa de libertad posee un límite máximo inferior (un año frente a dos) (96), lo que resulta más proporcionado a la entidad del injusto; por otra parte, la pena de multa eleva su marco (seis a dieciocho meses, frente a la multa de tres a seis meses de la Propuesta), el cual guarda ahora un mayor equilibrio con el marco de la privativa de libertad.

4.3.- Detraer materias primas o productos de primera necesidad (art. 286).

4.3.1. Introducción: Concordancias y antecedentes

No existe en el Código penal vigente un precepto como éste. Representa por tanto una novedad, que, no obstante, ya se recogía en los proyectos españoles anteriores y que encuentra figuras prácticamente coincidentes en otros Ordenamientos jurídicos, como el italiano (97) o el portugués (98).

(96) Calificaba TORIO (**Reflexiones**, cit., p. 118) la pena privativa de libertad de la PANCP de “indudablemente severa”. Y, a mi juicio, tal calificación sería aplicable también a la reformada norma del Proyecto de 1992.

(97) En el art. 501 bis del Código penal italiano se contiene el delito de “maniobras especulativas con mercancías”. Introducido en 1976, este precepto define la conducta típica en sus dos primeros párrafos. El párrafo 1 establece: “Fuera de los casos previstos en el art. precedente, el que, en el ejercicio de cualquier actividad productiva o comercial, realiza maniobras especulativas u oculta, acapara o acopia materia prima, productos alimenticios

El PLOCP español de 1980 conocía ya una figura de estas características, aunque su estructura típica difería en ciertos aspectos de la redacción actual (99). El art. 286 del Proyecto de 1992 reproduce exactamente el contenido del art. 285 de la PANCP con la única novedad de añadir en la descripción del elemento subjetivo del injusto la expresión “o de perjudicar en cualquier otra forma a los consumidores”.

Aparte de la cuestión de su naturaleza jurídica, esta figura delictiva plantea diversos problemas de configuración típica que deben ser comentados.

4.3.2. Naturaleza jurídica

A mi juicio, en el art. 286 del Proyecto de 1992 se define un genuino delito contra los consumidores en el sentido

de consumo generalizado o de primera necesidad, en forma adecuada para producir la escasez o el encarecimiento en el mercado interno, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años y multa de uno a cincuenta millones de liras”. El párrafo 2 señala que “la misma pena será aplicada al que, ante fenómenos de escasez o aumento de precios en el mercado interno de las mercancías indicadas en la primera parte del presente artículo, y en el ejercicio de las mismas actividades, las sustrae de su utilización o consumo en cantidad relevante”.

(98) En el Decreto-Ley portugués sobre infracciones contra la Economía nacional de 1984 se contempla un casuístico y exhaustivo repertorio de conductas penales destinadas a sancionar este tipo de comportamientos. El art. básico es el 28 (“acaparamiento”), puesto que tipifica una amplia gama de acciones (incluyendo también las imprudentes) cometidas “en situación de notoria escasez o con perjuicio del normal abastecimiento del mercado con relación a bienes esenciales o de primera necesidad o a materias primas utilizables en la producción”. El art. 29 define el “acaparamiento del adquirente”. El art. 30 contiene un delito de desobediencia “a la requisita de bienes efectuada por el Gobierno”. El art. 31 sanciona la “destrucción de bienes y materias primas o la aplicación de los mismos a fines diferentes”.

(99) Art. 347 del PLOCP: “El que detrajere injustificadamente del mercado materias primas o productos de primera necesidad será castigado, cuando origine intencionadamente una situación de desabastecimiento en un sector de aquél, con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de seis a veinticuatro meses”. No se incluía el tipo cualificado.

apuntado más arriba, aunque pueda entenderse que al propio tiempo se tutela también la libertad de competencia.

Precisamente, la modificación introducida en el Proyecto de 1992 refuerza esta orientación del tipo, concebido como una infracción del interés general de los consumidores en el orden del mercado. La adición de la expresión citada en la descripción del elemento subjetivo del injusto, no sólo explicita la presencia de un perjuicio para los consumidores, sino que además indica también que, para el prelegislador, los *animi* anteriores (intención de desabastecer un sector del mercado o de forzar una alteración de precios) constituyen también “formas de perjudicar a los consumidores”.

Tal caracterización es tenida en cuenta, asimismo, en la propia ordenación interna de los tipos en el seno del capítulo XII. En efecto, pese a que en este capítulo no se establece la subdivisión en secciones, los autores del Proyecto operan implícitamente con las distinciones aludidas al principio de este trabajo: propiedad industrial, competencia desleal, infracciones de consumidores y libertad de competencia. Y obsérvese que la figura que ahora se analiza no se sitúa al lado de los característicos delitos contra la libertad de competencia (arts. 288 y 289), sino que se antepone a las genuinas infracciones contra los consumidores del art. 287.

Los proyectos anteriores sí aceptaban explícitamente esa caracterización al ubicar esta figura en la sección atinente a “otros delitos relativos a la regulación de mercados”, que indudablemente comprendía auténticos delitos contra los consumidores (100), al margen de la sección concerniente a la libertad de competencia en sentido riguroso, “la alteración de precios y las prácticas restrictivas de la competencia”. Y la doctrina científica reconoció ya, por su parte, esta incuestiona-

(100) En el PLOCP esta sección englobaba, al lado del delito de detraer productos del mercado, el ya comentado delito de ofrecer en el mercado productos de valor inferior al declarado y el delito de imponer cláusulas abusivas en la contratación. Idéntica s

ble proyección sobre los consumidores al estudiar los correspondientes preceptos de los aludidos proyectos. En este sentido, paladinamente escribía HORMAZABAL que “estas conductas (scil. las definidas en los arts. 285 y 286 de la PANCP), aun cuando se encuentran bajo un epígrafe referido a los mercados, lo cierto es que inequívocamente están destinadas a la protección de los consumidores”, y, justamente en atención a ello, sugería la conveniencia (sugerencia atendida por los autores del Proyecto de 1992) de introducir en el elemento subjetivo la aludida referencia al perjuicio para los consumidores (101).

En suma, pienso que, a la vista de lo expuesto -y en especial ante la nueva redacción del precepto-, con la tipificación del art. 286 del Proyecto de 1992 se protegen en primera línea los intereses de los consumidores (102), sin perjuicio de que se tutele también la propia libertad del mercado, del mismo modo que con otras genuinas infracciones de consumo se protege de forma refleja también la leal competencia. Bien jurídico prevalentemente protegido sería, por tanto, el interés de los consumidores en el normal abastecimiento del mercado de materia primas o productos de primera necesidad (103).

(101) HORMAZABAL: **Op. cit.**, p. 803, quien añadía, con respecto a los arts. 285 y 286, que “es de desear que directamente se incluyan bajo un epígrafe de protección de los consumidores con lo que ganarían en claridad”. Vid., asimismo, GONZALEZ RUS: **Los intereses**, cit., p. 384, con relación a los arts. 347 y 348 del PLOCP, que -en su opinión- “pueden afectar igualmente a la protección de los consumidores”.

(102) Sin embargo, GONZALEZ RUS al referirse precisamente a este artículo del Proyecto de 1992 estima que se dirige de forma directa a la “protección de la competencia en el mercado” (**Aproximación**, cit., p. 14). ección se contenía en la PANCP, con la salvedad de que en el articulado se optaba -como en el Proyecto de 1992- por suprimir el último de los delitos enumerados. Evidentemente, lo anterior es compatible con la decisión de estos Proyectos de situar el llamado “delito publicitario” en una sección independiente.

(103) Vid. en referencia al Derecho portugués, COSTA ANDRADE, M. da: **A nova Lei dos crimes contra a economia á luz do conceito de “bem jurídico”**, p. 100, en el libro **Direito penal económico**, de E. Correia y otros, Coimbra 1985.

De todos modos, hay que recordar una vez más que (al igual que acontece con otras figuras del capítulo) la inclusión de este delito en la categoría de las infracciones contra los consumidores, de acuerdo con el criterio del bien jurídico primariamente protegido, no supone negar la existencia de diversos intereses jurídicos que se relacionan y entrecruzan, circunstancia que, sin duda, ha sido tomada en cuenta a la hora de la criminalización de las diversas figuras. Y esta conexión se refuerza -según se dijo- en el caso de los delitos contra la libertad de competencia y los delitos contra los consumidores, en los cuales no es posible fijar una tajante y exacta línea de demarcación.

4.3.3. El tipo del art. 286

La figura del art. 286 se construye como un tipo de resultado cortado. Consta de una acción típica (“detracer del mercado materias primas o productos de primera necesidad”) y de un elemento subjetivo del injusto (“intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios o de perjudicar en cualquier otra forma a los consumidores”) que comporta la intención del autor -al tiempo de ejecutar la conducta- de conseguir unos resultados que no tienen por qué llegar a producirse realmente.

El Proyecto de 1992 sigue en este aspecto la pauta marcada por la PANCP, que modificó la estructura típica fijada en el PLOCP. En el art. 347 de este último se exigía la efectiva causación de una “situación de desabastecimiento”, como resultado material separable espacio-temporalmente de la conducta.

La renuncia a exigir un resultado material lesivo me parece acertada, toda vez que la tutela de un interés difuso, como el que aquí se salvaguarda, obliga al legislador a anticipar la línea de punibilidad. Sin embargo, la solución que en concreto se ha acogido no se halla libre de objeciones, puesto

que uno de los postulados básicos para la tipificación de los delitos económicos reside en tratar de simplificar la prueba, a cuyo efecto resulta necesario abandonar, en la medida de lo posible, la técnica del recurso a los elementos subjetivos del tipo. Y la presencia del delito que se examina presupone demostrar que el autor actuó con la referida intención. Ello puede provocar dificultades para la aplicación práctica del precepto como ha sucedido en Italia o en Francia con figuras parecidas en el ámbito de los precios y los monopolios (104).

En particular, creo que sería preferible adoptar la estructura del art. 501 bis del Código penal italiano, convirtiendo el citado elemento subjetivo del injusto en un requisito objetivo, configurado como un resultado hipotético de peligro. En este sentido, el tipo exigiría la idoneidad de la conducta para producir el desabastecimiento, la alteración de precios o cualquier otro perjuicio (que podría adjetivarse de “notable”, como en el art. 287) para los consumidores. Por otra parte, una concreción del peligro así delimitada permitiría excluir del tipo aquellas acciones de escasa importancia, en las que, a pesar de concurrir la apuntada intención de perjudicar a los consumidores, no llegase a verificarse su adecuación objetiva para conseguir tal objetivo.

En lo tocante al objeto material, el art. 286 mantiene la descripción de sus predecesores y alude a “materias primas” y a “productos de primera necesidad”. Creo que este objeto material podría ser ampliado en la línea propuesta por el legislador italiano, incluyendo en él la mención de “productos alimenticios de consumo generalizado”, puesto que estos últimos no tienen por qué identificarse inevitablemente con los productos de primera necesidad (105) y su incorporación al delito

(104) Cfr. TIEDEMANN, K.: **Consideración crítica de la propuesta del Anteproyecto de nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el Derecho comparado**, en *Revista del Iltr. Colegio de abogados del señorío de Vizcaya*, 1984, núm. 21, p. 56

(105) Vid. con relación al Derecho italiano ANTOLISEI: *Manuale*, cit., p. 166.

parece conveniente. Por lo demás, y sin perjuicio de lo anterior, el injusto en comentario presupone, como exigencia de taxatividad, una regulación precisa de la normativa económica extrapenal que le sirve de base, dado que -como dice LAMPE- no puede dejarse al arbitrio del juez el decidir cuáles son los productos o servicios de primera necesidad que deben suministrarse en el mercado y en qué condiciones. Es una tarea que corresponde al legislador con la eventual cooperación de las asociaciones económicas e industriales (106).

En el párrafo 2 del precepto se contiene un tipo cualificado que ya se contemplaba en la PANCP (no, en cambio, en el PLOCP) y cuya previsión debe considerarse correcta, a la vista de las específicas situaciones que se citan: “de grave necesidad o catastróficas”. Sin embargo, lo que ya no me parece tan certero es la novedad del Proyecto de 1992 de imponer la “pena superior en grado”, en lugar de prever la pena “en su mitad superior”, como hacía la PANCP. Repárese en que el marco penal del tipo básico posee ya la suficiente elasticidad para adecuarse a la diferente gravedad de las conductas que pueden ejecutarse y, desde luego, permite alcanzar unas penas realmente intimidantes (prisión de 5 años y multa de veinticuatro meses), que resultan proporcionadas a la entidad de las acciones cualificadas.

En otro orden de cosas, merece ser comentada la opinión de un sector doctrinal que ha propugnado la restricción del delito del art. 286. Se estima que sólo debería castigarse penalmente la conducta realizada en las circunstancias del tipo cualificado (grave necesidad o catastróficas), sobre la base de entender que en las situaciones de normalidad “el funcionamiento de la economía de mercado se encuentra suficiente-

(106) LAMPE: **Op. cit.**, p. 389.

(107) Así, PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**, cit., p. 294. En idéntico sentido, GONZALEZ RUS: **Aproximación**, cit., p. 14 (“pues de otra forma se corre el riesgo de considerar delictivos procedimientos habituales de control de la oferta en el mercado”).

mente protegido por la represión de las prácticas restrictivas de la competencia" (107).

Sin perjuicio del examen del delito de prácticas restrictivas de la competencia del art. 289, creo que semejante limitación de la esfera típica no está justificada. Quizá este último delito ofrezca cobertura suficiente para la tutela de la libertad de la competencia. Sin embargo, -según señalé- no es éste el bien jurídico primariamente protegido en el art. 286, cuya *ratio* reside, primordialmente, en la salvaguarda de los intereses de los consumidores; y, desde esta perspectiva no hay razón para circunscribir la aplicación del tipo a los supuestos excepcionales, sobre todo si éste se concreta en la forma que indiqué anteriormente.

V.- LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE COMPETENCIA

5.1. Alteración de precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 288).

5.1.1. Introducción

En el art. 288 del Proyecto de 1992 se recoge una figura prácticamente idéntica a la contenida en el art. 540 del C. p. vigente. Asimismo, esta figura se contemplaba con una redacción parecida en el PLOCP (art. 344) y en la PANCP (art. 282).

En consecuencia, por tratarse de un delito suficientemente estudiado ya por nuestra doctrina, a continuación me limitaré a examinar las diferencias que presenta la redacción del precepto del Proyecto de 1992 con respecto al Derecho actualmente en vigor.

5.1.2. Ubicación sistemática

Siguiendo la línea trazada por el PLOCP y la PANCP, el delito de alteración de precios se incluye en un capítulo destinado a la regulación del mercado, la competencia y los consumidores, lo cual se adecua plenamente a la naturaleza supraindividual del orden económico del bien jurídico y permite evidenciar el parentesco de la figura con otras que se reconocen en dicho capítulo. Vinculación más íntima, por supuesto, con la figura del art. 289 (108); pero también puede hablarse de una estrecha conexión con todas las demás, puesto que en todo caso la concreta política económica de precios que se protege aquí representa un interés básico para el sistema de libre mercado, repercutiendo también indudablemente en sus protagonistas, los competidores y consumidores (109).

5.1.3. El tipo de injusto. Especial referencia a la utilización de información privilegiada

En el objeto material se mantiene la amplia configuración actual, con la única salvedad de añadir ahora el término “servicios”.

La acción también se define de modo muy parecido al del vigente art. 540. No obstante, hay una diferencia significativa: por una parte, se elimina la cláusula general (“usando de

(108) Y ello porque, en concreto, se tutela el sistema de libre competencia como determinante del mecanismo de fijación de precios. Vid. al respecto BOIX REIG, J.: **Derecho penal. Parte especial**, 3. ed., Valencia 1990, pp. 972 y 966. Por lo demás, obsérvese que, pese a la inexistencia de secciones dentro del capítulo XII, los autores del Proyecto de 1992 han situado de forma contigua los delitos de alteración de precios y de prácticas restrictivas, y recuérdese que tanto en el PLOCP como en la PANCP ambos delitos figuraban en la misma sección.

(109) Cfr. BOIX REIG: **Op. cit.**, p. 967.

cualquier otra maquinación”), pero, paralelamente, por otra, se introduce una nueva modalidad específica de acción (“utilizando información privilegiada”).

La novedad es importante desde diversas perspectivas. Aunque -como ha puesto de relieve unánimemente la doctrina- la ineficacia del vigente art. 540 del C.p. responde en gran medida a razones ajenas a una correcta configuración típica, lo cierto es que la restricción de las modalidades de comisión puede contribuir a la inaplicación del precepto frente a conductas merecedoras, sin duda, de sanción penal.

Además, dada la naturaleza y estructura de la norma, es evidente que el elemento nuclear del tipo aparece constituido por una definición de los medios empleados para intentar alterar los precios, que son reveladores de un especial desvalor de acción.

Pues bien, en este sentido resulta acertada la inclusión de la utilización de información privilegiada como modalidad de acción. Inclusión que puede servir para ampliar, indubitadamente, algo más la órbita de aplicación de este precepto y, de este modo, coadyuvar a la represión de conductas de abuso de información privilegiada, señaladamente las maquinaciones desarrolladas en el mercado de valores (“*insider trading*”), en la línea que había venido apuntando la doctrina más autorizada (110). Es cierto que el vigente art. 540 habla del uso de

(110) Vid. especialmente: GONZALEZ CUSSAC, J.L.: **El abuso de información privilegiada**, en C.P.Cr., núm. 37, 1989; RODRIGUEZ MOURULLO: **La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal**, en **Poder Judicial**, núm. especial IX, pp. 242 ss. En estos trabajos se examinaban las figuras delictivas tradicionales que (a falta de un precepto específico) podrían ser utilizadas para reprimir esta clase de comportamientos (falsedad documental, estafa, maquinaciones y revelación de secretos) y, tras poner de relieve sus limitaciones, se ofrecían unas pautas de política legislativa con miras a la tipificación específica de los casos más graves de *insider trading*. No obstante, es de justicia reconocer el paso adelante dado por la L.O. 9/1991, de 22 de marzo, sobre información privilegiada en el mercado de valores, que, además de modificar diversos artí-

“cualquier otra maquinación”. Sin embargo, se imponen dos precisiones. De un lado, este concepto puede no ser apto para englobar comportamientos como el apuntado, desde el momento en que el T.S. ha definido la mencionada expresión como “proyecto, intriga o asechanza oculta, dirigida regularmente a mal fin” (111) y, desde luego, recuérdese que un sector doctrinal ha venido restringiendo notablemente las modalidades de acción en este delito, al incluir solo las conductas violentas o fraudulentas (112). De otro lado, creo que el empleo de cláusulas generales de este tenor no resulta aconsejable desde el punto de vista del principio de taxatividad (113).

Por tales razones, me parece preferible la redacción de las modalidades de comisión acogida en el art. 288, con respecto tanto a la ley vigente como a la que se contemplaba en la PANCP. De esta manera, el mencionado precepto elimina la mayor parte de los obstáculos que presenta el art. 540 del

culos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, dio nueva redacción al art. 368 del Código penal.

Conviene observar, con todo, que la citada L.O. de 1991 optó por castigar **solamente** la infracción consistente en el uso de información privilegiada. Y, además, reformando el aludido art. 368, la configuró como un **específico** delito de los funcionarios públicos o autoridades, con lo que, de un lado, esta figura se construye como un delito **especial**, pero, de otro lado, no sólo se aplica en el ámbito del mercado de valores, sino que también se extiende a todos los supuestos de uso indebido de información privilegiada (información que, si bien indudablemente inspirada en el art. 81 de la Ley de 28 de julio de 1988, se conceptúa en el párrafo 2 del art. 368 en términos de gran amplitud, no circunscritos a la esfera conceptual del mercado de valores). Por lo demás, el tipo que se define en el párrafo 1 exige para la consumación del delito la efectiva obtención de un beneficio económico, como resultado material derivado de la acción de usar información privilegiada.

(111) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 243.

(112) Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: **Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas**, en C.P.Cr., 1981, núm. 14, p. 229; BAJO FERNANDEZ, M.: **Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos**, Madrid 1987, p. 260.

(113) Cfr. LAMPE: *Op. cit.*, p. 387.

C.p. actualmente en vigor para la represión del abuso de información privilegiada (114).

Por lo demás, al prever un sujeto activo indiferenciado, el art. 288 permitirá cubrir -dentro de su ámbito de aplicación- la laguna de punibilidad que presenta el vigente delito de funcionarios del art. 368 del C. p. (precepto que se redacta en los mismos términos en el art. 400 del Proyecto de 1992), referente a la conducta del particular que hiciere uso de la información recibida (115), aunque -eso sí- deberá acreditarse que el sujeto intentó alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, requisito que se mantiene en el Proyecto de 1992.

5.1.4. Penalidad.

Las penas se rebajan sensiblemente con relación al Derecho vigente, lo cual carece de justificación. La actual pena **conjunta** de prisión menor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pts. se sustituye por una pena **alternativa** de prisión (de seis meses a sólo dos años) o multa (de seis a dieciocho meses). Resultaba más apropiado el marco penal establecido en el art. 282 de la PANCP (pena **conjunta** de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses).

La rebaja en la penalidad se hace más palpable si se tiene en cuenta que el Proyecto de 1992 ha optado por suprimir (a mi juicio, también sin fundamento) el tipo cualificado

(114) Vid. GONZALEZ CUSSAC: **Op. cit.**, pp. 147 y s.; RODRIGUEZ MOURULLO: **Op. cit.**, p. 243.

(115) Pese a que siempre quede abierta la posibilidad de castigar al particular como partícipe en el delito especial propio, parece, desde luego, más aconsejable (cfr. MUÑOZ CONDE: **Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada**, Valencia 1991, pp. 32 y s.) tipificar expresamente la conducta consistente en el uso de la información recibida por parte del particular, como hacía el art. 397 de la PANCP (Vid., con todo, las matizaciones al respecto que efectúa RODRIGUEZ MOURULLO: **Op. cit.**, p. 248).

que en la actualidad se recoge en el art. 541 y que obliga en ese caso a imponer las penas en su grado máximo. Este tipo cualificado también se incluía en la PANCP, en su art. 283, el cual preveía asimismo la imposición de la pena del tipo básico en su mitad superior, además de la consecuencia accesorio que se asociaba específicamente a la segunda hipótesis cualificante.

5.1.5. Concurso

El art. 288 contiene en su inciso final un expreso reconocimiento del concurso de delitos, a diferencia de lo que sucede en el vigente art. 540.

En el art. 282 de la PANCP también existía una previsión legal de carácter concursal, aunque se trataba de una disposición diferente, desde el momento en que en ella la vía del concurso quedaba expedita siempre que se tratase de “delitos más graves”. En el Proyecto de 1992 no se refleja tal restricción, ya que simplemente se alude a “la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos”.

Sea como fuere, interesa resaltar ante todo que este genérico reconocimiento del concurso en el precepto del Proyecto de 1992 viene a clarificar una cuestión debatida en la doctrina científica, inclinándose por la solución -en mi opinión- preferible, sobre todo en el seno de la figura que se propone en el art. 288, sancionada -según indiqué- con una penalidad excesivamente benigna. Existirá siempre un concurso (medial) de delitos cuando los medios comisivos empleados sean por sí mismos constitutivos de delito, con independencia de la gravedad de los mismos (116).

En otro orden de cosas, en lo que atañe particularmente a las conductas de uso indebido de información privilegiada, el Proyecto de 1992 plantea el problema de las relaciones con-

(116) Vid. BOIX REIG: **Op. cit.**, p. 973 y s.

cursoales que puedan establecerse entre la norma que ahora se examina y las contenidas en los arts. 305 y 400.

A mi juicio, el inciso final del art. 288 viene a confirmar, en primer lugar, la posibilidad de admitir un concurso de delitos con la figura contenida en el art. 400 (que, como ya señalé, se define en los mismos términos empleados en el art. 368 del C.p. vigente), cuando el autor de la infracción de maquinaciones sea un funcionario o autoridad que, al propio tiempo, ejecute el tipo descrito en el precepto mencionado. Semejante solución concursal resulta obligada a la vista de la clara diferenciación de los bienes jurídicos en los delitos apuntados, puesto que el art. 400 se orienta en la línea de tutelar determinados principios básicos que deben inspirar el ejercicio de la función pública, como son el de imparcialidad y el de corrección y honestidad (117).

En segundo lugar, podrá existir asimismo un concurso de delitos con el nuevo delito "común" de utilización de información privilegiada en el mercado de valores del art. 305 (118), en el supuesto de que se acredite que la conducta del particular dirigida a obtener un resultado o provecho económico, en el sentido del art. 305, suponga también un intento de alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia. Esta posibilidad de aceptar un concurso de delitos

(117) Cfr. MUÑOZ CONDE: **Los nuevos delitos**, cit., p. 28, con relación al art. 368 del C.p. vigente. Vid. además en p. 32 una definición más concreta de dicho bien jurídico.

(118) El art. 305 se incardina, de forma anómala, entre los delitos societarios, puesto que su configuración típica en el Proyecto de 1992 no limita su ejecución al ámbito de las sociedades mercantiles. La ubicación de este delito en el seno del capítulo XV encuentra su explicación en la circunstancia de que en el Anteproyecto (art. 298) se definía como un delito **societario** de información privilegiada. En el Proyecto la norma se generalizó, con lo que se asumió -acertadamente- la crítica efectuada en el **Informe del C.G.P.J.** (pp. 248 y s.) a la deficiente regulación del abuso de información privilegiada que se proponía en el Anteproyecto. En sentido crítico también sobre la configuración del Anteproyecto, MUÑOZ CONDE: **Delincuencia económica**, cit., pp. 11 y s.

viene reconocida ya, *de lege lata*, en el Derecho vigente por el art. 96 de la Ley reguladora del Mercado de Valores, que declara expresamente la admisibilidad de la concurrencia de las responsabilidades **administrativas** previstas en la Ley con la responsabilidad penal por alguna de las figuras comunes contempladas en la legislación actualmente en vigor (como falsedades, revelación de secretos, estafa o maquinaciones), sin que tal concurrencia de responsabilidades comporte una vulneración del principio *ne bis in idem* (119).

5.1.6. Consideraciones político-criminales

Del mismo modo que en el art. 540 del C.p. vigente (120), el delito del art. 288 del Proyecto de 1992 puede permitir la represión por vía penal de las prácticas colusorias y abusivas prohibidas en la nueva Ley de defensa de la competencia de 1989 (LDC). Esta Ley no efectúa remisión alguna al C.p., pero lógicamente tal remisión no es necesaria (como tampoco lo era con la vigencia de la Ley de 1963) para la actuación de la jurisdicción penal.

Todo ello sin perjuicio de la previsión del art. 289 del Proyecto y sin perjuicio de la conveniencia -subrayada por algunos- de que la conducta de maquinaciones aludiese expresamente a la realización de prácticas restrictivas prohibidas por la LDC (121).

(119) Cfr. ARROYO ZAPATERO, L.: **El abuso de información privilegiada en el Derecho español**, Ponencia presentada en las Jornadas celebradas en honor del prof. K. Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, p. 15, quien agrega que "el bien jurídico que protege la infracción de abuso de información privilegiada es bien diferente y autónomo del que se tutela en los mencionados tipos penales" (sobre aquel bien jurídico vid. la definición de este mismo autor en pp. 15 y s.).

(120) Vid. la amplia interpretación de BOIX: **Op. cit.**, p. 977.

(121) Vid. BOIX: **Op. cit.**, 977; BACIGALUPO, E.: **La protección penal de la libre competencia en España y el Proyecto de Código penal español de 1980**, en **Libro Homenaje a Octavio Pérez-Vitoria**, Barcelona 1983, p.29.

5.1.7. La exclusión del delito de alteración de precios en subastas públicas del capítulo XII.

El Proyecto de 1992 no incluye la figura de alteración de precios en subastas públicas (en la actualidad recogida en el art. 539 del C.p.) en el seno del capítulo XII y la sitúa en un capítulo independiente, el VIII, en el art. 265. Ello representa una novedad con relación a los proyectos anteriores, puesto que tanto en el PLOCP como en la PANCP dicha alteración de precios en subastas públicas se incardinaba en el citado capítulo y, en concreto, en la sección referente a “la alteración de precios y las prácticas restrictivas de la competencia”.

Sin duda, en esta decisión del legislador ha influido la convicción de que en realidad esta conducta nada tiene que ver con las prácticas restrictivas de la competencia (122) y que el bien jurídico protegido no es de naturaleza supraindividual, sino que se trata de tutelar el patrimonio individual, como reconoce la doctrina mayoritaria (123). Por estas razones HORMAZABAL (124) solicitó su exclusión del capítulo, subrayando que este comportamiento “nada tiene que ver ni con la propiedad industrial, ni con la competencia ni con los consumidores”, compartiendo la opinión de STAMPA y BACIGALUPO de que se trata de hechos realizados “con ocasión” de una determinada situación comercial y que están más cerca de las amenazas y de las coacciones.

Ahora bien, sentado lo que antecede y sin merma de ello, conviene recordar aquí que el art. 175 del Proyecto alternativo alemán tipifica una conducta muy parecida entre los

(122) Cfr. BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 29.

(123) Vid. por todos, BOIX: *Op. cit.*, p. 966. De otra opinión, BAJO: *Op. cit.*, p. 256.

(124) *Op. cit.*, p. 799. Sin embargo, para GONZALEZ RUS (*Aproximación*, cit., p. 15) el tratamiento separado de la alteración de precios en las subastas en el Proyecto de 1992 “constituye un error que convendría corregir”.

delitos económicos, y, en concreto, dentro del título primero (“delitos contra la competencia y los consumidores”). Hay que reconocer, empero, que esta última conducta contiene la importante particularidad de que exige “un fin competitivo” en la actuación del agente, la cual recae además sobre la persona de un “competidor” (125). A mi juicio, una reformulación del delito español de acuerdo con la orientación del Proyecto Alternativo alemán, confiriéndole una genuina naturaleza económica, resultaría más adecuada y seguramente de mayor utilidad práctica.

5.2. Prácticas restrictivas de la competencia (art. 289)

5.2.1. Introducción: antecedentes y concordancias

El precepto reproduce, con la misma redacción prácticamente, el contenido del correspondiente tipo de la PANCP (art. 284). Las novedades se reducen a sustituir la expresión “prácticas anticompetitivas concertadas” por la de “prácticas prohibidas legalmente” y a introducir una pena de prisión (de seis meses a un año) como alternativa a la pena de multa (de seis a dieciocho meses), que era la única pena que se establecía en el texto de 1983 (con un límite máximo de veinticuatro meses).

Los autores del Proyecto de 1992 han optado por una técnica de tipificación similar a la utilizada en el art. 171 del Proyecto Alternativo alemán -con las salvedades que comentaré después- (126), que se distancia de la seguida en el PLOCP de 1980, en el cual se tipificaban dos conductas específicas

(125) Vid. las razones justificativas de este delito en **Alternativ-Entwurf**, cit., pp. 33 y 35.

(126) Conviene resaltar que con la introducción de este precepto el Proyecto alternativo adopta una posición decididamente criminalizadora en la defensa de la libre competencia económica, a diferencia del vigente Derecho alemán que se contenta con la previsión de infracciones administrativas en la Ley contra las limitaciones de la competencia (GWB). Vid. **Alternativ-Entwurf**, cit., p. 25.

sin exigir resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), ni persistencia en las mismas: prevalerse de la posición de dominio en el mercado para impedir o limitar considerablemente la competencia (art. 346) e imponer cláusulas abusivas en la contratación de productos o servicios prevaleciendo de una posición de dominio en el mercado (art. 349) (127).

5.2.2. El tipo

El precepto que se propone en el Proyecto de 1992 se configura como una especie de delito de **desobediencia** al TDC, con lo que se trasladaría a una norma específica del Código penal la solución del art. 27 de la derogada Ley de 1963, consistente en remitir en tales casos (de desobediencia a las intimaciones del Tribunal) al art. 237 del vigente Código penal. Solución ésta que es la que se mantiene -según doctrina dominante- en el momento actual, a pesar de que la nueva LDC de 1989 no contenga remisión alguna al texto punitivo (128).

La originalidad del Proyecto de 1992 reside en crear *ex novo* un delito de desobediencia “privilegiado” con relación al delito genérico de desobediencia, que en el Proyecto se tipifica en el art. 506, imponiendo **obligatoriamente** la pena de prisión de seis meses a un año.

El injusto tiene como **núcleo** la persistencia en la realización de prácticas prohibidas por parte de aquellos que pre-

(127) En el seno del capítulo II el art. 346 se incluía en la sección tercera (“De la alteración de precios y de las prácticas restrictivas de la competencia”), mientras que el art. 349 quedaba ubicado en la sección cuarta (“De otros delitos relativos a la regulación de mercados”).

(128) Vid. por todos, BOIX REIG: **Op. cit.**, p. 978. De otra opinión, VICENT CHULIA, F.: **Compendio crítico de Derecho Mercantil, tomo I, vol. 2**, 3. ed., Barcelona 1991, pp. 1149 y s. Cuestión diferente, obviamente, es que en la práctica el delito de desobediencia se aplique (y lo digo ya en términos generales) en contadas ocasiones.

viamente han sido intimados por resolución firme del TDC. El injusto se sitúa, pues, materialmente en la simple desobediencia al órgano administrativo. Y, en realidad, puede afirmarse que se está castigando una especie de reincidencia administrativa, o sea, la reiteración de una práctica ontológicamente administrativa, puesto que la intimación se efectúa “para que cesen de realizar prácticas prohibidas legalmente” (por la LDC).

Este sistema de tipificación fue, básicamente, propuesto por la doctrina española, que criticó la regulación del PLOCP (129). Ahora bien, la doctrina, tomando como modelo el art. 171 del Proyecto alternativo alemán, apuntaba además otros criterios complementarios de tipificación y reclamaba una mayor severidad de la pena. Vayamos por partes.

La regulación del Proyecto alternativo contiene la importante particularidad de que no se contenta con la reiteración de una utilización abusiva de la posición dominante o con la simple práctica de determinados contratos prohibidos (tras la previa interdicción de la autoridad administrativa), sino que requiere, como resultado, que tales actos “alteren considerablemente, al menos por imprudencia, y en perjuicio de la comunidad, la producción o la situación del mercado con respecto a la circulación de mercancías o su prestación industrial” (130). La diferencia con la situación española es significativa, como ha puesto de relieve LAMPE (131).

Nos encontramos, por tanto, con divergencias destacables en distintos aspectos. Así, en lo que atañe al **injusto**, la

(129) Vid. BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 30; BERDUGO: *La tutela de la competencia*, cit., p. 420; BOIX: *Op. cit.*, p. 979.

(130) Los autores del Proyecto alternativo alemán subrayan explícitamente que con este requisito el tipo queda reservado para las prácticas contrarias a la libre competencia que revisten mayor gravedad. Cfr. *Alternativ-Entwurf*, cit., p. 25.

(131) LAMPE: *Op. cit.*, pp. 387 y s. Partiendo de la premisa de que el Derecho penal debe intervenir en esta materia, efectúa este autor un examen de las diferencias entre ambos preceptos.

norma española posee una enorme amplitud, al elevar a delito la mera persistencia en la realización de una extensa gama de infracciones extrapenales, sin requerir un *plus* de antijuridicidad (un especial desvalor de resultado). Sin embargo, el art. 289 ofrece como contrapartida a la amplitud de la formulación típica la previsión de una penalidad que, si bien es superior a la que establecía la PANCP, resulta sensiblemente inferior a la que estatuye el Proyecto alternativo, en el cual la pena privativa de libertad puede llegar hasta los tres años.

A mi juicio, la configuración del Proyecto alternativo resulta más adecuada. Permite respetar más escrupulosamente el principio de intervención mínima, al castigar conductas de especial gravedad objetiva, contemplando para ellas un marco penal proporcionado a esa gravedad y realmente intimidante (132). Téngase en cuenta, además, que el Proyecto alternativo, en esa línea de seleccionar los comportamientos de mayor gravedad, tipifica en artículos independientes otras conductas que atentan a la libertad de competencia, como son el boicot (art. 172) o determinadas prácticas discriminatorias y excluyentes (art. 173) (133).

5.2.3. Consideraciones político-criminales

La doctrina española que se ha ocupado del tema coincide, mayoritariamente, con los autores del Proyecto alternativo alemán en la necesidad de reclamar en este terreno una intervención del Derecho penal mayor y más eficaz que la que existe en el momento presente y que la que se proponía en los

(132) Evidentemente, no se puede equiparar, por ejemplo, la práctica restrictiva de la competencia llevada a cabo por una multinacional del sector químico (a la que, por lo demás, muy poco intimidante le resultará la pena de multa) a la práctica restrictiva del distribuidor local de prensa.

(133) Partidario de este esquema de intervención penal se ha declarado en nuestra doctrina BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 32, quien propone incluso formular también un tipo especial referente al ejercicio de influencias desleales en los concursos para el otorgamiento de contratos, como el que se recoge en el art. 176 del Proyecto alternativo.

proyectos anteriores, sobre todo si se compara con el grado de utilización del Derecho penal para tutelar bienes objetivamente menos importantes como la lealtad en la competencia (134).

Es cierto, por último, que la ineficacia del Derecho penal en esta materia puede encontrar, asimismo, una explicación en razones inmanentes a la propia realidad económica que sirve de base a la regulación penal (135); sin embargo, con independencia de ello, es misión del legislador penal elevar al rango de delito aquellas prácticas que impidan o limiten “considerablemente” (como por cierto se decía en la Exposición de Motivos del PLOCP) la libertad en la competencia y, además, castigarlas con sanciones realmente intimidantes para esta clase de delincuentes. Así concebida, la intervención penal en esta materia es necesaria para evitar graves discordancias valorativas como la denunciada por LAMPE (136) con relación al vigente Derecho alemán, en el que el boicoteo de una empresa constituye una mera infracción administrativa, mientras que la difamación de uno de sus productos tiene la consideración de delito.

(134) Cfr. BERDUGO: **Op. cit.**, p. 420.

(135) Vid. MUÑOZ CONDE: **La ideología**, cit., p. 127.

(136) LAMPE: **Op. cit.**, p. 387.