

DEUS PROVIDE ET PROVA

Revista

Enero 2012

29

LABOR



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272

Crónicas

– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289

Noticias	294
-----------------------	-----



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico¹

A problem of legislative drafting: the *non-named clauses* in the reform of the Economic Criminal Law

Irene Navarro Frías

Prof. Dra. Universidad de La Laguna
inavarro@ull.es

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

RESUMEN: *el presente trabajo analiza un problema de técnica legislativa que se presenta en algunos tipos delictivos integrados en el denominado Derecho penal económico tras la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal. El problema consiste en la incorporación a los mismos de unas cláusulas a las que, por sus peculiares características, podríamos llamar cláusulas innominadas. Estas cláusulas, como tratará de mostrarse en este trabajo, presentan importantes problemas tanto desde el punto de vista del principio de proporcionalidad como desde la perspectiva del principio de legalidad, lo que las convierte en un método de regulación altamente cuestionable.*

ABSTRACT: *This essay analyses a problem of legislative drafting which is present in certain criminal types integrated in the so-called economic Criminal Law after LO 5/2010 passed on June 22 where the Penal Code was modified. The problem consists of the addition to those criminal types of some clauses which could be named non-named clauses due to their particular characteristics. These clauses, as we will try to show in the essay, pose important problems either from the point of view of the principle of proportionality or the principle of legality which turn them into a highly controversial method of regulation.*

PALABRAS CLAVE: *técnica legislativa, cláusulas innominadas, Derecho penal económico, principio de proporcionalidad, principio de legalidad.*

KEYWORDS: *legislative drafting, non-named clauses, economic Criminal Law, principle of proportionality, principle of legality.*

I. ¿Qué tienen en común la nueva regulación del delito de corrupción entre particulares y la de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial?

1. La reforma del Código penal operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha traído importantes

novedades al sector del Derecho penal económico. Entre las distintas modificaciones llevadas a cabo por el legislador me voy a referir, como problema específico y unitario de técnica legislativa, a tres de ellas (que quizás no han destacado tanto frente a modificaciones *estrella*, como la de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas): la introducción en el artículo 286

¹ El presente trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto N° DER 2008-00954/JURI "Delincuencia económica. Nuevos instrumentos jurídicos y tecnológicos", del Ministerio de Ciencia e Innovación. Además un resumen del mismo ha sido presentado

bis del tipo de corrupción entre particulares y, más concretamente, la regulación contenida en su apartado 3^o; y las modificaciones realizadas en los tipos ya existentes de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial; específicamente, la adición de sendos nuevos párrafos (de contenido casi idéntico) al artículo 270. 1 (relativo a los delitos contra la propiedad intelectual) y al artículo 274. 2 (relativo a los delitos contra la propiedad industrial), destinados a rebajar la pena en los casos de distribución al por menor³.

2. Por lo que respecta al delito de corrupción entre particulares, se trata de una figura delictiva con nula presencia en nuestra tradición jurídico-penal y cuya tipificación obedece al cumplimiento por parte de España de lo dispuesto en la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado⁴. No obstante, pese a su corta trayectoria, ha sido ya criticada por la doctrina (en las todavía escasas contribuciones que la han tenido por objeto), recalándose, entre otras objeciones a su aceptación, la de su difícil compatibilidad con el principio de proporcionalidad⁵.

para su selección como ponencia en el II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales de la Universidad de Salamanca.

2 El nuevo artículo 286 bis CP dispone: "1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. 3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio. 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales".

3 En los nuevos párrafos se establece: "no obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5" (art. 270. 1 CP); y "no obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5" (274. 2 *in fine* CP).

4 Decisión Marco que a su vez derogaba en su artículo 8 a su predecesora, la Acción Común de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado. Para SILVA SÁNCHEZ, Diario La Ley, 7464, 2010, p. 2, se trata de *leyes en blanco inversas* (cursiva en el original) en tanto que "la instancia europea, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta), remite a los parlamentos nacionales la concreción de los detalles de la descripción típica y de la medida de la sanción".

5 Para GILI PASCUAL, REPC, 9, 2007, p. 24, "ciertamente, es difícil imaginar actualmente que en España supuestos como el de la aceptación por parte del encargado de un comercio minorista de premios ofrecidos por determinada empresa a cambio de situar sus productos en los expositores con mayor demanda del local (...) pudieran dar lugar a la incoación de diligencias penales". En opinión de NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, p. 69, la corrupción en el sector privado comprende conductas sobre cuyo merecimiento de pena no existe apenas consenso y que resultan absolutamente extrañas para algunas tradiciones jurídicas; y no sólo eso sino que afirma que (pp. 60-1), "en España la corrupción entre privados es claramente corrupción de blanco inmaculado: esto es, una conducta habitual y tolerada socialmente". En el mismo sentido señala CARUSO FONTÁN, Foro, 9, 2009, p. 165, que se trata de conductas "en las que no se sabe muy bien qué es lo que se esta (*sic*) protegiendo, y que pueden ser entendidas como una forma de 'corrupción en blanco', es decir que se trata de conductas habituales y toleradas socialmente", a lo que añade que con ello no pretende reclamar la impunidad de estas conductas sino poner de relieve que quizás no sea necesario acudir al Derecho penal. En cuanto a la necesidad de la intervención del Derecho penal, para DE LA CUESTA ARZAMENDI, BLANCO CORDERO, Cerezo Mir-LH, p. 288, a falta de datos empíricos sobre la eficacia de la normativa civil en la materia (Ley de competencia desleal) "no parece que deba afirmarse, sin más, la necesidad de intervención penal". En el mismo sentido para NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, p. 61, resulta contrario al principio de *ultima ratio* incriminar estas conductas "cuando aún no se ha tenido ocasión de comprobar (...) cuáles son los efectos preventivo-generales de las sanciones administrativas y civiles". Tampoco

3. La corrupción entre particulares no es otra cosa que una especie de delito de cohecho *importado* al ámbito privado⁶; y así, en su modalidad pasiva (apartado 2º del artículo 286 bis) se castigan los comportamientos de empleados de empresas (no de los titulares de las empresas, que quedan fuera del círculo de sujetos activos⁷) que, infringiendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, solicitan o aceptan una ventaja indebida con el fin de favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros; y en su modalidad activa (apartado 1º del artículo 286 bis), *simétrica* respecto de la anterior, se castiga la conducta del que ofrece o concede a estos empleados tales ventajas. Sería el caso, por ejemplo, del administrador de una empresa constructora que acepta determinada cantidad de dinero de una empresa de pinturas por contratar con ella (y no con alguna de sus competidoras) una determinada obra. O como ocurrió en el célebre caso del *Korkengeld* en Alemania, sería corrupción entre particulares en su modalidad activa el ofrecimiento a los camareros de diferentes locales, por parte de los representantes de una marca de champán y con conocimiento por parte del dueño del negocio, de 35 peniques (inicialmente 25) por cada botella vendida, a cambio del corcho, para que recomendasen su producto; y corrupción entre particulares en su modalidad pasiva la aceptación de tal ofrecimiento por parte de los camareros⁸.

En ambos casos se trata además (o, más bien, parece que debe tratarse) de comportamientos que se revelan como lesivos para la competencia, pues éste es, según se desprende de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (punto XIX)⁹, el bien

jurídico protegido por este precepto. No obstante, a renglón seguido habría que precisar que la referencia a la competencia se acaba con la Exposición de Motivos y que después no se encuentra rastro de la misma ni en el concreto tipo, ni en el nombre del capítulo en el que ésta se contiene (capítulo XI, del título XIII, del libro II del Código penal), que se sigue llamando “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, ni en el de la nueva sección 4ª de ese capítulo que lleva por título: “De la corrupción entre particulares”.

4. Tanto para la corrupción entre particulares activa y pasiva como para la corrupción en el deporte (que también se tipifica por primera vez en el apartado 4º de este precepto¹⁰), y después de que el legislador conmine todas estas conductas con las nada desdeñables penas de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja, en el apartado 3º del artículo 286 bis se prevé una atenuación facultativa de la pena que cuenta con el siguiente tenor literal: “los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.

Esta cláusula, al contrario de lo que ocurre con el tipo básico de corrupción entre particulares (activa y pasiva), que como se ha dicho es el resultado de la transposición a nuestro ordenamiento de los contenidos de la Decisión Marco 2003/568 del Consejo, es producto de la propia iniciativa del legislador español.

VENTURA PÜSCHEL, Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares”, p. 501, advierte que haya habido ningún debate en la doctrina o en la jurisprudencia sobre la posible ineficacia del sistema de control vigente de la libre competencia.

6 Comparación que procede además porque el propio legislador la realiza en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (XIX): “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”.

7 El delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva es un delito especial que únicamente puede ser cometido por los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización. Y en su modalidad activa es un delito común que puede ser cometido por cualquiera pero que consiste en prometer, ofrecer o conceder una ventaja indebida a ese mismo grupo de sujetos, es decir, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización. Críticos con la exclusión de los titulares de la empresa del círculo de sujetos activos del delito de corrupción pasiva en un modelo que trata de proteger la competencia se muestran CARUSO FONTÁN, Foro, 9, 2009, p. 167; NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, p. 57; VENTURA PÜSCHEL, Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares”, p. 511.

8 Sobre este caso v. GILI PASCUAL, RECPC, 9, 2007, pp. 31-2; TIEDEMANN en: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, LK, Bd. 10, § 299, marg. 2.

9 V. *supra* n. 6.

10 Acerca de los problemas que plantea el delito de corrupción en el deporte v. CARUSO FONTÁN, Foro, 9, 2009, pássim; CASTRO MORENO, Revista Jurídica de deporte y entretenimiento, 28, 2010, pássim.

Es decir, ninguna previsión similar se hacía en la Decisión Marco de la que esta nueva regulación trae causa¹¹.

5. Respecto a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en los mismos vienen a incluirse con la reforma sendas cláusulas de atenuación facultativa de la pena, que guardan apreciables similitudes en cuanto a su estructura con la ya vista del apartado 3º del artículo 286 bis. Y así, se componen de un supuesto de hecho que queda abierto en una importante medida y de una consecuencia jurídica facultativa.

En cuanto al delito contra la propiedad intelectual, se introduce un párrafo segundo en el apartado 1 del artículo 270, con la siguiente redacción: “no obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5”. Y también en el delito contra la propiedad industrial se introduce un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 274 con una redacción casi idéntica: “no obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo

276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5”.

El objetivo que se trata de alcanzar con la introducción de estas cláusulas atenuatorias es, según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (XVII), acabar con los problemas de proporcionalidad —se habla de “una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena”— que surgieron con el agravamiento penológico operado en estos delitos por la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre¹².

6. En conclusión, lo que, tras la reforma del Código penal efectuada por la LO 5/2010 tienen en común los delitos de corrupción entre particulares, contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial, y que constituye un mismo problema de técnica legislativa, es que en todos ellos se introducen cláusulas atenuatorias facultativas que permiten (no que obligan) a los jueces y tribunales a rebajar la pena, e incluso a cambiar la calificación de delito a falta (artículos 270. 1 y 274. 2 *in fine*), en el caso de que concorra un supuesto de hecho que queda, cuando menos, abierto y que da cabida a muy diversas interpretaciones. Se trata entonces de regulaciones que anudan modificaciones cualitativas o relevantes de la pena¹³ a supuestos de hecho que permanecen (al menos parcialmente) *innominados* (en el sentido de *no nombrados* en la ley); primero, porque el legislador no termina de describirlos de forma precisa y concreta en la ley, y segundo porque, a través del carácter

11 A estos efectos no puede considerarse que la cláusula del apartado 3º del artículo 286 bis traiga causa de lo dispuesto en el artículo 4. 2 de la Acción común de 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (precedente de la Decisión Marco 2003/568 y expresamente derogada por ésta), que disponía: “no obstante, todo Estado miembro podrá establecer, en los casos menos graves de corrupción activa y pasiva en el sector privado, sanciones de naturaleza distinta a las previstas en el apartado 1”. En primer lugar, porque la consecuencia jurídica de la menor gravedad de los casos de corrupción privada era asignar una sanción de naturaleza no penal, mientras que el artículo 286 bis 3 CP lo único que prevé es una rebaja de la pena. Y en segundo lugar, y desde un punto de vista formal, porque tal previsión se contenía en la derogada Acción Común pero no se mantuvo en la posterior Decisión Marco.

12 En el punto XVII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se dispone que: “el agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta”.

13 En este sentido, podemos considerar modificaciones cualitativas, relevantes o esenciales de la pena a aquéllas que expresen la formación de un nuevo marco penal constituido, bien de manera autónoma respecto del marco penal básico, bien derivado del mismo (resultante de bajar o subir en grado la pena del tipo básico o incluso de dividir la pena en mitades si con ello se expresa una decisión

facultativo de la consecuencia jurídica, hace depender la final aplicación de la rebaja de la pena de factores no explicitados en la ley y, por tanto, en última instancia, de las valoraciones del juez. En definitiva, lo que de común se ha introducido con la reforma en estos delitos es que a sus tipos básicos se vinculan lo que en otro lugar he llamado *cláusulas innominadas*¹⁴.

II. ¿Qué son las cláusulas innominadas?

1. Como se ha dicho, lo que para los fines del presente trabajo interesa resaltar es que con ocasión de la reforma del Código penal el legislador ha introducido cláusulas innominadas en las figuras de la corrupción privada y de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (aunque, como se verá, no sólo en estos ámbitos). Estas cláusulas constituyen una técnica legislativa (de *destipificación*, más que de tipificación¹⁵) a la que el legislador ha venido recurriendo cada vez con más frecuencia en contextos que podríamos calificar de *conflictivos*, en parte por existir una fuerte

demanda punitiva, y cuya característica fundamental es que se trata de regulaciones por las que se anudan modificaciones esenciales de la pena (agravándola o atenuándola) a supuestos de hecho no nombrados o nombrados sólo parcialmente en la ley —de ahí que podamos diferenciar entre cláusulas *total o sólo parcialmente* innominadas¹⁶—.

2. Desde la perspectiva de las distintas técnicas a las que ha venido recurriendo el legislador para graduar lo injusto y la culpabilidad, podríamos situarlas a caballo entre los tipos derivados —es decir, entre aquellos elementos que todavía pertenecen al tipo de lo injusto específico—, y los factores de individualización de la pena —es decir, aquellos factores delimitados sólo de manera muy general por el legislador, que no habiendo sido todavía valorados, son tenido en cuenta por el juez en la última fase de medición de la pena para concretar la pena exacta dentro del marco penal; como los descritos para todos los delitos en el artículo 66. 1. 6¹⁷ CP o los previstos concretamente para la estafa en el artículo 249 CP—.

legislativa definitiva y vinculante para el juez), bien resultante de añadir una nueva pena a la ya dispuesta para el tipo básico; y frente a ello son modificaciones accidentales de la pena aquellas graduaciones o modulaciones efectuadas dentro del marco penal básico que bien no precisan el concreto efecto que tendrá en la pena la concurrencia de un determinado elemento (como ocurre con los factores de individualización de la pena del art. 66. 1. 6 CP); o bien los concretan pero no de forma *definitiva* (como ocurre con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las cuales se anudan efectos concretos sobre la pena previstos en los números 1 a 5 del art. 66. 1 CP, pero que no son definitivos, pues están abiertos a la eventual compensación regulada en el art. 66. 1. 7 CP). V. al respecto NAVARRO FRIAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, *pássim*.

14 V. NAVARRO FRIAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, *pássim*.

15 Sobre las técnicas de destipificación, con especial mención a la técnica alemana de los casos especialmente graves y menos graves, ilustrados o no con ejemplos-regla, v. NAVARRO FRIAS, RP, 19, 2007, *pássim*.

16 Algunos ejemplos de cláusulas *totalmente innominadas* son los arts. 153. 4 (“el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”); 171. 6 (“el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”); 172. 2 *in fine* (“el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”); 298. 2 (“en estos casos los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria”); 299. 2 (“en estos casos los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años”); 301. 1 (“en estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años”); 318 bis) 5 (“los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”); 362. 3 (“en casos de suma gravedad los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho, podrán imponer las penas superiores en grado a las antes señaladas”).

Son ejemplos de cláusulas *parcialmente innominadas* las previstas en los arts. 147. 2 (“no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”); 242. 4 (“en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores”) o 351 (“los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho”).

17 La regla 6ª del art. 66. 1 CP contiene, según la doctrina mayoritaria, factores de individualización de la pena; v. al respecto CE-REZO MIR, PG II, pp. 351 y 368 (cuya referencia a la regla 1ª del art. 66. 1 CP debe entenderse hecha a la actual regla 6ª); CHOCLÁN

3. Se trata entonces de regulaciones hasta cierto punto *híbridas* porque presentan puntos comunes tanto con los tipos derivados como con los factores de individualización de la pena. A primera vista se asemejan a los tipos derivados en que sistemáticamente se sitúan en la Parte especial del Código penal junto a los tipos básicos formando parte de la figura delictiva. Pero la razón principal de su confusión con los tipos derivados tradicionales radica en la entidad de su consecuencia jurídica. El efecto penológico de las cláusulas innominadas constituye una modificación esencial del lado de la pena, que permite rebasar el marco penal previsto para el tipo básico o incluso imponer una pena distinta, lo que suele reservarse a la concurrencia de tipos derivados¹⁸. Además, y a diferencia de lo que ocurre con los factores de individualización de la pena, se trata de un efecto concreto y predeterminado en la ley¹⁹.

4. Sin embargo, al mismo tiempo se trata de regulaciones que guardan cierto parecido con los factores de individualización de la pena porque suponen una entrada del arbitrio judicial [y con ello, una quiebra del programa condicional (*si-entonces*)] que es característica de este ámbito pero no de la

tipicidad²⁰. Esta *llamada* a la discrecionalidad de los jueces se realiza de dos formas: en primer lugar, a través de un supuesto de hecho que queda en gran medida indeterminado (lo que concurre en mayor o menor medida, según las distintas cláusulas); y, en segundo lugar, a través de una consecuencia jurídica que no es obligatoria para el juez, sino meramente facultativa, por lo que el legislador le permite al juez no aplicar la consecuencia jurídica prevista en la cláusula aun en el caso de que se diera su supuesto de hecho.

En definitiva, en esta clase de cláusulas el legislador no localiza un concreto elemento cuya concurrencia justifique y lleve necesariamente a la aplicación de una concreta consecuencia jurídica, como ocurre con el tipo, sino que se presentan ante el juez distintas variables, más o menos determinadas y que no necesariamente tienen que ver con lo injusto del hecho (por ejemplo, en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial deben incluirse en la valoración las *características del culpable*), cuya valoración o ponderación conjunta por parte del juez²¹, y la compensación de unas frente a otras²², debe llevar a la *elección* de un marco penal (el básico o el agravado o

MONTALVO, Individualización judicial de la pena, p. 175; DE LA MATA BARRANCO, El principio de proporcionalidad penal, p. 259. Es cierto que en esta regla se hace referencia a la ausencia de atenuantes o agravantes, pero aun así la doctrina coincide en señalar que las *circunstancias personales del delincuente* y la *mayor o menor gravedad del hecho* son siempre factores de individualización de la pena. V. al respecto BOLDOVA PASAMAR en: Gracia Martín (coord.), Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, p. 285; CHOCLÁN MONTALVO, Individualización judicial de la pena, p. 175; DE LA MATA BARRANCO, El principio de proporcionalidad penal, pp. 260-1; MAPELLI CAFFARENA, Las consecuencias jurídicas del delito, p. 263.

18 En este sentido, características de los tipos derivados son precisamente: desde un punto de vista material, que delimitan un injusto específico; desde un punto de vista funcional, que despliegan un efecto penológico esencial; y desde el punto de vista de su aplicación, que se aplican mediante subsunción. Sobre las características de los tipos derivados como técnica de graduación de injusto v. NAVARRO FRÍAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, pp. 343 y ss.

19 Frente a ello, los factores de individualización de la pena se caracterizan por estar regulados de manera *muy* abierta en la ley, puesto que no existe ya peligro de que se considere que es el juez el que decide sobre las penas, dado que las decisiones básicas ya han sido adoptadas por el legislador; por estar regulados de forma ambivalente, ya que pueden funcionar tanto agravando como atenuando la pena; y, por último, por desplegar una eficacia penológica indeterminada (no se precisa la concreta eficacia penológica del factor, por lo cual será el juez el que decida sobre la relevancia de cada factor concreto) y limitada al interior del marco penal. Sobre las características de los factores de individualización de la pena como técnica de graduación de injusto v. NAVARRO FRÍAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, pp. 391 y ss.

20 El ámbito de la individualización de la pena es precisamente el dominio de la discrecionalidad del juez y de sus procesos individualizadores; v. al respecto HENKEL, Recht und Individualität, pp. 83-4, para el que, en relación con el juez, "als eigentliche Domäne seines individualisierenden Vorgehens gilt (...) die quantitative Bestimmung des Behandlungsmittels in der Strafzumessung". En cambio, como señala AMELUNG, ZStW, 92 (1980), pp. 27-8, en el ámbito del Art. 103. II GG (por tanto, del principio de legalidad) se adoptará el programa condicional, es decir, las decisiones estarán programadas según la forma *si-entonces*.

21 "Por ponderación se puede entender una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en Derecho y el resultado que estas decisiones contienen"; v. BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p. 569. En general sobre el concepto de ponderación v. STÜCK, ARSP, 84, 1998, pp. 406-7. Sobre la ponderación en la individualización de la pena v. BRUNS, Das Recht der Strafzumessung, pp. 256-9; el mismo, ZStW, 94 (1982), p. 115.

22 Lo que nos hace pensar también en el mecanismo de funcionamiento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal conforme al art. 66. 1 en su apartado 7º.

atenuado, según los casos)²³. En cambio, los elementos del tipo justifican por sí mismos y sin necesidad de consideraciones adicionales la consecuencia jurídica que se anuda a los mismos. Sin que a nadie se le ocurra, por ejemplo, *compensar* el elemento fuerza en las cosas (del robo) con determinadas características del culpable para pasar del marco penal del robo al del hurto²⁴.

En definitiva, y simplificando mucho, podríamos decir que las cláusulas innominadas son regulaciones tan flexibles como las de los factores de individualización de la pena pero que pueden llegar a ser tan relevantes penológicamente como auténticos tipos derivados.

5. Por lo que se refiere a las concretas cláusulas anudadas a los delitos de corrupción entre particulares, contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial, éstas se presentan como cláusulas *sólo* parcialmente innominadas, en comparación con otras existentes en el Código penal. Por ejemplo, y por seguir dentro de las reformas efectuadas por la LO 5/2010, serían cláusulas totalmente innominadas las previstas en los nuevos artículos 156 bis 2 y 368 *in fine* CP. La primera para rebajar la pena del receptor de un órgano procedente del tráfico ilegal, al que se castiga en principio con la misma pena que al traficante cuando actúa con conocimiento de la procedencia ilícita del órgano (“podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable”); y la segunda para rebajar la pena del delito

de tráfico de drogas (“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”). Pero además también se diferenciarían de otras nuevas cláusulas del Código penal que quedan sólo parcialmente nominadas en que no se recoge en su supuesto de hecho una remisión *explícita* a la valoración *global* del juez. Y así, la nueva cláusula innominada del artículo 385 ter CP introducida por la LO 5/2010 para los delitos contra la seguridad vial sí remite expresamente a la valoración global del juez, disponiendo que “en los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado *y a las demás circunstancias del hecho*”.

No obstante, y pese a estas (quizá aparentes) diferencias hay que considerar, primero, que en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial podría incluso discutirse el hecho de que no se recoja explícitamente tal remisión a la valoración global del juez, pues en sus respectivas cláusulas no sólo se incluye la mención a elementos de lo injusto sino también a las “características del culpable”; y segundo, que aunque no se acepte que hay una remisión explícita a la valoración global, esto no quiere decir que finalmente el juez no termine realizándola. En este sentido hay que recordar

23 Parece que en principio no debería hablarse de que el juez *elige* sino de que el juez *aplica* el marco penal; sin embargo, una vez que quiebra el programa condicional es dudoso que pueda afirmarse que el juez esté aplicando una decisión previamente adoptada por el legislador. Al tratar casos similares del Derecho penal alemán, concretamente las regulaciones de la omisión, imputabilidad disminuida y tentativa (§§ 13 II, 21 y 23 II en relación con el § 49 I StGB) BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, pp. 69-70, también se refiere a la facultad de elección (“*Wahlrecht*”) del juez a la hora de determinar el marco penal aplicable en estos supuestos, resaltando las dificultades que comporta este método para el juez y los problemas que representa para la prohibición de doble valoración. No obstante, y aunque un tratamiento en profundidad de esta cuestión excede del objeto de este trabajo, aunque no podamos decir que en los supuestos de cláusulas de arbitrio o discrecionales el juez *aplique* un programa condicional elaborado por el legislador, sí podemos afirmar que en estos casos el juez debe seguir *aplicando Derecho* y su decisión debe resultar de la concreción de los fines y valores presentes en la ley y, en su caso, en el resto del ordenamiento jurídico; v. al respecto WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens*, pp. 106, 114-5, 118-9, 174-5, 178 y 188-9. Para FRISCH, NJW, 1973, p. 1349, si la solución no se deduce con facilidad de la ley, entonces el juez debe extraer esta solución de los valores programáticos de la ley.

24 Sin embargo esto es lo que se permite en el § 243 StGB que recoge la regulación de los casos especialmente graves de hurto. El § 242 contiene el tipo básico de hurto, para el que se prevé una pena de prisión de hasta cinco años o pena de multa, disponiendo seguidamente el § 243 StGB: “(1) En casos especialmente graves el hurto será castigado con pena de prisión de tres meses a diez años”. A continuación este mismo párrafo dispone una serie de ejemplos (ejemplos-regla) en los que “por regla general” se da un caso especialmente grave. Por ejemplo, el hurto con escalamiento (§ 243 I Nr. 1) es “por regla general” un caso especialmente grave de hurto, lo que significa que de concurrir escalamiento se aplicará “por regla general” el marco penal agravado del § 243. Sin embargo, esto no es siempre así: los ejemplos-regla son meros ejemplos que ni pretenden delimitar de forma taxativa el número de posibles casos especialmente graves, ni pretenden vincular al juez de forma definitiva con sus valoraciones. Por este motivo, en la Sentencia del BGH de 24 de abril de 2003 se acuerda no aplicar el marco penal agravado del delito de hurto (y tampoco el de estafa) pese a que concurrían hechos de los previstos en el § 243 StGB, porque, valorando globalmente el caso, había que considerar la especial adición al juego del sujeto, que apuntaba hacia una menor pena, y en este sentido *compensaba* la concurrencia de los ejemplos-regla del § 243 StGB. Sobre este caso v. NAVARRO FRÍAS, RP, 19, 2007, pp. 109-10.

que se trata de cláusulas cuyo supuesto de hecho sigue despertando muchas dudas, por lo menos, por lo que se refiere a su aplicación, en cuanto a cómo se relacionan los distintos elementos mencionados por el legislador (¿tienen que apuntar todos hacia una menor pena?; ¿se compensan unos con otros pudiéndose apreciar, al estilo del artículo 66. 1. 7 CP, la persistencia de un “fundamento cualificado de atenuación”?; ¿el hecho de que el legislador diga simplemente “*atendidas* las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico”, significa que hay que otorgarles menos peso en la valoración, o incluso que se puede atender a otros datos?); y además, lo que quizás es más importante, que al arbitrio judicial se le abre la puerta de par en par a través del carácter facultativo de la consecuencia jurídica.

Conviene, por tanto, no olvidar que los denominados *Kann-Vorschriften* —caracterizados por anudar el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con el verbo *kann* (*poder*)— han sido considerados casos paradigmáticos de aceptación, además de aceptación explícita (y no implícita o tácita, como ocurre en los casos de indeterminación del supuesto de hecho) del arbitrio o discrecionalidad judicial²⁵. Y de hecho, en Alemania ha bastado la introducción del verbo “podrán” para que regulaciones determinadas en su supuesto de hecho como la de la tentativa, la omisión, el error de prohibición vencible o la imputabilidad disminuida terminen aplicándose por los tribunales conforme a un método de valoración global del hecho y del delincuente²⁶.

6. Por último, es importante señalar, por obvio que parezca, que a la opción por parte del legislador de un tiempo verbal u otro habrá que atribuirle concretos

efectos, pues en ningún caso puede interpretarse en clave, podríamos decir que, artística o literaria. Esto es, cuando el legislador dice “podrán” y renuncia a imponer la consecuencia jurídica de manera imperativa, no podría argüirse que esto no es más que un recurso estilístico²⁷, o que tiene por fin el embellecimiento de los textos legislativos, pues por utilizar las palabras de WARDA, cualquier diferencia en la formulación legislativa tiene que corresponderse con una diferencia material²⁸. La duda acerca de cuál sea esa diferencia material nos lleva a indagar algo más acerca de las cláusulas innominadas y su origen.

III. ¿En qué contextos normativos ha recurrido el legislador a las cláusulas innominadas?

1. Hay que empezar por recordar que el legislador ha venido recurriendo a esta técnica legislativa en ámbitos que se le han presentado como especialmente problemáticos, y sigue recurriendo a la misma en esta última modificación del Código penal. En concreto, se trata de una técnica con la que en ocasiones ha pretendido solventar los problemas de proporcionalidad que se han derivado de la solución penal procurada a determinadas materias socialmente *sensibles*. Y así nos encontramos actualmente con un importante elenco de este tipo de cláusulas en el contexto normativo de la denominada violencia de género (concretamente en los arts. 153. 4, 171. 6 y 172. 2 *in fine* CP); o en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5 CP). Ámbitos que han sido muy criticados por la doctrina por la falta de proporcionalidad entre la gravedad de las concretas conductas y las consecuencias jurídicas previstas para las mismas²⁹.

25 V. al respecto WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens*, p. 97. V. también HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, p. 108, para el que en los casos en los que se utiliza “kann” o “darf” estaremos ante supuestos de arbitrio. En cuanto a la remisión explícita o implícita al arbitrio judicial, ya DROST, *Das Ermessen des Strafrichters*, p. 13, diferenciaba estas dos formas distintas de remisión. Este autor, al referirse al arbitrio o a la discrecionalidad y definirla como “eine durch Lockerung der gesetzlichen Bindung nach Umfang oder Inhalt dieser Bindung begründete Wahlfreiheit in der Entscheidung von Einzelfällen”, hacia especial hincapié en el hecho de que la relajación de la vinculación a la ley podía venir tanto de que se concediera *expresamente* a las autoridades tal capacidad de elegir, como de que se flexibilizaran los presupuestos de la ley, ya que cuanto más amplias fueran configuradas las normas, más espacio tendrían de hecho las autoridades para su aplicación. V. también DROST, *NJW*, 1955, p. 1255.

26 La jurisprudencia ha mantenido que la decisión sobre la aplicación (o no) de la consecuencia jurídica en estos casos debe resolverse recurriendo al método de valoración global. Esta posición es constante en la jurisprudencia; v. al respecto HETTINGER, *Das Doppelverwertungsverbot*, p. 178; KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 49, marg. 4; MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 161; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 202; THEUNE en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, LK*, Bd. 2, § 49, marg. 8; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 49, marg. 3.

27 El lenguaje legal debe ser comprensible y preciso, sin que en ningún caso puedan verse perjudicados estos fines por principios estéticos; v. al respecto WALTER, *ÖJZ*, 1963, p. 88.

28 WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens*, pp. 94-5.

29 Para SANZ MULAS en: *Sanz Mulas/González Bustos/Martínez Gallego (coords.)*, *Ley de medidas de protección integral contra*

Con la reforma del Código penal, el legislador ha introducido también, como ya se ha dicho, cláusulas innominadas en el nuevo artículo 156 bis 2, para rebajar la pena del receptor de un órgano procedente del tráfico ilegal; en el delito de tráfico de drogas (art. 368 *in fine*); y en los delitos contra la seguridad vial (art. 385 ter). Tanto en el caso del tráfico de drogas como en el caso de los delitos contra la seguridad vial la introducción de las cláusulas obedece, según declara el propio legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, a razones de proporcionalidad³⁰.

2. Podría decirse que los contextos normativos en los que surgen las cláusulas innominadas (o, al

menos, muchas de ellas), se corresponden con ámbitos que preocupan mucho a la sociedad (violencia de género, inmigración ilegal, tráfico de órganos, tráfico de drogas, seguridad vial), en los que el legislador ha querido satisfacer las demandas punitivas de la misma transmitiendo el mensaje de que se actúa con contundencia, asumiendo el coste (¿compensado en términos electorales?) de posibles irracionalidades de la ley en términos de proporcionalidad³¹.

3. No obstante, en el caso de la corrupción entre particulares, como se ha dicho, se trata de conductas totalmente ajenas a nuestra tradición jurídico-penal y cuya penalización no había sido requerida (y ni siquiera

la violencia de género, p. 167, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, prevé el apartado 4º del art. 153 CP “quizás consciente del enorme —y peligroso— ‘abanico’ de conductas y episodios domésticos susceptibles de ser catalogados como delito con arreglo al artículo 153”. Además no hay que olvidar las sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas en relación con el art. 153 CP en la redacción que le ha dado la LO 11/2003, de 29 de septiembre, a través de las que se puso en entredicho, entre otras cosas, la proporcionalidad de su consecuencia jurídica. Concretamente en la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig (y resuelta mediante Auto del Tribunal Constitucional 233/2004, de 7 de junio), el hecho concreto que provoca la presentación del recurso es que: “el denunciado diera un guantazo en la cara a su compañera sentimental, dentro de una discusión y en presencia de sus dos hijas, no estimándose en la acusación la existencia de ningún hecho anterior de mal trato familiar físico o psíquico entre ambos y causando una lesión que tardó en curar un día sin tratamiento ni incapacidad”, por el que el Ministerio Fiscal pedía una pena de nueve meses de prisión. Por lo que se refiere al delito contra los derechos de los trabajadores, señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en: Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez-Buján Pérez, PE, p. 546, refiriéndose al apartado en el que se prevé la cláusula innominada, “con la previsión de esta importante atenuación el legislador viene a reconocer explícitamente la extraordinaria dureza de las penas que pueden llegar a imponerse (...)”. También SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Cobo del Rosal-LH, p. 832, estima “muy previsible que ante la excesiva gravedad de las penas asignadas ya incluso al tipo básico los Tribunales recurrirán con frecuencia a esta cláusula atenuatoria para corregir en lo posible dicho rigor punitivo objeto de crítica unánime en la doctrina”.

30 Y así en la Exposición de Motivos se explica, en relación con los delitos de tráfico de drogas (XXIV), que “se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena” y que “se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes”. Y para los delitos contra la seguridad vial (XXV), se establece que “en la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concretamente en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, se ha considerado conveniente reformar los artículos 379 y 384 en un triple sentido (...). Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado”. En cuanto al caso de la recepción de órganos procedentes del tráfico ilegal el legislador (X) habla de la “posibilidad de moderar la sanción penal en atención a las circunstancias concurrentes”.

31 En este sentido habría que diferenciar, frente a la racionalidad legislativa, la racionalidad política que implica, según los teóricos de la política, que un resultado óptimo o racional es preservar o alcanzar el poder, de forma que las actuaciones completamente racionales a la luz de este objetivo serían las que se esfuerzan por ganar el favor del votante, por alcanzar compromisos o, en definitiva, cualquier actuación rentable en términos de rendimiento político; v. al respecto BOONE, Los procesos legislativos penales en los Países Bajos, p. 389. Esto implica que un aumento del rendimiento en términos electorales de una determinada política penal (y, en consecuencia, un aumento de aquella racionalidad política), puede llevar consigo muy a menudo una disminución de la racionalidad legislativa. Es lo que ocurre en ámbitos especialmente sensibles, y que cuentan con una gran cobertura mediática, del Derecho penal. Por ejemplo, si atendemos al caso de la reforma del Derecho penal de menores, resulta difícil justificar la mayor dureza de las sanciones previstas para los hechos más graves cuando en la Exposición de Motivos de la ley de reforma (LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores) se reconoció que “no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento”; v. al respecto SOLA RECHE, Prólogo, p. XIV. Como señala este autor, Presente y futuro de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, p. 9, “cómodo es justificar en la contundencia de la reacción penal el compromiso político de reducir los índices de delincuencia (...) lo más fácil para obtener el respaldo social parece ser la regresión a la prevención general”. Como indica DOOB, Política criminal en Canadá: “ladra mucho y muerde poco”, p. 368, desde el punto de vista del aumento de la racionalidad política, al legislador le resulta más fácil vender políticas penales que *parecen* duras (ni siquiera es preciso que lo sean efectivamente) que vender políticas prudentes.

planteada) por la jurisprudencia ni por la doctrina³². Antes bien, algunas de las (escasas) voces que se han pronunciado al respecto han puesto ya de relieve que la misma cuenta con más sombras que luces³³. Tampoco se trata de conductas respecto de las que existiera una demanda punitiva por parte de la sociedad; más bien al contrario, como señala NIETO MARTÍN se trata de conductas de corrupción de un blanco inmaculado³⁴. Sin embargo, también en el caso de la corrupción entre particulares existía una fuerte demanda de punición, esta vez proveniente de la Unión Europea. Fue la Unión Europea la que reclamó la penalización de la corrupción entre particulares arguyendo que se trata de conductas de tanta gravedad que llegan a constituir una amenaza para el propio Estado de Derecho³⁵. Lo que parece que fue impulso suficiente para que nuestro legislador³⁶ castigara estas conductas incluso *más* de lo que venía obligado por la Decisión Marco, pues si ésta en su artículo 4. 2 vinculaba a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción entre particulares fueran “punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años”, el legislador español llega a los cuatro años de prisión.

4. Los problemas en contextos como los antedichos surgen cuando el proceso de dar satisfacción a las demandas punitivas de los distintos colectivos, instituciones u organizaciones, no va acompañado de una adecuada reflexión sobre la justificación y los límites de una intervención a través del Derecho penal. En este punto, como consecuencia de la escasa reflexión por parte del legislador nacional acerca de estas cuestiones y, en concreto, acerca de cuál es el núcleo de lo injusto de estas conductas y de en qué medida estaría legitimado a intervenir penalmente³⁷, se reproducen en el tipo de corrupción privada algunos de los problemas comunes a muchos de los contextos normativos en los que se han introducido cláusulas innominadas.

5. En concreto, las críticas que han tenido por objeto a la corrupción entre particulares se dividen fundamentalmente en dos: las relativas al nivel de determinación del tipo y las relativas a su proporcionalidad. Y así, se puede criticar, en primer lugar, que en la concreta plasmación en el texto normativo de las conductas de corrupción privada, el tipo presenta una excesiva generalidad; se trata de un precepto que adolece de una gran inconcreción y que permite abarcar conductas de muy distinta índole lesiva³⁸. Y en segundo

32 V. GILI PASCUAL, REPC, 9, 2007, p. 3. Para NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, p. 55, “la voz corrupción privada resulta casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles”. Quizás por ello hasta el momento en España se ha considerado la penalización de estas conductas como “algo particularmente exótico e improcedente” (v. ROSAS OLIVA, CPC, 99, 2009, p. 94). No obstante, este último autor se muestra de acuerdo con la penalización de estas conductas; v. ROSAS OLIVA, CPC, 99, 2009, p. 99. También a favor FARALDO CABANA, EPC, 23, 2001, p. 98, por el importante efecto disuasorio que puede desarrollar, no sólo por la sanción misma sino por la pérdida de reputación del autor.

33 V. *supra* n. 5.

34 V. NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, pp. 60-1.

35 En el punto 9 de la Exposición de Motivos de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado se dispone: “los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”.

36 Sin que este impulso pueda confundirse con el impulso problemático (*Problemimpuls*) al que se refería NOLL, Gesetzgebungslehre, pp. 72-3, como las causas que motivan a las instancias legislativas a actuar normativamente y que para este autor (p. 82) provienen siempre de desniveles de valor (*Wertgefälle*) en el sentido de que una situación dada es comparada con otra posible y valorada negativamente respecto a esta última.

37 Parece que el legislador se limita a transponer en el Código penal el contenido de la Decisión Marco, sin tomar decisiones adicionales sobre la adecuada extensión del tipo y dejando con ello la labor de su eventual restricción a los tribunales. Conviene recordar en este punto la crítica de VOLK, Zipf-GS, p. 421, en relación con estas regulaciones de la Unión Europea, con respecto a que “die Verpflichtung, dem Gesetz einen vernünftigen Anwendungsbereich zu geben, ist nach dem neuen Selbstverständnis des nationalen Gesetzgebers nicht mehr seine Sache, sondern die der Gerichte”. Para el concreto caso de la corrupción privada apuntaba además FOFFANI, La corrupción privada, p. 392, que “las indicaciones del legislador europeo son extremadamente amplias y genéricas: los legisladores nacionales —sobre todo los que están vinculados (como el español o el italiano) por los principios constitucionales de taxatividad y de intervención mínima— tienen que hacer un esfuerzo de tipificación más detallada y no pueden limitarse a traducir automáticamente en prescripciones penales las indicaciones de la Decisión marco”.

38 En este sentido expone GILI PASCUAL, REPC, 9, 2007, p. 13, que conforme al tenor literal del tipo, comportamientos de muy distinta entidad lesiva sería incardinables desde un punto de vista formal en el mismo, “dando idea de la necesidad de concretar la antijudicialidad material que debe exigirse a estas conductas”.

lugar, se ha criticado que es dudoso que este tipo de conductas tenga un contenido *suficiente* de merecimiento y necesidad de pena que justifique en todos los casos el recurso al Derecho penal³⁹.

El tipo de corrupción entre particulares podría plantear, por consiguiente, tanto problemas de legalidad como de proporcionalidad. Aunque, bien pensado, tampoco se trata de dos problemas independientes o sin conexión entre ellos ya que están íntimamente relacionados, siendo de hecho uno de los pocos puntos en los que convergen las exigencias del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad⁴⁰. Este punto de convergencia se alcanza precisamente cuando, como ocurre con la corrupción entre particulares, una regulación adolece de inconcreción, es decir, cuando una regulación se encuentra aquejada de tal generalidad que impide limitar la aplicación del correspondiente precepto a una única *clase de casos* merecedora y necesitada de pena⁴¹. Frente a otras exigencias derivadas

del mandato de determinación —como la claridad y la precisión, que también se ven comprometidas con esta regulación⁴²—, el requisito de la concreción —que encuentra precisamente su justificación en el principio de igualdad como fundamento del principio de legalidad—, reclama la suficiente individualización de las leyes penales y requiere del legislador una decisión lo suficientemente concreta e individualizada acerca del tratamiento distinto que merece un determinado *tipo* de casos, que permita explicar qué es lo que justifica tal tratamiento diferenciado; una decisión suficientemente individualizada pues, de los rasgos esenciales que hacen de esos casos, casos *iguales*. Un caso paradigmático del *no* cumplimiento de las exigencias de concreción es el delito de tráfico de drogas⁴³, en el que curiosamente, y como se ha dicho, también se introduce con la reforma una cláusula innominada.

En definitiva, cuando una disposición es excesivamente general no se delimita de forma

39 En este sentido es elocuente el hecho de que muchos autores propongan interpretaciones restrictivas en las que se exige la lesión o puesta en peligro concreto de bienes jurídicos individuales. Y así un importante sector de la doctrina coincide en señalar que lo inmediatamente protegido debe ser el patrimonio individual y sólo mediatamente la competencia. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, pp. 206-8, los delitos de competencia desleal son delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien supraindividual general; donde este segundo bien jurídico no cobra relevancia para la interpretación del tipo penal, aunque puede cobrar relieve como un argumento más de cara a la cuestión de la legitimidad de la intervención penal. GILI PASCUAL, RECPC, 9, 2007, p. 9, comparte la idea de que al tutelar la competencia leal puede estarse ante la legítima protección inmediata de un bien individual y afectarse a la correspondiente parcela del orden económico sólo de forma mediata, y añade (p. 9 n. 27) que se acepta que esta parcela sólo puede llegar a lesionarla la acumulación de conductas. De modo similar, aunque exigiendo sólo un peligro abstracto, FARALDO CABANA, EPC, 23, 2001, p. 72, señala como bien jurídico protegido los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores, “que constituyen un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual” y añade que (pp. 73-4) “la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto y, por tanto, no es necesario acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tiene por qué exigirse que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él”. Por su parte, VENTURA PÜSCHEL, Sobre la tipificación, p. 510 n. 58, se muestra muy crítico con esta regulación cuando afirma que “ya sea desde la óptica de la institución de la ‘competencia’ en el mercado, ya desde el punto de vista del patrimonio de los empresarios concurrentes o del propio empleador, no parece que el aprovechamiento que los particulares puedan hacer en su propio beneficio de su posición en los organigramas de decisión de las empresas a las que sirven, pueda sin más considerarse delictivo, si ese beneficio no se acompaña de la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico concreto (individual)”. Crítico con la tendencia de tratar de identificar bienes jurídicos individuales protegidos por este delito v. ROSAS OLIVA, CPC, 99, 2009, p. 99 n. 14.

40 Sobre la independencia de los planos en los que operan los principios de legalidad y de proporcionalidad v. NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, pp. 2 y ss. Sobre los casos de convergencia de las exigencias de uno y otro principio v. la misma p. 45 y n. 196.

41 Sobre la concreción como exigencia del mandato de determinación independiente de otras, como la claridad y la precisión, y derivada del principio de igualdad como fundamento del principio de legalidad v. NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, pp. 42 y ss.

42 Sobre los requisitos de la claridad (derivada del principio de seguridad jurídica en su vertiente de previsibilidad subjetiva como fundamento del principio de legalidad) y la precisión (derivada de los principios democrático y de separación de poderes, por un lado, y del principio de seguridad jurídica en sentido estricto, por otro lado, como fundamentos del principio de legalidad) v., respectivamente, NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, pp. 26 y ss. y 36 y ss. Crítico, por ejemplo, con la indeterminación del elemento “incumplimiento de obligaciones” incluido en el art. 286 bis CP, se muestra GILI PASCUAL, RECPC, 9, 2007, p. 24.

43 Sobre los problemas que presentan regulaciones de esta clase, que incluyen referencias como la del art. 368 CP (“o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten”), v. NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, pp. 42 y ss.

concreta el sector social en el que se quiere (y en el que resulta justificado) incidir, por lo que se termina incluyendo dentro de su tenor literal supuestos de muy diversa entidad valorativa y se plantean problemas desde el punto de vista del mandato de determinación, pero también desde el principio de proporcionalidad. En regulaciones de este tipo se producirían tensiones con algunos de los principios contenidos en el principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio; y concretamente con el principio de fragmentariedad y con el principio de proporcionalidad de las penas, puesto que, al recogerse en el tipo conductas de muy distinto desvalor, la pena prevista en el mismo puede aparecer como proporcionada para unos casos pero no para otros⁴⁴.

6. El problema de la corrupción entre particulares es entonces que se trata de un tipo en el que, por su excesiva generalidad, son formalmente encajables conductas de muy distinta (y a veces muy escasa) entidad lesiva.

Y así estamos ante un tipo en el que encajaría tanto la conducta del reponedor de un supermercado al que el representante de determinada marca de refrescos paga 10 euros al mes por poner su marca en primera línea de las estanterías (y sin que ello cause perjuicio económico alguno al supermercado, e incluso sucediendo lo contrario)⁴⁵; como la del administrador de una gran empresa que pacta con el ofertante de determinado servicio un precio excesivo, pagándosele posteriormente al administrador el monto

de la diferencia respecto del precio regular de la compra (casos conocidos como *Kick-back*), e imaginemos que incluso siendo además la oferta inferior en calidad y en precio a las de otras empresas, con lo que la empresa del corrupto sufriría un *doblo* perjuicio patrimonial⁴⁶.

También podrían estar comprendidos por el tenor literal del precepto supuestos en los que se acepta la ventaja injustificada para favorecer a uno de los competidores, resultando finalmente que se ha elegido la oferta mejor en términos competitivos (con lo que el soborno no hubiera sido *necesario*). Y finalmente si se sigue el modelo alemán de protección de la competencia (como parece, al menos por sus declaraciones, que ha querido hacer el legislador español), no debería otorgársele relevancia alguna al conocimiento/consentimiento por parte del empresario, con lo que los supuestos en los que se acepta la ventaja con el consentimiento del empresario también serían típicos⁴⁷. Esto significa que en un caso como el ya comentado del *Korkengeld*, se debería castigar por corrupción entre particulares a los camareros que, con el consentimiento del dueño del establecimiento, aceptan una cantidad de dinero por promocionar determinada marca de champán⁴⁸.

7. Los problemas que plantea el nuevo delito de corrupción entre particulares se reproducen en cierta manera en los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial. La doctrina ha coincidido en que el tenor literal del tipo permite subsumir comportamientos de muy distinta gravedad, hasta el

44 Sobre la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho penal v. AGUADO CORREA, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, pássim; DE LA MATA BARRANCO, El principio de proporcionalidad penal, pássim; LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, pássim.

45 V. éste y otros casos que ponen de manifiesto la distinta entidad lesiva de comportamientos igualmente encajables en el tipo de corrupción entre particulares en GILI PASCUAL, RECPC, 9, 2007, pp. 13-4.

46 Sobre los casos de *Kick-back* v. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Icade, 74, 2008, pássim, para el que (p. 233) precisamente para estos casos, los *Kick-backs* o cobro de comisiones por contratar con una determinada empresa, sería necesario un tipo de corrupción entre particulares por la inidoneidad que presenta el delito de administración desleal a la hora de comprender supuestos característicos de este tipo. En cambio para KINDHÄUSER, Polít. crim., 3, 2007, p. 12, es precisamente el delito de administración desleal el que abarca de manera específica el caso aquí relevante del perjuicio financiero del principal y, concluye que, por ello, no debería ser contrarrestado a través de un delito de corrupción general.

47 Sobre la irrelevancia del consentimiento del empresario a la hora de castigar estas conductas v. BANNENBERG en Dölling/Dutdge/Rössner, NK, § 299, marg. 16; HEINE en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 299, margs. 20 y 30; KÜHL, Strafgesetzbuch, § 299, marg. 5; TIEDEMANN en: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, LK, Bd. 10, § 299, margs. 2 y 55.

48 No obstante, en nuestro país parte de la doctrina ha considerado que la exigencia típica de que el empleado actúe *incumpliendo sus obligaciones* excluye la tipicidad de los *sobornos al descubierto*. Así GILI PASCUAL, RECPC, 9, 2007, p. 33, manifiesta que en estos supuestos el empleado no incumple sus obligaciones; y dado que el incumplimiento de sus obligaciones es uno de los elementos del tipo, la conducta sería atípica. En el mismo sentido v. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, Cerezo Mir-LH, pp. 279-80, para los que este comportamiento supone acortar el camino de la prestación, y teniendo en cuenta que el empresario está excluido del círculo de sujetos activos, se trata de casos en los que "en lugar de entregar el dinero al empresario para que éste lo transmita a sus empleados, se les paga a éstos directamente".

punto de que para algunos grupos de casos se considera injustificable acudir al Derecho penal (como ocurre con algunos supuestos de *top-manta*); y para otros, se cuestiona la gravedad de la consecuencia jurídico-penal prevista⁴⁹. Lo cierto es que entre las conductas que consisten en producir y distribuir al por mayor discos piratas, y las ventas callejeras de los mismos, hay una gran diferencia que no se refleja adecuadamente en la ley⁵⁰. En palabras de CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, que dedican sus esfuerzos interpretativos a tratar de absolver a los *top-manta*, se han planteado múltiples problemas porque “casi todos los ilícitos civiles pueden también considerarse ilícitos penales”; lo que ha llevado en el caso de la venta callejera de copias ilícitas a que existan “dos tendencias jurisprudenciales abiertamente opuestas a la hora de valorar su relevancia penal: una claramente partidaria a la absolución y otra en la que sistemáticamente se condena por un delito del artículo 270 del CP”⁵¹. Por lo que el destino del *mantero* depende de si finalmente es juzgado por quien se ciñe a la literalidad de la ley o por quien recurre en su interpretación al principio de proporcionalidad; en definitiva, del azar.

8. En resumen: en todas estas figuras delictivas en las que se recurre a la técnica de las cláusulas innominadas, al legislador se le presenta un problema común —el *desnivel desvalorativo* de NOLL al que habría que poner remedio⁵²— que tiene la peculiaridad de haber sido generado por él mismo: una excesiva generalidad o amplitud de los tipos que lleva a que formalmente se encuentren abarcados por los mismos supuestos de muy distinta entidad lesiva y que termina planteando problemas de proporcionalidad de la pena para determinados grupos de casos (esa “cierta”

quiebra del principio de proporcionalidad que ha sido expresamente reconocida en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para los delitos contra la propiedad intelectual e industrial). A lo que se suman importantes problemas de seguridad jurídica y de vinculación de los jueces a la ley. El legislador parece entonces querer dar solución a estos problemas a través de la introducción de cláusulas innominadas.

IV. ¿Se salvan a través de la introducción de cláusulas innominadas los problemas de proporcionalidad de la regulación penal?

1. A la hora de buscar soluciones a estos problemas y dado que la raíz de los mismos se encuentra en una excesiva generalidad del tipo que lleva a entender incluidos en su tenor literal casos muy distintos desde el punto de vista de su gravedad, lo lógico, si se toma en serio la racionalidad de las leyes penales, sería actuar sobre este tipo ya existente y no incluir nuevas cláusulas. Lo contrario sería, por utilizar los términos de FERRAJOLI, preferir el correctivo a la eliminación de la injusticia, lo que es absurdo⁵³. En este sentido, habría que preguntarse dónde ha radicado el problema dentro del denominado procedimiento interno de la legislación⁵⁴ y si se han producido defectos en la toma de la decisión legislativa (si no se puede decir en sentido estricto que se haya adoptado una decisión o si se ha tomado una decisión en exceso general, sin pensar suficientemente o de forma correcta sobre el ámbito de lo punible; o en el caso de la corrupción entre privados, reflexionar sobre si no se ha asumido de manera acrítica la regulación proveniente de la Unión Europea) o si bien el error ha surgido en la transposición de la

49 Respecto a los delitos contra la propiedad industrial señala CASTIÑEIRA PALOU, Sobre el alcance de la protección penal de la propiedad industrial, p. 265, que nos encontramos ante una protección amplia de los derechos contra la propiedad industrial “de forma que, con frecuencia, resulta difícil distinguir el ilícito penal del civil”; concluyendo esta autora finalmente (p. 271) que materialmente se da un exceso de protección.

50 Como señalan CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, InDret, 2, 2007, p. 14, “se trata de un ámbito en que pueden darse supuestos de gravedad muy distinta. Entre la organización dedicada a la reproducción, distribución y venta de CD's y DVD's sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual y el sujeto que se dedica a la venta callejera de discos pirata hay un abismo. Mientras que en el primer caso no parece disparatado hablar de delito, en el segundo sí”.

51 CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, InDret, 2, 2007, pp. 3 y 4.

52 V. NOLL, Gesetzgebungslehre, p. 82.

53 FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 409, advierte en relación con los beneficios penitenciarios, que “si, por hipótesis, cualquier delito fuese castigado por una ley con pena de muerte o con cadena perpetua, consideraríamos sacrosanta cualquier medida alternativa, incluso arbitraria e incierta. *Sería absurdo, sin embargo, preferir el correctivo a la eliminación de la injusticia*” (cursivas añadidas).

54 La metódica de la legislación reflexiona sobre cómo se consigue la ley “buena” o “correcta” y, con ello, sobre el denominado procedimiento interno de la legislación. V. un estudio sobre los pasos que hay que dar para lograr un Derecho correcto en NOLL, Gesetzgebungslehre, pássim. Estos serían, resumidamente, los siguientes: presencia de un impulso problemático, definición del problema, propuesta de objetivos, análisis de los hechos, propuesta de alternativas y crítica de los proyectos.

misma a la ley (si se ha adoptado una decisión, incluso una decisión concreta, pero se ha utilizado una técnica de tipificación *defectuosa* a la hora de trasladarla a la ley)⁵⁵.

Habría en todo caso que actuar sobre el tipo básico, que por todo lo dicho resulta manifiestamente mejorable, dotándolo de contornos precisos y concretos y restringiendo a lo necesario (y en este sentido, a lo proporcionado) la respuesta del Derecho penal.

Sin embargo, no ha sido éste el camino seguido por el legislador. Tanto en el caso de la corrupción entre particulares como en el de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial ha recurrido a la aludida técnica de las cláusulas (total o parcialmente) innominadas. La cuestión es por qué.

2. En primer lugar, parece claro que por una razón de economía del esfuerzo. Mucho más fácil que la reflexión aludida es no preocuparse tanto por erradicar el problema (eliminar la injusticia, según la expresión de FERRAJOLI), sino simplemente tratar en lo posible de compensarlo (introducir correctivos) a través de la atribución a los jueces de la potestad de rebajar la pena.

3. Pero además de esta primera razón, más evidente, hay al menos otras dos explicaciones adicionales. Una tiene que ver con el recurso al Derecho penal simbólico; y la otra con los problemas de determinación que termina generando el miedo del legislador a la infra y a la sobreinclusión.

a) Como se ha dicho, nos encontramos ante fenómenos frente a los que el legislador no quiere renunciar a actuar con contundencia (o al menos quiere dar la imagen de que se actúa con contundencia), aunque luego le pueda surgir la duda de *si no se le habrá ido un poco la mano* y crea verse obligado a recurrir a cláusulas que servirán a modo de válvulas de escape para los jueces.

El legislador se decanta entonces por la siguiente técnica: en primer lugar, se prevén penas que contienen un mensaje claro y contundente de reproche del legislador hacia determinado tipo de delincuencia y están destinadas a lograr efectos preventivo-

generales tanto positivos como negativos, pero que son al menos sospechosas desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito (esto no se modifica). Y, a continuación, lo que hace es establecer *válvulas de escape* en forma de cláusulas innominadas, que permiten en todo caso al juez escapar en el caso concreto de la rigidez de la consecuencia jurídica. Esto último no deja de transmitirnos la impresión de que es una regulación *tramposa* que busca un efecto meramente simbólico del Derecho penal, pues el juez puede escapar en todo caso de la consecuencia jurídica más grave prevista; una regulación con la que no se solucionan, o más bien, no necesariamente se solucionan, los defectos de que adolecían las regulaciones en las que se insertan estas cláusulas.

Los problemas relativos al principio de legalidad definitivamente no sólo no se corrigen sino que se agravan, puesto que la decisión sobre la aplicación de los nuevos marcos penales corresponde enteramente a la discrecionalidad de los jueces. Y respecto a los problemas de proporcionalidad sucede que, primero, las conductas que no merecen pena siguen estando integradas en el tenor literal del precepto; y segundo, aquéllas que merecen menor pena no *necesariamente* serán castigadas con menor pena, sino que *podrán* ser castigadas con menor pena, por lo que todo dependerá del uso que hagan los jueces de estas cláusulas. Pero incluso si los jueces hicieran un *buen uso* de estas cláusulas (esto es, si no recurren a un método de valoración global sino a un método tipificador, sustituyendo al legislador en la toma de una decisión que aquél que no se vio capaz de adoptar⁵⁶) veremos precisamente que se exigirá de los jueces que se comporten como legisladores, conforme a un método que les es ajeno y comprometiendo de forma grave las garantías derivadas del principio de legalidad⁵⁷.

b) Otra explicación del surgimiento de este tipo de cláusulas, es que las mismas son fruto del miedo del legislador a la infra o a la sobreinclusión, es decir, del miedo a no abarcar lo suficiente (*infrainclusión*),

55 Sobre la distinción entre defectos en la configuración de la ley penal debidos a un defecto o una falta total de decisión o valoración legislativa y defectos en la construcción del tipo o en la transposición de aquella decisión en una concreta forma delictiva v. LEMMEL, *Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 181. Al respecto v. también NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 4 y ss.

56 En estos casos el legislador pese a ser el competente para adoptar la decisión básica, le cede su puesto al juez, y es este último el que debe completar la tarea que aquél no se vio en condiciones de realizar; v. sobre este problema HETTINGER, *Pötz-FS*, p. 103; el mismo, GA, 1995, p. 419. V. también NAVARRO FRÍAS, *RP*, 19, 2007, p. 114.

57 Sobre estos problemas v. NAVARRO FRÍAS, *Técnica legislativa y tipicidad penal*. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, pp. 553 y ss.

pero también a abarcar demasiado (*sobreinclusión*)⁵⁸. En estos casos, que vislumbramos en ocasiones como el trasfondo de la aparición de cláusulas parcialmente innominadas, el legislador localiza una razón que parece justificar por sí misma la modificación de la pena; pero inmediatamente duda sobre *si en todos los casos* en los que concurra esa razón debe modificarse la pena y sobre *si no habrá otros casos*, fuera del ámbito de tal razón, que también merecen esa modificación de la pena, y entonces *abre* el precepto. Y así hay cláusulas que, al contrario que las totalmente innominadas, sí delimitan en muchos casos un injusto específico —pues contribuyen, por ejemplo, a graduar cuantitativamente elementos del tipo tales como la violencia o la intimidación en el robo (art. 242. 4 CP); el medio o el resultado de las lesiones (art. 147. 2 CP); o el peligro causado por los incendios (art. 351 CP)—, pero en las que el legislador no termina de estar seguro de que los elementos que apuntan hacia una (en estos casos) menor pena justifiquen en todos los supuestos una modificación de la pena; razón por la que *abre* la regulación. Lo mismo parece ocurrir con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en los que el legislador ha concretado que los casos de distribución al por menor merecen, en principio, menor pena por ser menos graves, pero a continuación añade “atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico” y dispone la consecuencia jurídica de forma meramente facultativa. En definitiva: el legislador toma una decisión acerca de un concreto elemento de lo injusto específico del delito, cuya concurrencia en principio justifica la entrada de una nueva pena. El problema es que, al no estar seguro quizás de sus valoraciones, y al temer los riesgos de la infra o de la sobreinclusión, introduce una parte

innominada en estas cláusulas, que da entrada a otras circunstancias del hecho y del delincuente que deben ser ponderadas por los jueces y tribunales.

Esto ha llevado en el pasado a que los jueces y tribunales entiendan —no sin razón— que el legislador requiere de ellos una valoración global del hecho para la aplicación de estas cláusulas⁵⁹, lo que finalmente desemboca, primero, en una situación de gran inseguridad respecto a la aplicación del Derecho; y segundo, en que se diluya el objetivo que tenía la regulación, es decir, agravar o atenuar la pena en atención a unos determinados elementos del delito, con lo que se pierde lo que se podría haber ganado en proporcionalidad. Volviendo al caso de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial, podría llevar a que el juez negara la aplicación de la cláusula de atenuación pese a tratarse de un caso de distribución al por menor, por ejemplo, por ser el sujeto reincidente (en atención, por tanto, a las “características del culpable”).

4. Por todo lo visto las cláusulas innominadas no sólo no solucionan los problemas de los contextos normativos en los que se insertan sino que los agravan, pues es una técnica deficiente en términos tanto de proporcionalidad como de determinación.

Primero, porque se trata de una cláusula en la que en sí misma no existe un equilibrio valorativo entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Podría decirse que se trata de cláusulas en sí mismas desproporcionadas en las que se prevé una modificación esencial de la pena anudada a una modificación no esencial de lo injusto o de la culpabilidad; y siendo así, ¿cómo iban a contribuir a solucionar los problemas de proporcionalidad de una regulación cláusulas que son en sí mismas desproporcionadas?⁶⁰

58 V. sobre la infrainclusión y la sobreinclusión FERRERES COMELLA, El principio de taxatividad, pp. 34-5. V. también SILVA SÁNCHEZ, Jakobs-FS, pp. 650-1.

59 Por ejemplo, respecto a la cláusula contenida antes de la reforma por LO 5/210 en el art. 242. 3 CP (y actualmente recogida en el art. 242. 4 CP), el Tribunal Supremo ha declarado que “esta norma constituye una interesante novedad del CP de 1995 que viene a permitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias concretas del caso” y que para aplicarla se debe “valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido”; v. la STS 1605/2000, de 20 de octubre, FJ 2 (cursivas añadidas). En idéntico sentido, v. la STS 1388/2002, de 16 de julio, FJ 6. 2. También declara la STS 1787/2001, de 8 octubre, FJ 4, “que esta norma constituye una interesante novedad del CP 1995 que viene a permitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias concretas del caso, una más adecuada proporcionalidad en definitiva, a fin de solucionar aquellos supuestos que, mereciendo la cualificación de robos, y no de hurtos, por existir realmente una violencia o intimidación, sin embargo, por la poca importancia del elemento coaccionador contra la víctima, resultaban con una pena desproporcionada”. Sobre la exigencia de una valoración global del conjunto de circunstancias del hecho para la aplicación del (antiguo) apartado 3º del art. 242 CP, v. BRANDARIZ GARCÍA, El delito de robo con violencia o intimidación en las personas, p. 245.

60 Cualquier modificación *esencial* de la pena (tanto agravatoria como atenuatoria) con fundamento en lo injusto (o en la culpabilidad) debe tener como base una modificación de lo injusto (o de la culpabilidad) asimismo *esencial*. Por este motivo, la consecuencia jurídica prevista para las cláusulas innominadas, que son meros factores de individualización de la pena, es desproporcionada. V. al respecto NAVARRO FRIAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, pp. 347-50.

Segundo, porque no logran excluir las conductas que en absoluto merecen o necesitan pena. En este sentido, es evidente que poco se gana para las conductas que no parecen llegar siquiera al mínimo exigible de merecimiento y necesidad de pena con la atenuación del apartado 3º del artículo 286 bis CP. Es más, no hay que olvidar que una última consecuencia perversa de este sistema es que del hecho de que ahora se prevea una sanción especial para casos menos graves se puede derivar que supuestos en los que antes se absolvía con base en los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, ahora se castigue⁶¹. Tampoco logra garantizar que se aplique una menor pena a las conductas que lo merezcan.

Tercero, porque incluso cuando la cláusula empieza bien, señalando los rasgos esenciales de las conductas merecedoras de menor pena —como ocurre, por ejemplo, con la referencia a los casos de *distribución al por menor* en los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial—, finalmente acaba mal, abriendo la regulación de manera que los jueces se ven abocados a una valoración casi global del caso, perdiendo lo conseguido en términos de proporcionalidad.

Y cuarto, porque representan una quiebra inasumible de intereses ligados al principio de legalidad.

Bibliografía

AGUADO CORREA, Teresa, El principio de proporcionalidad en Derecho penal (Edersa) Madrid, 1999.

AMELUNG, Knut

– *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, ZStW, 92 (1980), pp. 19-72.

BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador (3ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Madrid, 2007.

BOONE, Miranda, *Los procesos legislativos penales en los Países Bajos. ¿Qué racionalidad hay detrás del Derecho penitenciario especial para pequeños traficantes de droga?* (traducción de Prieto del Pino) en: Díez Ripollés/Prieto del Pino/Soto Navarro (eds.), *La política legislativa penal en Occidente*.

Una perspectiva comparada (Tirant lo Blanch) Valencia, 2005, pp. 385-409.

BRANDARIZ GARCÍA, José-Ángel, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas* (Comares) Granada, 2003.

BRUNS, Hans-Jürgen, *Das Recht der Strafzumessung* (2ª ed. Carl Heymann) Köln-Berlin-Bonn-München, 1985.

– *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, ZStW, 94 (1982), pp. 111-26.

CARUSO FONTÁN, María Viviana, *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*, Foro, 9, 2009, pp. 145-72.

CASTIÑEIRA PALOU, María-Teresa, *Sobre el alcance de la protección penal de la propiedad industrial* en: Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial* (Marcial Pons) Barcelona, 2003, pp. 263-81.

CASTIÑEIRA PALOU, María-Teresa/ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Cómo absolver a los “top manta”?* (*Panorama jurisprudencial*), InDret, 2, 2007, pp. 1-15.

CASTRO MORENO, Abraham, *El nuevo delito de corrupción en el deporte*, Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento, 28, 2010, pp. 17-36.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito* (6ª ed. Tecnos) Madrid, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, José-Antonio, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal* (Colex) Madrid, 1997.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José-Luis/BLANCO CORDERO, Isidoro, *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?* en: Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir* (Tecnos) Madrid, 2002, pp. 257-90.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto-Javier, *El principio de proporcionalidad penal* (Tirant lo Blanch) Valencia, 2007.

61 Respecto a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, lo ha puesto de relieve MUÑOZ CONDE, PE, pp. 496 y 501.

- DÖLLING, Dieter/DUTTGE, Gunnar/RÖSSNER, Dieter (eds.), *Nomos Kommentar. Gesamtes Strafrecht. Handkommentar (Nomos) Baden-Baden*, 2008.
- DOOB, Anthony N., *Política criminal en Canadá: "ladra mucho y muerde poco"* (traducción de Soto Navarro) en: Díez Ripollés/Prieto del Pino/Soto Navarro (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada (Tirant lo Blanch) Valencia*, 2005, pp. 355-83.
- DROST, Heinrich, *Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform*, NJW, 1955, pp. 1255-8.
– Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt (Heymanns) Berlin, 1930.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, EPC, 23, 2001, pp. 60-98.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Andrés Ibáñez/Ruiz Miguel/Bayón Mohino/Terradillos Basoco/Cantareo Bandrés) (5ª ed. Trotta) Madrid, 2001.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)* (Civitas) Madrid, 2002.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (56ª ed. C. H. Beck) München, 2009.
- FOFFANI, Luigi, *La "corrupción privada". Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización* en: Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Universidad de Castilla-La Mancha) Cuenca, 2006, pp. 381-92.
- FRISCH, Wolfgang, *Ermessen, unbestimmter Begriff und "Beurteilungsspielraum" im Strafrecht*, NJW, 1973, pp. 1345-9.
- GILI PASCUAL, Antoni, *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007*, RE-CPC, 9, 2007, pp. 1-35.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?*, *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias económicas y empresariales*, 74, 2008, pp. 225-43.
- GRACIA MARTÍN, Luis (coord.)/BOLDOVA PASAMAR, Miguel-Ángel/ALASTUEY DOBÓN, María-Carmen, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (Tirant lo Blanch) Valencia, 2006.
- HENKEL, Heinrich, *Recht und Individualität* (Walter de Gruyter) Berlin, 1958.
- HETTINGER, Michael, *Das Doppelverwertungsverbot bei straffrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)* (Duncker & Humblot) Berlin, 1982.
– *Zur Rationabilität heutiger Strafgesetzgebung im Hinblick auf die Rechtsfolgenbestimmung. Begriffe ohne Inhalt, Straffrahmen ohne Konturen*, GA, 1995, pp. 399-429.
– *Über den Begriff der minder schweren Fälle -ein Beitrag zu ihrer Entstehungsgeschichte* en: Wolter (ed.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz* (Decker) Heidelberg, 1993, pp. 77-113.
- HILL, Hermann, *Einführung in die Gesetzgebungslhre* (C. F. Müller) Heidelberg, 1982.
- KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, *Polít. crim.*, 3, 2007, A1, pp. 1-18 (<http://www.politicacriminal.cl>).
- KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar* (26ª ed. C. H. Beck) München, 2007.
- LAUFHÜTTE, Heinrich-Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Bd. 10 (12ª ed. De Gruyter Recht) Berlin, 2008.
– *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Bd. 2 (12ª ed. De Gruyter Recht) Berlin, 2006.
- LEMMEL, Hans-Peter, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundstaz nullum crimen sine lege* (Duncker & Humblot) Berlin, 1970.
- LOPERA MESA, Gloria-Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Madrid, 2006.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (4ª ed. Thomson Civitas) Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (2ª ed. Tirant lo Blanch) Valencia, 2005.
- MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen* (2ª ed. Springer) Berlin-Heidelberg-New York, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (18ª ed. Tirant lo Blanch) Valencia, 2010.

- NAVARRO FRÍAS, Irene, Mandato de determinación y tipicidad penal (Comares) Granada, 2010.
- Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, tesis doctoral, La Laguna, 2009.
 - *Nuevas técnicas de destipificación en el Derecho penal moderno: el caso alemán de los ejemplos-regla*, RP, 19, 2007, pp. 106-119.
- NIETO MARTÍN, Adán, *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado)*, RP, 10, 2002, pp. 55-69.
- NOLL, Meter, Gesetzgebungslehre (Rowohlt) Hamburg, 1973.
- ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, *Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España*, CPC, 99, 2009, pp. 93-123.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel
- *Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. (Con atención a las reformas introducidas por las LO 15/2003 y 11/2003)* en: Carbonell Mateu/Del Rosal Blasco/Morillas Cueva/Orts Berenguer/Quintanar Díez (coords.), Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal (Dykinson) Madrid, 2005, pp. 807-35.
- SANZ MULAS, Nieves/GONZÁLEZ BUSTOS, María-Ángeles/MARTÍNEZ GALLEGO, Eva-María (coords.), *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (Iustel) Madrid, 2005.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (27ª ed. por Lenckner, Eser, Stree, Eisele, Heine, Perron y Sternberg-Lieben. C. H. Beck) München, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto*, Diario La Ley, 7464, 2010, pp. 1-7.
- *Zur sogenannten teleologischen Auslegung* en: Pawlik/Zaczyk (eds.) in Verbindung mit Cancio Meliá, Montealegre, Lesch, Müssig, Perdomo-Torres, Sancinetti, Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007 (Carl Heymann), Köln-Berlin-München, 2007, pp. 645-661.
- SOLA RECHE, Esteban, “Prólogo” en: Sola Reche/Hernández Plasencia/Flores Mendoza/García Medina (eds.), *Derecho penal y psicología del menor* (Comares) Granada, 2007, pp. XIII-XIV.
- “Presente y futuro de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (Aspectos problemáticos de la aplicación de la Ley penal del menor)” en: Sola Reche/Hernández Plasencia/Flores Mendoza/García Medina (eds.), *Derecho penal y psicología del menor* (Comares) Granada, 2007, pp. 3-24.
- STRENG, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung* (Kohlhammer) Stuttgart-Berlin-Köln, 1991.
- STÜCK, Hege, *Subsumtion und Abwägung*, ARSP, 84, 1998, pp. 405-19.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares” (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entienda la competencia en el mercado)* en: Álvarez García (dir./coord.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (Tirant lo Blanch) Valencia, 2009, pp. 487-514.
- VIVES ANTÓN, Tomás-Salvador/ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan-Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal. Parte especial* (2ª ed. Tirant lo Blanch) Valencia, 2008.
- VOLK, Klaus, *Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung*, Gössel/Triffterer (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* (C. F. Müller) Heidelberg, 1999, pp. 419-31.
- WALTER, Robert, *Die Lehre von der Gesetzestechnik*, ÖJZ, 1963, pp. 85-90.
- WARDA, Günter, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht* (Carl Heymann) Köln-Berlin-Bonn-München, 1962.