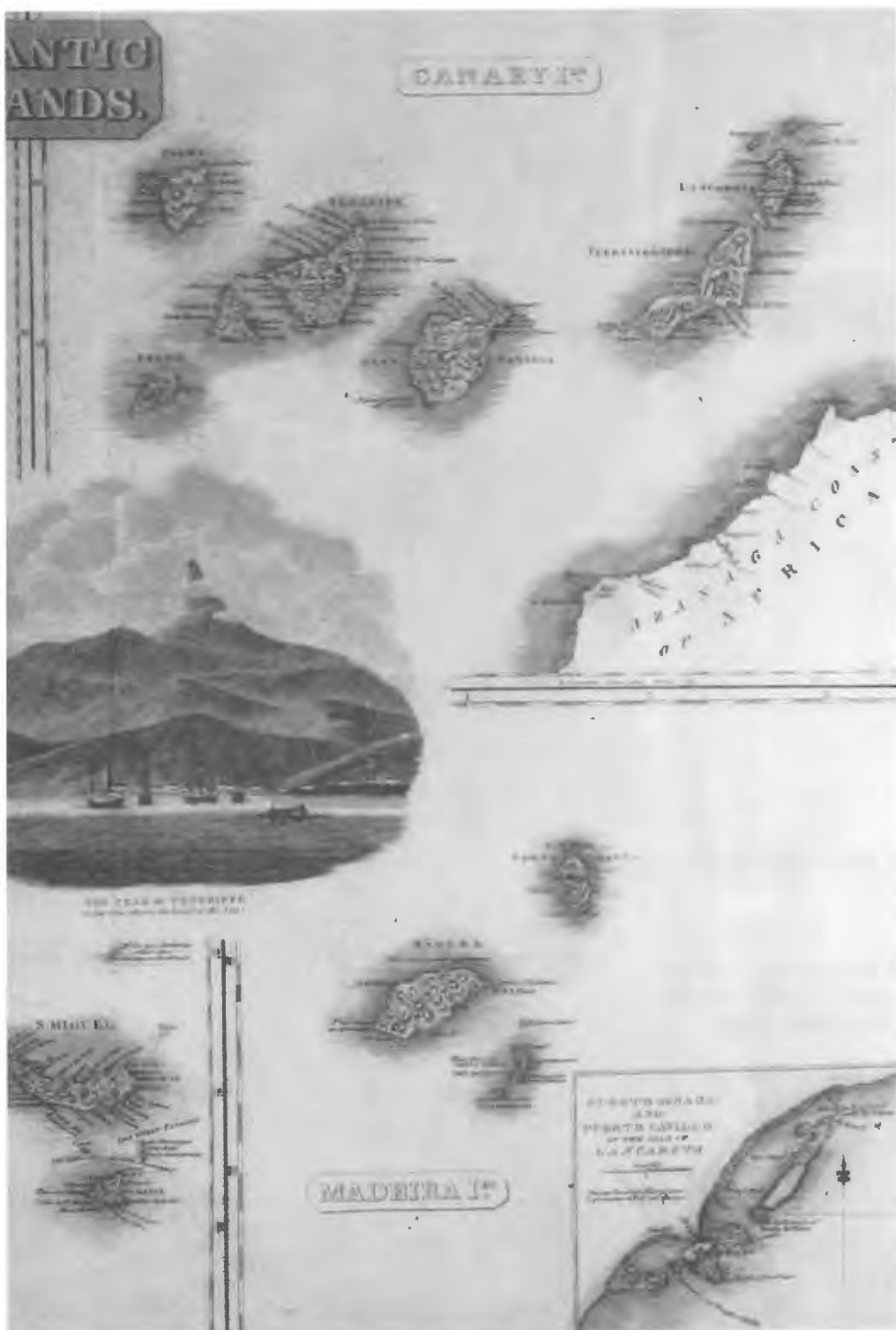


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXVI

Enero - Abril

1993-I

S U M A R I O

	Págs.
<i>Introducción</i>	7
<i>Presentación</i>	9
<i>“Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa”</i> por don ENRIQUE BACIGALUPO	11
<i>“Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983”</i> por don SANTIAGO MIR PUIG	35
<i>“El proyecto de Código penal de 1992. Cuestiones de parte general”</i> por don IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	59

<i>“Las reformas en materia de delitos contra las personas”</i> por el Prof. Dr. JOAN J. QERALT	77
<i>“La reforma penal militar. Determinación e individualización de la pena”</i> por don JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO	97
<i>“Política criminal y reforma penal. Delitos económicos”</i> por don MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ	121
<i>“Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos: dos casos paradigmáticos: arts. 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del C.P.”</i> por el Dr. AGUSTÍN JORGE BARREIRO	137
<i>“La legislación antiterrorista: 1977-1992”</i> por don LUIS ARROYO ZAPATERO	151
<i>“Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal)”</i> por don ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG	165
<i>“El Derecho administrativo sancionador como derecho garantizador y como alternativa al Derecho penal”</i> por don JOSÉ SUAY RINCÓN	185
<i>“El Derecho penal y las nuevas tecnologías”</i> por don CARLOS M. ROMEO CASABONA	195

INTRODUCCIÓN

Este número de la ya añeja Revista del Foro Canario exige decir algo a los compañeros y compañeras de nuestro Colegio y a los muchos lectores que la reciben por razones de intercambio, o por solicitudes que nos ha parecido conveniente, y hasta halagüeño, atender: llámense ellas de Parlamento y Senado Nacionales, Parlamentos y Gobiernos Autonómicos varios, Universidades españolas y extranjeras de habla hispana, y de otras más recientes, también foráneas aunque de distinta lengua, a todos los cuales llega igualmente por una demanda atribuida a la calidad técnica que se le otorga porque parece indudable haber logrado adquirirla.

La razón del exordio se basa simplemente en dos particularidades que, aunque son notorias, deben expresarse: La primera es la bastante mayor espesura de su paginación, en relación con lo que ha sido habitual hasta ahora; y, la segunda, dejar patente desde el inicio el cumplimiento de un compromiso con el Área de Derecho Penal de nuestra Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; querido centro docente que vimos y ayudamos a nacer por obvios motivos de justicia y equilibrio de la enseñanza superior en el Archipiélago Canario.

Y ese compromiso obedecía, en parte, a la colaboración que este Colegio de Abogados ofreció para que, contando con él, la I Semana de Derecho Penal de Las Palmas tuviera continuidad en la II, cuyas ponencias, bajo la rúbrica genérica de “15 años de Derecho Penal y Democrático”, se celebraron y debatieron en nuestra Casa-Palacio del histórico Barrio de Vegueta, con gran éxito no sólo debido a la asistencia de público, especialmente operador en los ámbitos del Derecho, sino también, y no menos, por el gran interés de las mismas y la categoría nacional e internacional de quienes las tuvieron a su cargo y responsabilidad.

Su contenido queda escrito para siempre en este volumen —obviamente de carácter especial— que, estamos seguros, tendrá la mejor acogida y refleja la manifiesta conexión —entrañable conexión— entre nuestra vieja Corporación togada y “nuestra” también joven Universidad, apostadora por la modernidad, oportunidad y eficacia que exigen los tiempos actuales.

SALVADOR TRUJILLO PERDOMO

Decano

PRESENTACIÓN

*Excmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados,
Excmo. Sr. Vicerrector de la Universidad,
Illmo. Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas,
Distinguidos Colegas,
Señoras y señores:*

Me cabe el placer de darles la bienvenida a todos ustedes. A unos por haberse desplazado hasta este acogedor Salón de Actos del Colegio de Abogados de Las Palmas, a fin de asistir a la presentación y debate de las ponencias que conforma la II Semana de Derecho Penal de Las Palmas que lleva por título: “15 Años de Derecho Penal Democrático”. A otros, precisamente los ponentes, por haber aceptado nuestra invitación con plena disposición de ánimo y prestarse a realizar el balance de los últimos quince años de Derecho Penal, que son, y a esto le hemos conferido singular importancia, los mismos años que la reinstauración democrática lleva entre nosotros.

Esta efeméride, que, quizás, en otros pagos, suene extravagante, movió al Área de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria a organizar esta II Semana con un leit motiv hasta la fecha inédito entre nosotros: efectuar el balance jurídico-penal de lo acontecido desde 1977 en España.

Ciertamente nos hemos propuesto una tarea amplia y compleja, para la que tal vez falte perspectiva. Sin embargo, no parece ocioso llevar a cabo esta reflexión pública, por más carencias que pueda tener, carencias que otros, desde este u otros foros, deben colmar. No quiero aquí repetir, por haberlo expuesto recientemente en la prensa de esta capital y por la brevedad que esta presentación supone, algunas de las motivaciones que, inicialmente, nos han convocado a este acto.

Sólo quiero reiterar que con la diversa procedencia científica y profesional de los ponentes, así como con el contenido de los debates, somos de la convicción de que el pluralismo intelectual está asegurado y, con él, a buen seguro, un fructífero resultado de esta II Semana de Derecho Penal de Las Palmas.

Como punto final de esta salutación, deseo expresar en nombre de los Profesores del Área de Derecho Penal —que han coadyuvado de modo encomiable a que hoy podamos estar aquí— y en el mío propio, nuestro reconocimiento al Colegio de Abogados de Las Palmas, personificado en su Decano, Salvador Trujillo Perdomo, que no ha hecho sino sembrar de facilidades la andadura previa de esta II Semana, y su Aula de Práctica Jurídica, con cuyo Director, José Miguel Ortigosa, al frente, nos ha prestado todo su auxilio personal y material; vaya para ellos nuestro entrañable recordatorio por su plena disposición a todos los efectos, en todo momento y con todas las consecuencias.

Igualmente, y no hacerlo sería más que una injusticia, algo más grave, una ingratitud, hemos de señalar que sin la gran acogida prestada por el Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Profesor Francisco Rubio Royo, este segundo encuentro, que tiene pretensiones de ser una cita tradicional, no se habría celebrado. Tampoco debemos olvidar la entusiasta colaboración del Director del Departamento de Ciencias Jurídicas, el Profesor José Suay Rincón, ni la participación de la Facultad de Ciencias Jurídicas en cuanto al apoyo material prestado. A todos, pues, nuestro cabal reconocimiento.

Aquí debemos poner fin a mi intervención. Sin embargo, aunque algunos de ustedes, quizás ya estén al corriente, por motivos profesionales el Profesor Cobo del Rosal, a cuyo cargo debía correr la ponencia inaugural de esta II Semana, se ha visto impedido de acudir por motivos profesionales de última hora y de perentorio cumplimiento. Me ruega les haga llegar su pesar por faltar a esta cita y así lo hago en la seguridad que justificarán su ausencia.

Ahora sí, finalizo y les agradezco muy de corazón su presencia hoy aquí a todos ustedes.

JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ
Director de las Jornadas

LAS BASES INSTITUCIONALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS - EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO TAREA INCONCLUSA

ENRIQUE BACIGALUPO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

I

El mayor acontecimiento jurídico ocurrido en los últimos quince años ha sido la sanción de la Constitución en 1978. La introducción de una norma fundamental de aplicación directa por los Tribunales implicó una transformación sustancial del sistema del orden jurídico: de un sistema jurídico en el que las leyes ordinarias eran consideradas como normas últimas, se pasó a un sistema en el que las normas legales ordinarias deben reconocer sus límites frente a las constitucionales. Esto tiene una especial repercusión en el ámbito del Derecho penal, pues todo su contenido afecta a derechos fundamentales, a los “valores superiores del ordenamiento jurídico” (art. 1.º CE) y a los “fundamentos del orden político y de la paz social” (art. 10.2 CE), pues sus normas inciden de una manera decisiva sobre la libertad de acción y pueden afectar del mismo modo a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

Hasta 1978 la vinculación del texto de la ley penal con principios superiores y obligatorios era una opción metodológica libre del intérprete. Ejemplo de ello fue la discusión en torno al “*versare in re illicita*” anterior a la reforma del Código Penal de 1983. En ella el conflicto entre “*versare in re illicita*” y el principio de culpabilidad no era una cuestión decisiva. La discusión se desarrolló, por el contrario en base a un entendimiento de los antiguos arts. 1.º, 9.4.º y 50 CP que permitía combatir la afirmación de la doctrina dominante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, demostrando que la letra de la Ley posibilitaba, o al menos no impedía, la compatibilidad de las normas penales con el principio de culpabilidad⁽¹⁾.

Desde 1978 la validez de los textos legales y de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios superiores. Más aún, la aplicación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme a la Constitución”⁽²⁾, es decir, que los Tribunales ordinarios deben aplicar las normas de tal manera “que una Ley de contenido ambiguo o indeterminado se determina por el contenido de la Constitución” y que “no cabe declarar la nulidad de una Ley que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución”. Asimismo, a los derechos fundamentales se les reconoce un “*efecto irradiante*” sobre el derecho ordinario⁽³⁾.

Como es claro, no es posible un análisis de todos y cada uno de los efectos que la Constitución ha tenido sobre el Derecho Penal material. Por lo tanto, sólo nos referiremos a un principio básico del Derecho penal democrático: el principio de legalidad.

II

En la teoría y en la práctica existe un difundido consenso respecto de las consecuencias que se derivan del principio de legalidad. En particular se reconocen cuatro prohibiciones como consecuencia del mismo: prohibición de aplicación retroactiva de la Ley (*Lex praevia*); prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el derecho escrito (*Lex scripta*); prohibición de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*Lex stricta*); prohibición de cláusulas

(1) Confr. *Cerezo Mir*, Problemas Fundamentales del Derecho Penal, 1982, pág. 60/73, artículo publicado en ADPCP, 1962-1.

(2) Confr. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrecht der BRD, 16ª ed., 1988, págs. 29 y sts.

(3) Confr. *Bacigalupo*, en Rev. Española de Derecho Constitucional, 20 (1987), págs. 83 y sts.

legales indeterminadas (Lex certa). Cada una de estas prohibiciones tiene un destinatario preciso: la exigencia de Lex praevia se dirige tanto al legislador como al Juez; la de Lex scripta se dirige tanto al legislador como al Juez, lo mismo que la de Lex stricta; por último la de Lex certa tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente, al juez ⁽⁴⁾.

El consenso respecto de las consecuencias, sin embargo, no se extiende a los presupuestos hermenéuticos de la interpretación de la norma constitucional que establece el principio de legalidad. En este sentido es preciso distinguir dos problemas diversos: la cuestión de quién es el sujeto protegido por el principio de legalidad y la de cuál es su fundamento.

a) ¿Quién es el sujeto protegido por el principio de legalidad? La cuestión adquiere un tono altamente polémico hace ahora exactamente un siglo. En 1883 Franz v. Liszt formuló su conocida concepción del Derecho Penal como “*magna charta del delincuente*”. “Según mi opinión —decía v. Liszt—, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la magna charta del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se revela contra éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la Ley y dentro de los límites legales” ⁽⁵⁾. De esta manera entendía v. Liszt que se justificaba el mantenimiento del derecho penal, a pesar de las dudas que al respecto podía generar la influencia de las investigaciones sociológicas y antropológicas sobre los conceptos fundamentales del Derecho Penal. Pero, ¿por qué habría que proteger al delincuente que representa un peligro para la sociedad?

La formulación de esta pregunta, sin embargo, pone de manifiesto que v. Liszt había equivocado quién debía ser el sujeto protegido por el principio de legalidad. En efecto, en un Estado de Derecho que garantiza la presunción de inocencia el Juez nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra. Por lo tanto, el Código Penal no debe ser considerado la magna charta del delincuente, sino la *magna charta del ciudadano* ⁽⁶⁾.

(4) Confr. Bacigalupo, Principios de Derecho Penal, P.G. 2ª ed., 1990, págs. 32 y sts.; Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, 2ª ed., 1984, págs. 190 y sts.; Cobo del Rosal / Vives Antón, Derecho Penal, P.G. 3ª ed., 1990, págs. 60 y sts.; Mir Puig, Derecho Penal, P.G. 3ª ed., 1990, págs. 84 y sts.

(5) Strafrechtliche Vortraege und Aufsätze, II, 1905, pág. 80.

(6) Confr. Naucke, Strafrechts, eine Einfuehrung, 3ª ed., 1980, pág. 80; Schuenemann, Nulla poena sine lege?, 1978, pág. 1, nota 2.

La diferencia “no es un juego de formulaciones elegantes” ⁽⁷⁾, pues si el acento se pone en el delincuente es claro que el principio de legalidad se debería entender como un *mal necesario*, pues protege al mal ciudadano frente a la sociedad; consecuentemente toda reducción de su contenido puede aspirar a contar con comprensión. Por el contrario, si el principio de legalidad protege al ciudadano, será un *bien necesario*, pues protegerá al débil frente al poderoso (el Estado), y la limitación de sus alcances no debería contar con la comprensión de los ciudadanos ⁽⁸⁾.

b) La otra cuestión previa es la referida al fundamento del principio de legalidad. Sólo es posible establecer si el principio ha sido o no vulnerado si se conoce su fundamento: vulnerar el principio de legalidad significa contradecir su fundamento. Al respecto se han formulado muy diversos puntos de vista teóricos, que han procurado aclarar esta problemática.

aa) En primer lugar se ha entendido que el principio de legalidad es una consecuencia del *principio de culpabilidad* ⁽⁹⁾. En este sentido se piensa que la culpabilidad presupone el conocimiento de la norma legal infringida o, por lo menos, la posibilidad del mismo, lo que requiere la previa incriminación legal del hecho. Este punto de vista ha sido rechazado en general por dos razones: en primer lugar porque se estima —con razón— que el conocimiento de las normas no depende del derecho escrito; también el derecho no legislado puede ser conocido ⁽¹⁰⁾. Por otra parte se sostiene que el principio de culpabilidad no requiere la posibilidad de conocimiento de las consecuencias jurídicas, por lo que de esta manera se quedaría fuera de la garantía el requisito de previa determinación legal, considerado esencial para el principio de legalidad ⁽¹¹⁾.

bb) Desde otra perspectiva se afirma que el principio de legalidad tiene sus raíces en el principio democrático y en la división de poderes ⁽¹²⁾ dado que sólo el Parlamento está autorizado para introducir una limitación de los derechos fundamentales como la implícita en el Derecho Penal. Sin embargo, se admite, en general, que no es posible fundamentar con este criterio la prohibición de la retroactividad ⁽¹³⁾.

(7) Naucke, ibídem.

(8) Naucke, ibídem.; Bacigalupo, Principios de Derecho Penal, P.G., 2ª ed., 1990, págs. 35 y sts.

(9) Confr. Sax, en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/2, 1959, pág. 999.

(10) Jakobs, Strafrecht, 47, 2ª ed., 1991, pág. 65.

(11) Confr. Roxin, Strafrecht, AT, I, 1992, pág. 74; Schuenemann, loc. cit., pág. 15; Jakobs, loc. cit. Otro punto de vista: Bacigalupo, Delito y Punibilidad, 1983.

(12) Confr. Gruenwald, en ZTtW 76 (1964), págs. 13 y sts.

(13) Confr. Roxin, loc. cit., pág. 73; Jakobs, loc. cit., pág. 66. Sin embargo este punto de vista ha sido puesto en duda por Schreiber, Gesetz und Richter, 1975, págs. 57 y sts., especialmente 59 y ste.: “Al concepto de ley pertenece (...) su generalidad (...). Una ley retroactiva no sería general, pues sólo alcanzaría un número determinado de casos ya pasados”. Acepta probablemente esta opinión Schuenemann, loc. cit., pág. 15.

cc) También se ha sostenido que el principio de legalidad es producto necesario de la *protección de la confianza*, es decir de la garantía de calculabilidad de las consecuencias jurídicas de sus acciones por el ciudadano fiel al orden jurídico. Ello es aceptado, en principio, como correcto, aunque, se estima también que este punto de vista ha servido para ahuecar el principio de legalidad, pues sobre esta concepción se ha apoyado la tendencia a excluir las reglas de la prescripción de la garantía de la irretroactividad por parte del Tribunal Federal Constitucional Alemán (BVerfG) ⁽¹⁴⁾.

dd) En la más moderna teoría se sostiene, por un lado, que la vinculación del Juez a la Ley impuesta por el principio de legalidad tiene la finalidad de “garantizar objetividad”. Es decir: “el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados, ni ser un medio contra autores ya conocidos, sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada Ley dictada con anterioridad al hecho” ⁽¹⁵⁾.

ee) Asimismo, desde otra perspectiva, se distingue entre las raíces constitucionales y las juridicopenales del principio de legalidad. En el *sentido constitucional* se trata de la legitimación de la intervención en los derechos de un ciudadano: “todo funcionario no legitimado democráticamente en forma directa para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos requiere una legitimación material a través del legislador que es quien mejor representa la *volonté générale*, lo que rige muy especialmente en relación a las intervenciones de la justicia penal, que no es raro tengan un efecto destructivo de la existencia” ⁽¹⁶⁾. En el *sentido jurídico-penal* se señalan dos aspectos que ilustran la raíz del principio de legalidad: “en el ámbito del núcleo internalizado del Derecho Penal ⁽¹⁷⁾ la imposición de una pena presupone el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible, pues, de otra manera, ésta no podría ser experimentada como una ratificación contrafáctica de la confianza defraudada en las normas, lo que impediría estabilizar la lealtad jurídica existente en los ciudadanos” ⁽¹⁸⁾. Por el contrario, “en el ámbito de la nueva criminalidad, todavía no internalizada, la existencia de una amenaza penal es inclusive un presupuesto necesario para la elaboración de la disposición de conducta leal al

(14) Confr. las críticas en *Schuenemann*, loc. cit., pág. 16; *Jakobs*, loc. cit., pág. 55 y ste.; *Schreiber*, loc. cit., págs. 214 y sts.

(15) *Jakobs*, loc. cit., pág. 67. Similar: *Gruenwald*, loc. cit.

(16) *Schuenemann*, loc. cit., pág. 11.

(17) Es decir: el derecho penal culturalmente asimilado en la conciencia individual.

(18) *Schuenemann*, loc. cit., pág. 14.

orden jurídico, pues de otra forma no existiría siquiera una prevención por medio de la coacción. De ello surge el principio general de que una pena sólo puede ser impuesta si, por lo menos, el autor pudo ser motivado a un comportamiento leal al orden jurídico” (19).

Con estas consideraciones concluye *Schuenemann* (20) que “la fundamentación teleológica clásica del principio nulla-poena no ha quedado de lado como consecuencia de los modernos conocimientos teórico-jurídicos y científico-sociales, sino que ha sido solamente modificada”.

La reseña de puntos de vista que hemos realizado permite afirmar que la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden. Por un lado determina las *condiciones de legitimidad constitucional* de la pena, garantizando un origen democrático del Derecho Penal, así como la objetividad de su contenido. En este sentido se deben entender la exigencia de la Ley (escrita) y la prohibición de la analogía, que garantizan que sólo el parlamento mediante leyes puede limitar el derecho a la libertad mediante la amenaza de penas, y asimismo la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley. Por otro lado, estas exigencias resultan también necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad, es decir que, por lo menos, condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias.

III

Así entendido el fundamento del principio de legalidad se plantean algunas cuestiones que dividen las opiniones en cuanto al alcance del mismo en las zonas límites del derecho penal.

a) En primer lugar la cuestión referente al *significado de los plazos de prescripción*, respecto de los cuales se ha cuestionado la aplicación de la prohibición de aplicación retroactiva (21). La pertenencia de estos plazos a la Ley penal o la Ley procesal penal ha estado condicionada por la ambigüedad de su

(19) *Schuenemann*, ibídem.

(20) Loc. cit., pág. 15.

(21) Confr. *Jakobs*, loc. cit., págs. 67 y sts.; *Roxin*, loc. cit., pág. 85 y ste.; *Schreiber*, loc. cit., pág. 213; *Schuenemann*, loc. cit., pág. 25; *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, págs. 38 y sts.; *Troendle*, LK, parágrafo 2, 14.

naturaleza jurídica. Como es sabido, la prescripción ha sido entendida, por una parte, como instituto del Derecho penal material, pero también como propia del derecho procesal o, por último, ha sido caracterizada también como mixta (penal/procesal). Sin embargo, la validez del principio de legalidad y, por lo tanto, de la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley penal, no debe depender de estas clasificaciones, sino de su relación con los fundamentos y fines del principio de legalidad. Desde esta perspectiva es indudable que una ampliación de los plazos de prescripción vigentes en el momento del hecho por una Ley posterior a éste no debe ser aplicada retroactivamente, pues ello afectaría de una manera decisiva la garantía de objetividad en la medida en la que implica, en la práctica, una Ley destinada a juzgar hechos ya ocurridos, ampliando para ello el poder penal del Estado ⁽²²⁾.

El punto de vista contrario se apoya en otro entendimiento del principio de legalidad, que pone en primera línea la protección de la confianza del autor potencial y excluye su significación como limitación objetiva del poder del Estado ⁽²³⁾. A partir de tales premisas se justifica una aplicación retroactiva de la Ley penal precisamente porque la confianza en los límites de la perseguibilidad de un hecho punible no sería merecedora de protección constitucional. Este punto de vista, sostenido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán ⁽²⁴⁾, impone una relativización difícilmente tolerable de los principios del Estado de Derecho en función de una aplicación preponderante de razones de justicia material, que podrían desplazar la seguridad jurídica hasta anularla. Ello se percibe en el pasaje de la sentencia del BVerfG citada en la que se sostiene que “al Estado de Derecho no sólo corresponde la seguridad jurídica, sino también la justicia material (...) Si la seguridad jurídica choca con la justicia, es tarea del legislador decidirse por una u otra (...) Si ello tiene lugar sin arbitrariedad, su decisión no puede ser objetada constitucionalmente”.

Esta interpretación no resulta aceptable en el marco de la Constitución española, toda vez que si bien la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.º 1 CE), lo es junto a la libertad. Esto significa que el valor justicia no puede reducir al valor libertad de una manera tan considerable que éste resulte prácticamente anulado. Por este motivo el art. 9.º.3 CE establece de una manera general que las disposiciones restrictivas de derechos

(22) Confr. *Jakobs*, loc. cit., pág. 68; similar *Roxin*, loc. cit., pág. 86. En los resultados coincide la teoría dominante.

(23) Confr. al respecto: *Tiedemann*, loc. cit., pág. 39.

(24) Confr. BVerfGE 25, 269.

individuales no serán retroactivas, aunque, como es claro, por regla general tales restricciones podrán ser justas. El carácter limitativo de derechos fundamentales de las normas referentes a la prescripción, por lo demás, no debería ser puesto en duda a partir del art. 9.3º CE, dado que afectan por lo menos a la libertad.

b) La garantía de origen democrático (parlamentario) del derecho penal y de objetividad del mismo en el sentido antes expuesto se manifiesta en la solución de las cuestiones referentes al funcionamiento de la *prohibición de la analogía o de generalización en el ámbito de las causas de justificación*. La doctrina ha comprobado que el reconocimiento de causas de justificación no escritas amplía la punibilidad para aquel que se opone al ejercicio de las mismas; paralelamente la interpretación restringida más allá del texto de una causa de justificación reconocida extiende la punibilidad de aquel que pretenda valerse de ella.

Esta materia forma parte de la más amplia relativa a si la prohibición de la analogía rige también para la parte general ⁽²⁵⁾. Se trata, como es sabido, de una problemática no definitivamente aclarada, y por ello los diferentes puntos de vista difieren considerablemente. Así mientras *Jakobs* piensa que dada la imprecisión inherente a las causas de justificación, es admisible completarlas mediante causas no escritas o limitarlas mediante la interpretación, siempre y cuando ello sea posible mediante una deducción sistemática ⁽²⁶⁾, *Roxin* afirma que “está prohibido limitar por encima del texto que las establece las causas de inculpabilidad, las de exclusión o de renuncia a la pena, así como las condiciones objetivas de punibilidad”, pero diferencia de ellas las causas de justificación. Éstas no constituyen, según *Roxin*, una materia especial del derecho penal, sino que provienen de todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pueden ser desarrolladas independientemente del texto según sus propios principios ordenadores ⁽²⁷⁾. Por el contrario, no faltan autores que niegan toda posibilidad de una reducción teleológica del alcance del texto de una causa de justificación escrita, pero no excluyen la aplicación de la prohibición de la analogía en la creación de causas de justificación supraleales ⁽²⁸⁾.

(25) Confr. *Jakobs*, loc. cit., pág. 82, 88 que admite una vigencia débil de la prohibición de la analogía; *Jescheck*, *Lehrbuch des Strafrechts* (AT), 4ª ed., 1988, pág. 121; *Roxin*, loc. cit., pág. 81, que reconoce la aplicación de la misma allí donde en la parte general se establecen disposiciones que amplían la punibilidad, en forma similar a *Jescheck*.

(26) Loc. cit., pág. 89.

(27) Confr. loc. cit., págs. 81 y sts.

(28) Confr. *Hirsch*, en GS f. Tjong, 1985, págs. 50 y sts.

La cuestión planteada en primer lugar no puede ser resuelta sin tener en cuenta que la objetividad de la Ley penal no resulta perjudicada cuando el reconocimiento de una circunstancia justificante no escrita rige para excluir la punibilidad, pero no tiene porqué fundamentar la punibilidad de quien haya intentado impedir al autor el ejercicio del derecho que de ella surge. Dicho de otra manera: el efecto expansivo sobre la punibilidad no es una consecuencia lógicamente necesaria para el que impide el ejercicio de una causa no escrita de justificación, pues respecto de éste debe seguir rigiendo la prohibición de fundamentar la punibilidad en derecho no escrito.

Por el contrario, una reducción teleológica del alcance de una causa de justificación expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico sólo resultará compatible con la prohibición de generalización y con el respeto de la objetividad del derecho penal, si tal restricción del alcance se fundamenta — como lo propone *Jakobs*—⁽²⁹⁾ es una “cultura interpretativa practicada”, es decir, que recoge una tradición interpretativa suficientemente estabilizada como para garantizar una aplicación objetiva del derecho.

c) La doctrina dominante excluye que la prohibición de retroactividad se pueda extender a las modificaciones de la *jurisprudencia el Tribunal Supremo*. Por ejemplo: las modificaciones referentes al entendimiento que se debe dar a una “cantidad de notoria importancia” en el art. 344 CP o a la “especial gravedad” en los arts. 529, 7.º, 516, 3.ª ó 506, 8.ª CP⁽³⁰⁾. En favor de esta tesis se sostiene que una nueva jurisprudencia tiene indudablemente un efecto similar al de una nueva Ley, pero que de allí no cabe deducir una idéntica función⁽³¹⁾. En efecto, la jurisprudencia no vincula de la misma manera que la legislación, pues de lo contrario los Tribunales tendrían prácticamente el poder de legislar⁽³²⁾. En realidad, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho⁽³³⁾.

El punto de vista contrario⁽³⁴⁾ se apoya en la idea de “protección de la confianza”, que se vería afectada por un cambio jurisprudencial. Sin embargo,

(29) Confr. loc. cit., pág. 85.

(30) Confr. *Cobos de Linares*, ... quien propone lo contrario.

(31) Confr. *Jakobs*, loc. cit., pág. 105.

(32) *Jakobs*, ibídem.

(33) Confr. *Schuenemann*, loc. cit., pág. 28; *Roxin*, loc. cit., págs. 86 y ste.; *Troendle*, LK 10ª ed., parágrafo, 2 16/24.

(34) Confr. p. ej. *Cobos de Linares*, loc. cit.; *Schoenke/Schroeder/Eser*, StGB, 24ª ed., 1991, parágrafo 2, 9.

ello no requiere el reconocimiento de la prohibición de efecto retroactivo de la jurisprudencia, toda vez que es posible llevar a cabo la protección de la confianza precisamente en los casos en los que ella haya existido realmente. Es decir, cuando el autor realmente se haya motivado por su confianza en lo decidido por los Tribunales antes de ejecutar la acción, cabrá la apreciación de un error de prohibición disculpante y, en su caso, de tipo. Por lo tanto, no cabe suponer que la modificación de una interpretación jurisprudencial afecta a la objetividad del derecho penal ni al principio de confianza.

IV

La realización de estos principios teóricos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido hasta ahora débil. El Tribunal Constitucional se ha caracterizado en esta materia por el alto grado de pragmatismo con que ha adoptado sus decisiones más importantes. Ello se percibe ya en la extensión realizada por el Tribunal Constitucional del principio de legalidad a la prohibición del “*non bis in idem*” y a la “personalidad de las consecuencias penales”⁽³⁵⁾. Estas decisiones, indudablemente plausibles y merecedoras de aprobación, sólo eran posibles mediante una cierta disolución de los fundamentos del principio de legalidad aceptados en la ciencia del derecho. Es probable que el Tribunal Constitucional se haya orientado en estas sentencias por una estrategia extremadamente apegada al texto constitucional y no haya encontrado una manera mejor de fundamentar la procedencia del amparo en estos supuestos, que encontrando el texto de un artículo, en este caso el 25.1 CE., que los acogiera. La cuestión de si el camino elegido era el mejor está todavía abierta.

Sin perjuicio de ello, es lo cierto que la renuncia a establecer fundamentos claros del principio de legalidad también ha conducido a soluciones claramente discutibles. Así, por ejemplo en los autos 27/83 y 135/83, el Tribunal Constitucional excluyó las cuestiones referentes a la prescripción del ámbito que garantiza el principio de legalidad con dudosos argumentos dogmáticos. En este sentido se sostuvo allí que la cuestión de la extinción de la responsabilidad por la prescripción no estaría alcanzada por el art. 25.1 CE., pues se trataría de un elemento ajeno al tipo penal que “constituye una cuestión de mera legalidad propia de la apreciación judicial ordinaria”. (ATC 27/83, F.º J.º 4).

(35) Confr. SSTC 2/1981 y 131/87, respectivamente.

La confusión entre el “tipo garantía” y el “tipo del error” o el “tipo sistemático” resulta aquí evidente y ello demuestra el error de la decisión.

De todos modos el Tribunal Constitucional no ha dejado de hacer declaraciones referentes a los fundamentos del principio de legalidad penal. En la STC 133/87, por ejemplo, condensando puntos de vista expuestos en otros precedentes jurisprudenciales el Tribunal sostuvo que “el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido, agrega la sentencia, se vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos, a la seguridad así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan los arts. 26.2 y 117.1 CE., especialmente cuando se declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la Ley”⁽³⁶⁾. En la misma sentencia el TC manifestó que, en particular, el principio de legalidad importaba condicionar la legitimidad del derecho penal a la existencia de una “*lex scripta*”, “*praevia*” y “*certa*” (inexplicablemente se omite en esta clásica enumeración la exigencia de “*lex stricta*”), pero estas exigencias no han sido claramente establecidas en todos los casos.

a) En la STC 89/83 el Tribunal Constitucional (caso del delito continuado) consideró un problema evidentemente relacionado con la exigencia de “*lex scripta*”, es decir con un caso en el que los Tribunales podían haber resuelto sin apoyo en un texto legal la agravación de una pena, fundamentándose para ello solamente en sus propios precedentes. Se trata de la cuestión del incremento de la pena, p. ej. en el hurto, en los casos de concurso real en los que el perjuicio causado por cada uno de los hechos no alcanzaba a una determinada cantidad, pero que, conjuntamente permitían aplicar una pena que el Tribunal Supremo fundamentaba, antes de la reforma del Código Penal por la LO 8/83, en la figura del “*delito continuado*”. De esta manera, los tribunales podían también eludir el límite previsto por el art. 70,2º CP. El Tribunal Supremo había llegado a sostener que la doctrina del delito continuado podía ser aplicada “aunque falte algún requisito por fines de justicia o de defensa social”⁽³⁷⁾.

El Tribunal Constitucional decidió en la citada sentencia 89/83 que el Tribunal Supremo, al aplicar la *doctrina* del delito continuado en este entendi-

(36) Confr. también SSTC 62/82; 53/85; 89/83; 75/84; 159/86.

(37) Confr. SSTC 22-3-66; 5-4-67; 16-7-70; 11-11-71; 17-3-72; 1-2-73.

miento⁽³⁸⁾, no vulneraba el principio de legalidad pues se trata de una interpretación que se encuentra dentro del margen de libertad que corresponde a los Tribunales, “pues el juez ni crea nuevas figuras delictivas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley” (sic). *García de Enterría* elogió, con razón, que en esta sentencia se haya reconocido que la interpretación de la Ley no importa una transgresión de la misma⁽³⁹⁾. Sin embargo, no se puede ocultar que el Tribunal Supremo nunca había explicado cómo era posible legitimar una interpretación que del silencio legal y de un texto que dispone lo contrario era posible deducir una autorización para acumular varios hechos leves en uno más grave con la consiguiente agravación de la pena. La STC 89/83, en verdad, tampoco explicó cómo esto era posible. En particular, si las Sentencias del Tribunal Supremo en materia de delito continuado son sometidas a las exigencias que establece el mismo *García de Enterría*⁽⁴⁰⁾ no es posible compartir la decisión del TC. En efecto, si la creación jurídica no es libre, sino vinculada “a los valores jurídicos perfectamente objetivados que el juez ha de manejar en la labor interpretativa, comenzando por la obediencia y la fidelidad al texto”⁽⁴¹⁾, resulta claro, a mi modo de ver, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito continuado, anterior a 1983, era incompatible con la exigencia de *lex scripta*. En ella más que obediencia al texto había una clara neutralización de una disposición legal expresa sin ningún apoyo legal y en lugar de una vinculación a valores perfectamente objetivados el Tribunal se apartaba de ellos, pues el legislador nunca había expresado que valoraba la reiteración de hechos leves como uno grave, con el consiguiente aumento de la pena en perjuicio del acusado.

b) La problemática de la *prohibición de la analogía*, es decir, de la *lex stricta* fue motivo de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional⁽⁴²⁾. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la decisión sin apoyo en la Ley, en estos casos se trata de decisiones fundadas en una Ley, que sin embargo

(38) Un entendimiento ciertamente incompatible con la teoría del delito continuado elaborada en la doctrina.

(39) Confr. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, 1984, págs. 85 y sts.; también en Revista Española de Derecho Constitucional N° 10/1984.

(40) Loc. cit., págs. 132 y sts.

(41) *García de Enterría*, ibidem. Confr. también la crítica a la STC 89/83 de *Cobo del Rosal/Vives Antón*, en Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por *Cobo del Rosal*, III, 1984, págs. 233 y ste., donde se señala que la figura del “delito continuado”, tal como se utilizaba por la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes de 1983, constituía una “pura creación jurisprudencial” (pág. 233).

(42) ATC 29-10-86 (Rec. 358/86); ATC 8-10-86 (Rec. 266/86); SSTC 105/83 (aunque sólo implícitamente); 75/84; 159/86; 138/87, entre otras.

es extendida por encima del sentido literal del texto. Tal fue el caso decidido en la STC 75/84 (caso del aborto en el extranjero), que es especialmente interesante en este contexto, pues en ella se hace referencia también a la inaplicabilidad del art. 6.4 del Código Civil al Derecho Penal. El Tribunal Supremo había decidido en su STS de 20-12-81 que la Ley Penal española era aplicable a un delito de aborto cometido en el extranjero por españoles, apoyándose para ello en el art. 6.4 del Código Civil, es decir, considerando que en tales casos existía un fraude a la Ley, consistente en trasladarse a un Estado en el que el aborto no era punible para cometer un hecho que el Derecho Español sancionaba como delito. De esta manera era posible aplicar al caso el art. 339 de la LOPJ de 1970, entonces vigente, sosteniendo que el nasciturus gozaba de la protección de la Ley española en el extranjero pues tenía nacionalidad española.

El Tribunal Constitucional reiteró lo ya expuesto en la STC 89/83, sosteniendo nuevamente que “el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento”. Pero aclaró que “si se produce una laguna, ésta no puede llenarse recurriendo a la analogía *in malam partem*”. Asimismo aclaró, con razón, que el principio de legalidad extiende sus efectos también a las normas que determinan el ámbito de validez de las leyes penales, es decir, en particular al art. 339 de la antigua LOPJ ⁽⁴³⁾.

Desde esta perspectiva el Tribunal Constitucional vino a sostener que las resoluciones impugnadas “se apoyan en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados”. Los fundamentos de la sentencia (especialmente los 5 y 6) no son suficientemente claros, pero, en definitiva, establecen que el principio territorial no puede ser reemplazado por el personal (pasivo) sobre la base del fraude de Ley, si la Ley no lo autoriza expresamente para el ámbito penal. Dicho de otra manera, el Tribunal decidió que el art. 6.4 del Código Civil no tiene aplicación general en el Derecho Penal, pues ello vulnera la prohibición de la analogía *in malam parte*.

La solución puede ser político-criminalmente plausible. Sin embargo, su fundamentación, como se dijo, es poco convincente. En efecto, los temas cen-

(43) De esta manera la STC 75/84, desautorizó, implícitamente, la criticable tesis de los citados AATC 27/83 y 135/83, que excluyeron la prescripción del ámbito de protección del principio de legalidad, pues estas normas tampoco forman parte del tipo en el sentido restringido en que lo consideraron los AATC mencionados.

trales que plantea la cuestión de la aplicación del fraude a la Ley en el ámbito del Derecho Penal no fueron tratados en la STC 75/84⁽⁴⁴⁾. En realidad el Tribunal Supremo había resuelto sobre la base de una Ley que establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él (...) no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Que estos elementos se daban en el caso que motivó la decisión del Tribunal Supremo era tan indudable, como que la sentencia no necesitó recurrir a la analogía para fundamentar el fallo condenatorio: no es fácil afirmar, en consecuencia, que alguno de los elementos establecidos en la Ley como condición de la aplicación de la norma del art. 6.4 del Código Civil, ni que la norma penal que se quiso eludir, fueron interpretados extendiendo su alcance a hechos meramente análogos. No obstante, la ratio decidende de la sentencia parece haber sido que, en el entendimiento del Tribunal Constitucional, el feto no era protegible fuera del territorio español, pues el antiguo art. 339 LOPJ sólo sería aplicable a personas (en el sentido de los arts. 29 y 30 del Código Civil) pero no a otros bienes jurídicos que no pertenecieran a una persona. De allí se deduciría, según la sentencia, “la naturaleza analógica del razonamiento que lleva a atribuir nacionalidad española al feto” (Fº Jº 6). Pero, es evidente que, si en este caso se hubieran aplicado los mismos criterios que sirvieron de fundamento a la ya comentada STC 89/83 (Confr. supra a)), no parece posible sostener que aquí el entendimiento dado por el Tribunal Supremo a las expresiones “otro español”, contenidas en el art. 339 de la anterior LOPJ, haya superado “el marco de libertad que corresponde a los Tribunales” (Confr. Fº Jº 5 de la STC 75/84).

En la STC 75/84, por otra parte, junto al tema de la analogía, tuvo una especial significación la tesis de la inaplicabilidad de la figura del fraude a la Ley en el Derecho Penal. El Tribunal Constitucional sostuvo, en este sentido, que en general no “cabe hacer uso de esta figura (del fraude de Ley) en la aplicación de la Ley Penal”. De esta manera, su tesis se puede formular de la siguiente manera: la figura jurídica del fraude de Ley no es aplicable en materia penal y, por lo tanto, no excluye la invalidez de la extensión analógica de la Ley Penal si los Tribunales recurren a ella. En este punto la argumentación de la sentencia es particularmente oscura. La exclusión del art. 6.4 del Código Civil del ámbito de la Ley Penal, se deduce del principio territorial que rige respecto de ésta, “pues —dice la sentencia— la territorialidad de ésta (art. 8.1

(44) Tampoco en los dos votos particulares que se formularon se abordaron tales cuestiones. Confr. al respecto: *Tiedemann*, en NJW 1990, 2.226 y sts. (2.230 y ste.).

del Código Civil) y la inexistencia en ella de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables, hacen resueltamente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de Ley”.

Es claro que si éste era el punto de partida, para nada importaba si la interpretación del art. 339 de la LOPJ de 1870 implicaba una extensión analógica o no, pues, de todos modos, el recurso al fraude de Ley no hubiera convertido en aplicable la ley española al hecho cometido en el extranjero para eludir las sanciones previstas en las leyes nacionales. Pero, sin perjuicio de ello, no es cierto que la Ley Penal española, bajo la LOPJ de 1870, sólo fuera aplicable, exclusivamente según el principio de territorialidad. Precisamente el art. 339 de dicha Ley demuestra lo contrario: también cabía la aplicación según el principio de la nacionalidad.

Por otra parte, es erróneo creer que el aborto *no* se había realizado “al amparo del texto de una norma”, como lo exige el art. 6.4 del Código Civil, y que de ello se deriva la inaplicación al caso de las consecuencias que este artículo prevé. Por el contrario, los autores del aborto habían pretendido actuar amparados por la norma del derecho inglés que autoriza, bajo ciertas condiciones, la práctica del aborto en el territorio de Inglaterra ⁽⁴⁵⁾.

En consecuencia, los tres puntos de apoyo de la STC 75/84 son dudosos: a) Es difícil afirmar que la interpretación del art. 339 LOPJ (1870) extendió analógicamente el texto de esta disposición; b) No es cierto que la LOPJ sólo haya justificado la aplicación de la Ley Penal exclusivamente según el principio territorial; c) Tampoco es correcto afirmar que los procesados no hayan pretendido obrar al amparo de una norma más favorable para eludir la aplicación del Derecho Español y deducir de ello que no se dieron en el caso los presupuestos que prevé el art. 6.4 del Código Civil.

En suma: la aplicación del art. 6.4 del Código Civil en el ámbito del derecho penal no parece excluida *en general* por el principio de legalidad, ni tampoco resultaba inaplicable en el caso que se refiere la STC 75/84, pues se daban los presupuestos que justificaban aquella ⁽⁴⁶⁾.

(45) Por ello es claramente erróneo que la sentencia comentada considere que la “norma de cobertura” es el art. 399 LOPJ, pues es evidente que ésta no cubre la legitimidad del hecho (Confr. Fº Jº 5,2º párrafo de la STC 75/84).

(46) No se puede considerar suficientemente estudiada la cuestión de si, desde otra perspectiva distinta de la del principio de legalidad, cabe excluir la aplicación del art. 6.4 Cód. Civ. respecto de la leyes penales. Recientemente en la STS 2.756/92, de 28-1-93, se afirma, aun que obiter dictum, la aplicación del fraude de Ley en materia penal.

La cuestión de prohibición de la analogía fue tratada con más fortuna en la STC 159/86, en relación a la reducción del alcance de una causa de justificación constitucional, en el caso el derecho a la libertad de información previsto en el art. 20.1 d) CE. En este caso, el Tribunal Constitucional entendió —correctamente— que, afirmando la aplicación de la Ley Penal siempre y sin excepciones como un límite del derecho fundamental, se limitaba el alcance de este derecho como causa de justificación, lo que implicaba extender la punibilidad infringiendo la prohibición de la analogía *in malam partem*. En este sentido dice la sentencia que “al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la Ley penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado”.

En relación a esta sentencia es posible discutir si era necesario que el Tribunal Constitucional recurriera al argumento que se fundamenta en la prohibición de la analogía, dado que era suficiente razón para anular la sentencia el incorrecto entendimiento con el que se había aplicado el art. 20.1 d) CE. Sin embargo, según surge de los antecedentes de la sentencia, el recurrente también había alegado la vulneración del art. 25.1 CE.

c) La exigencia de *Lex certa* también ha sido motivo de decisiones del Tribunal Constitucional. El tema es especialmente delicado pues se piensa que la legislación moderna se caracteriza por una “fuga del legislador en las cláusulas generales”⁽⁴⁷⁾ o de resignación tanto del legislador, como de la ciencia y la práctica frente a las dificultades que erosionan la realización de este aspecto del principio de legalidad⁽⁴⁸⁾. Una prueba de ello podrían ser la jurisprudencia constitucional alemana y la española. *Tiedemann* ha comprobado que el BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) no ha declarado ningún tipo penal como insuficientemente determinado y preciso según las exigencias del principio de legalidad⁽⁴⁹⁾. Lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia constitucional española.

Nuestro Tribunal Constitucional ha formulado declaraciones abstractas al respecto que son notablemente positivas. Así, p. ej., en la citada STC 159/86 (Fº Jº 4) en la que sostuvo que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de

(47) *Naucke*, Ueber Generalklauseln und Rechtsanwendugn im Strafrecht, 1973, pág. 21.

(48) Confr. *Schuenemann*, loc. cit., pág. 29; más pesimista aún *Schmidhaeuser*, Form und Gestalt der Strafgesetze, 1988, pág. 49.

(49) Loc. cit., pág. 44.

sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada”. También en la STC 133/87 se afirmó que el principio de legalidad concreta aspectos del Estado de Derecho, en tanto éste supone para el ciudadano “la programación de sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado”. Conceptos similares se reiteraron en la STC 127/90. En los casos concretos, sin embargo, estas premisas tuvieron una reducida influencia sobre las decisiones. El Tribunal Constitucional trató la cuestión por primera vez en la STC 62/82 (caso del escándalo público), en la que se discutió si el art. 431 CP., en la redacción vigente entonces ⁽⁵⁰⁾ se ajustaba a las exigencias de determinación legal que provienen del principio de legalidad. La respuesta fue positiva. En dicha sentencia el Tribunal dijo que “el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal”.

Como se ve, la STC 62/82 tiene dos aspectos distintos. Por un lado el Tribunal Constitucional admite una gran amplitud en la configuración de los tipos penales. Prácticamente el Tribunal no estableció ningún límite para el “margen de apreciación” tolerable en el marco de la obligación del legislador de determinar precisamente el supuesto de hecho punible. La tarea era en realidad imposible, pues como ya lo había señalado la doctrina, la contrariedad a las buenas costumbres es “inverificable” ⁽⁵¹⁾. La referencia al reconocimiento del bien jurídico protegido en el contexto internacional y al carácter dinámico y evolutivo que éste puede tener no constituye, en realidad, límite de ninguna especie, pues se refiere claramente a un problema ajeno a la configuración formal del supuesto de hecho punible. En efecto, la cuestión sometida al Tribunal

(50) El texto del art. 431 CP., establecía: “El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá..., etc...”.

(51) Confr. *Engisch*, en FS f. H. Mayer, 1965, págs. 400 y sts. (400 y ste.).

Constitucional no consistía en saber si un texto legal como el del art. 431 CP., en su antigua redacción, protegía o no un bien jurídico determinado, sino de si a través de su texto era posible saber con seguridad, antes de obrar, qué comportamiento estaba prohibido bajo amenaza de pena. De la imprecisión del objeto protegido, que la sentencia califica de “dinámico y evolutivo” lo único que surgía en este caso era la indeterminación del comportamiento que podía lesionarlo, el que al no estar caracterizado más que por el resultado lesivo sobre el bien jurídico, también debía ser “dinámico y evolutivo”, es decir cambiante, y por lo tanto indudablemente indeterminado. Por otra parte, la referencia al contexto internacional resultaba totalmente inútil, dado que pocas líneas más adelante se reconoce que la dinámica y la evolución puede ser “*distinta según el tiempo y el país de que se trate*”⁽⁵²⁾. En suma: es evidente que el texto del art. 431 CP., en su antigua redacción, no cumplía la exigencia de permitir al ciudadano programar sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado (SSTC 133/87 y 127/90)⁽⁵³⁾, pues la conducta prohibida se describía exclusivamente sobre la base de su referencia a un concepto inverificable.

Sin embargo, la STC 62/82 procuró señalar un camino para compensar la amplitud reconocida al legislador para la configuración de los tipos penales, remitiendo a la valoración de la culpabilidad y a la determinación de la pena. De todos modos, no se explicó en la sentencia de qué manera esto podía ser llevado a la práctica. Pero, dado que la solución viene a coincidir con la sugerencia de *Naucke*⁽⁵⁴⁾ resulta sumamente apropiado tomar en cuenta su propuesta. En este sentido sostiene *Naucke* que en los supuestos de cláusulas generales se debe, en primer lugar, ampliar el ámbito del error excluyente de la culpabilidad, y además privilegiar al autor, en los casos de sanción, en el momento de la individualización de la pena o, por último, interpretar la cláusula general de una manera objetivamente restrictiva.

Schuenemann⁽⁵⁵⁾ se ha mostrado escéptico con las posibilidades de realización de este punto de vista, a pesar de haber reconocido que, de esta manera, era posible limitar los efectos perniciosos de las cláusulas generales, pues entiende que la determinación judicial de la interpretación suficientemente restrictiva daría lugar a varias concepciones diferentes, que las reglas del error

(52) Sin subrayar en el original.

(53) A la misma solución se llegaría aplicando el criterio del 50% de determinación propuesto por *Schuenemann*, loc. cit., págs. 35 y sts.

(54) Loc. cit., págs. 21 y sts.; confr. al respecto: *Schuenemann*, loc. cit., pág. 34.

(55) *Ibidem*.

de prohibición conduciría en estos casos a resultados poco satisfactorios y, finalmente, porque en la praxis de la individualización de la pena la determinación de ésta depende en forma decisiva del arbitrio judicial.

No se puede negar que estas objeciones relativizan la eficacia de una solución compensatoria que ofrece en el plano de la culpabilidad y la individualización de la pena. Sin embargo, es altamente positivo que se reconozca que cuanto más amplia sea una disposición y menor su posibilidad de comunicar cuáles son las conductas prohibidas (o, en su caso, exigidas), mayor debe ser la tolerancia respecto del error de prohibición y que, en todo caso, cabe una atenuación de la pena ⁽⁵⁶⁾.

d) La debilidad de las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de principio de legalidad se manifiesta también en el derecho sancionatorio administrativo y, en consecuencia, en los casos de *leyes penales en blanco* y en la aceptación de límites a derechos fundamentales sin reserva de Ley en los casos de las llamadas “*relaciones especiales de sujeción*”.

En relación a las *leyes penales en blanco* el problema de la seguridad jurídica adquiere especial significación, toda vez que el ciudadano no tiene una clara referencia sobre la norma complementaria de la Ley Penal. En nuestro derecho esa situación es frecuente.

El Tribunal Constitucional se manifestó también en esta materia poco exigente en relación a la determinación estricta del comportamiento prohibido. En la STC 122/87, sostuvo que una Ley Penal en blanco (L.O. 40/79, de Control de Cambios) que remite en forma genérica a “disposiciones diseminadas en multitud de disposiciones reglamentarias e incluso de simples instrucciones administrativas, alguna ni siquiera publicadas” puede cumplir con las exigencias del principio de legalidad. No debe llamar la atención que en materia de infracciones administrativas la exigencia de certeza, que el Tribunal Constitucional consideró siempre menos intensa que en el ámbito penal ⁽⁵⁷⁾, haya desaparecido prácticamente en esta Sentencia.

En el campo de las *leyes sancionatorias en blanco*, por otra parte, la cuestión de la inseguridad derivada de las cláusulas generales se acentúa porque la jurisprudencia no exige todavía una *cláusula de remisión inversa*”, exigida,

(56) En la STC 133/87 se hizo una nueva aplicación de los principios referentes a la exclusión de cláusulas generales de una manera extremadamente flexible al declarar como inobjetable constitucionalmente el art. 391.1 del hoy derogado Código de Justicia Militar.

(57) Confr. STC 2/87, fundamento jurídico 2º.

por el contrario, por el Tribunal Constitucional alemán. En efecto, en la jurisprudencia —y ello se puso de manifiesto en la STC 122/87 que se acaba de citar— se considera suficientemente determinada una remisión que incluso sea tácita o producto de la apertura de la disposición sancionatoria (llamadas en la teoría *auténticas leyes en blanco*)⁽⁵⁸⁾.

Hasta ahora, como se dijo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no han tenido ocasión de pronunciarse sobre si la norma complementaria debe contener una “cláusula de remisión inversa”, que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada con una sanción, es decir sobre las llamadas *leyes penales en blanco impropias*.

Sobre la base de textos y principios constitucionales análogos a los españoles el BVerfG, por el contrario, ha decidido que “en los preceptos en blanco se ha hecho depender su aplicación, por regla, de que el precepto complementador en la norma administrativa remita a su vez a la Ley que establece la multa administrativa por su infracción (llamada cláusula de remisión inversa)”. En el caso se trataba de una norma municipal que hacía referencia a las facultades acordadas por una Ley del Land, pero que, sin embargo, no remitía a la norma en blanco que contenía la sanción, lo que se consideró insuficiente. En la teoría se sostiene que la exigencia de una *cláusula de remisión inversa* representa una “técnica para garantizar una mejor percepción de las normas en blanco y excluir de la Ley en blanco las normas complementadoras insuficientemente determinadas”⁽⁵⁹⁾.

La necesidad de exigir al legislador en España la inclusión en los preceptos complementadores una cláusula de remisión inversa se debe deducir de la vinculación del principio de legalidad con el de seguridad jurídica que —con razón— ha establecido el Tribunal Constitucional⁽⁶⁰⁾ para garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento “sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado”. Si esta afirmación se toma verdaderamente en serio no cabe duda de que tal programación no quedará libre de temores mientras se admitan remisiones genéricas a preceptos que se

(58) Confr. Rogall, en OWiG, Karlsruher Kommentar, 1989, vor 1, N° 16. Confr. STC 122/87, F° J° 3° en donde se habla, a propósito de la Ley de Control de Cambios, de “normas penales en blanco o *abiertas*”.

(59) Confr. CBVerfG en NStZ 1990, 394 y en NStZ 1991, 73. Confr. Rogall, loc. cit. Vor 1, N° 17; en el mismo sentido Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, pág. 267; Gohler, Gesetz über OWi, Kommentar, 8ª ed., 1987, Vor 1, N° 18.

(60) Confr. STC 133/87, F° J° 7.

ignora dónde están y si no se exige que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados.

También operan flexibilizando el principio de legalidad la significación general que el Tribunal Constitucional atribuye a las *relaciones de sujeción especiales como fundamento* de la limitación de derechos fundamentales. En la STC 2/87, el Tribunal Constitucional afirmó que “la reserva de Ley en las sanciones administrativas (...) tiene un alcance diferente, al menos en lo que se refiere a la tipificación del ilícito cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», en el seno de una relación de sujeción especial”. Más tarde, en la STC 219/89 el Tribunal acentuó su punto de vista diciendo que “dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones especiales de sujeción” ⁽⁶¹⁾. En la primera de las sentencias, así como en la STC de 2-7-90, se trataba de sanciones impuestas a detenidos en establecimientos penitenciarios, mientras que en la STC 219/89 se trataba “de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales”. En este último caso se pone de manifiesto la amplitud excepcional que se le acuerda al concepto en la jurisprudencia constitucional.

Las “relaciones especiales de sujeción” constituyen un límite a los derechos fundamentales elaborado por la teoría del derecho público de finales del siglo XIX, que hace referencia a relaciones estrechas entre el Estado y el ciudadano, y se refiere particularmente a las que se dan en la escuela pública, los establecimientos penitenciarios y, en general, a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como a las que existen entre el Estado y los funcionarios o las personas sometidas a la prestación del servicio militar. La consecuencia de esta teoría es que “el ciudadano, que está en una especial relación de sujeción, es incluido en el ámbito administrativo con la consecuencia de que los derechos fundamentales y la reserva de Ley —que sólo determinan la relación genérica del Estado con el ciudadano— no tienen validez; la administración tiene en sus manos la regulación, mediante prescripciones administrativas (reglamentos internos del establecimiento), de las relaciones dentro de tales situaciones” ⁽⁶²⁾. Esta teoría —agrega *Maurer* en el mismo lugar— “no sólo se mantuvo durante la República de Weimar, sino todavía largo tiempo después de la sanción de la GG, aunque la crítica crecía constantemente”. El Tribunal Federal Constitucional Alemán, sin embargo, quitó legitimidad a la

(61) Confr. también STC 69/89; así como STC de 2-7-90.

(62) *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5 ed., 1986, pág. 87.

teoría de las especiales relaciones de poder con sentencias que afectaban a dos de los ámbitos básicos en los que se le asignaba validez: los establecimientos carcelarios y la escuela.

En la sentencia del 14-3-72⁽⁶³⁾ el BVerfG sostuvo que “los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una Ley”⁽⁶⁴⁾. Esta Ley, admitió el BVerfG, si no puede renunciar a cláusulas generales, deberá limitarlas de la manera más estrecha posible. En la fundamentación de su sentencia el Tribunal Federal alemán hizo afirmaciones que son aplicables al derecho español: “la ley fundamental —dice— constituye un orden vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo Derecho; su imagen del hombre no es la del individuo con autodominio, sino la de una personalidad que está en la comunidad y a ella vinculada por diversos deberes”. De ello se deduce que la limitación de los derechos fundamentales dentro de un establecimiento penitenciario sólo entrará en consideración cuando “sea imprescindible para alcanzar uno de los fines cubiertos por el orden valorativo de la Constitución y relativos a la comunidad y en la forma constitucionalmente prevista para ello”⁽⁶⁵⁾.

La comparación de las pautas establecidas por nuestro Tribunal Constitucional y el BVerfG revela que entre nosotros se da una reducida protección del principio de legalidad y de la exigencia de reserva de Ley, dado que el primero admite una zona en las llamadas “relaciones especiales de sujeción”, en la que aquellos principios, prácticamente, no rigen. A ello se debe añadir que las “relaciones especiales de sujeción” tienen en la jurisprudencia española una extensión inusitada, que va mucho más allá de los límites que les reconoció la teoría.

V

En resumen: de la misma manera que ocurre en los Estados de Derecho europeos, en España el principio de legalidad constituye una garantía fundamental, pero resulta ser también una meta difícil de alcanzar. En su realización tienen un papel decisivo las necesidades pragmáticas de la aplicación

(63) BVerfGE 33,1 y sts.

(64) Loc. cit., pág. 11.

(65) BVerfGE 33, 11.

cotidiana de las leyes y la convicción de que la justicia material debe prevalecer sobre la seguridad jurídica en los casos extremos. La convicción social de que ciertas acciones deben ser sancionadas aunque la técnica legislativa sea defectuosa es frecuentemente el fundamento del reproche de la opinión pública a los Tribunales cuando éstos adoptan puntos de vista estrictos en relación a las exigencias del principio de legalidad. Por tal motivo el verdadero control de estas exigencias, en la medida en la que ello sea posible, debe tener lugar por medio del control abstracto de constitucionalidad, ya que de esa manera será posible decidir sin estar bajo la impresión de casos concretos. Aquí se percibe la inestimable labor que cumple desempeñar a las minorías parlamentarias y al Defensor del Pueblo mediante los recursos de inconstitucionalidad (art. 31 de la LOTC).

Por esta vía, como es lógico no se podrán resolver las cuestiones que plantean las prohibiciones de la analogía y de la aplicación retroactiva de la Ley, dado que éstas presuponen, en todo caso, la aplicación de la Ley a un caso concreto. En esta materia, sin embargo, serán los propios Tribunales quienes deben ejercer un estricto autocontrol que impida un desborde interpretativo de las leyes penales. En esta tarea tendrá, sin duda, un inestimable valor la labor de la teoría del Derecho Penal marcando los límites de los textos legales.

PRETERINTENCIONALIDAD Y ERROR TRAS LA REFORMA DE 1983

SANTIAGO MIR PUIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

La característica tal vez más aplaudida de la Reforma del CP de 1983 fue la profundización en el **principio de culpabilidad** entendido en el sentido amplio político-criminal en que abarca, entre otras cosas, la exigencia de imputación subjetiva ⁽¹⁾. En particular, este aspecto del principio de culpabilidad se perfeccionó en el tratamiento de los casos de preterintención y en la regulación expresa del error. A ambos temas ha de referirse mi intervención.

I

Por lo que se refiere al primer tema de la preterintencionalidad, es sabido que el antiguo principio de origen canónico del “*versari in re illicita*” seguía manifestándose en el CP español en una doble dirección. Por una parte, se preveían diversos “delitos cualificados por el resultado” en los que según la interpretación usual, no era preciso dolo ni culpa respecto al resultado más grave.

(1) Sobre la distinción de un sentido amplio y un sentido estricto de culpabilidad, cfr. 8'1 TRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schulprinzips* (1977), f. 40; BAURMANN. *Schuldlose Dogmatik?* en LUDERSEN/SACK (ed.) *Seminar: Abwischendes Verhalten*. IV, 1980, pp. 216 y s.; MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general* 2ª ed., 1985, pp. 79 y ss.

Por otra parte, varios preceptos de la Parte General se interpretaban como base de una regulación general de la preterintencionalidad contraria al principio de culpabilidad. La Reforma de 1983 quiso acabar con ambas cosas.

1. El procedimiento seguido para liberar a los delitos cualificados por el resultado de su significado vinculado a la responsabilidad objetiva fue parecido al que en 1953 se adoptó en la República Federal de Alemania. El artículo 1. II CP —que anteriormente establecía la presunción de voluntariedad de las acciones y omisiones penadas por la Ley— se redactó en los términos siguientes: “No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”. Desaparece, pues, la posibilidad de considerar suficiente la sola producción de un resultado más grave para la agravación de la pena. No basta tampoco exigir que dicho resultado sea objetivamente imputable, como realización del riesgo típico de la acción base⁽²⁾. Ahora es preciso, **además**, que el hecho sea al menos imprudente, lo que exige contemplar la concreta situación del sujeto agente, con sus conocimientos y facultades **personales**. No basta, así, la “previsibilidad objetiva”, sino que es necesaria, entre otras cosas, la “previsibilidad subjetiva”⁽³⁾.

No obstante, la exigencia de “al menos culpa” en los delitos cualificados por el resultado no ha determinado en general una variación de **las penas** señaladas a los mismos. Estas penas son superiores a las que corresponderían castigando por la vía del concurso ideal de delitos los hechos dolosos e imprudentes concurrentes. De ahí que un sector de la doctrina española considere que el mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado con finalidad agravatoria sigue vulnerando el principio de culpabilidad, aunque respete la exigencia del principio de imputación subjetiva⁽⁴⁾.

Las SSTs de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 trataron de superar estas objeciones por una vía dogmáticamente inadmisibles. Ambas sentencias se refieren al último párrafo del artículo 411 CP, que tanto antes como después de la reforma de 1983 impone la pena de reclusión menor “cuando a conse-

(2) Como restricción del anterior alcance de los delitos cualificados por el resultado exigió con razón este presupuesto de la imputación objetiva GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966.

(3) Cfr. en referencia a la discusión del problema en la doctrina alemana DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP 1982, pp. 648 y s.

(4) Cfr. en este sentido respecto a la reforma de 1983, SUÁREZ MONTES, en *COBO DEL ROSAL* (dtr.), *Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 1º, 1985, pp. 47 y s.; el mismo, *Revista Jurídica de Asturias*, 1985, p. 135; el mismo, RFDUC monogr. 6 (1983), p. 627. Con referencia al Proyecto de 1980 cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP, pp. 112 y ss.

cuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a las que se refiere el número 1.º del artículo 420''. Si se causase otra lesión grave se impondrá la pena de prisión mayor. Se trata, según la interpretación tradicional, de un tipo cualificado por el resultado, en que el aborto consumado o intentado resulta agravado por la producción de muerte o lesiones graves de la mujer. Tras la reforma de 1983 la doctrina ha entendido que en éste, como en los demás delitos cualificados por el resultado, habrá que exigir imprudencia y no bastarán los resultados más graves por sí solos. Pero las citadas sentencias de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 llegaron con que la reforma de 1983 no sólo impuso la necesidad de imprudencia en el mencionado artículo 411, último párrafo, sino del propio **dolo**, en su modalidad de **eventual**.

Ello se argumenta por las sentencias mencionadas a partir del hecho de que la pena señalada por el artículo 411 último párrafo, para el caso de muerte de la mujer es la misma que del homicidio doloso. Siendo así, el espíritu de la reforma de 1983, que según su Exposición de Motivos trató de realizar principio de culpabilidad, obligaría a exigir el dolo para el tipo cualificado del artículo 411. El dolo deberá ser eventual, según las sentencias comentadas, porque a su juicio el dolo directo daría lugar al asesinato (art. 406 CP). En caso de ser imprudente el resultado de la muerte, como sucede en los casos resueltos en las SS. 30 de marzo y 3 de abril de 1985, éstas consideran que debe prescindirse de las penas agravadas del artículo 411, último párrafo, y castigarse el aborto doloso y la muerte imprudente en **concurso ideal de delitos**, con aplicación del artículo 71 CP.

Este planteamiento, que supone prescindir del tipo cualificado del artículo 411 en la mayoría de supuestos —salvo los de dolo eventual respecto al resultado más grave—, se opone a la interpretación unánime de la doctrina, y ha sido objeto de una crítica detenida por parte de Suárez Montes, seguido en este punto por los demás autores que se han ocupado del tema. Suárez Montes empieza por afirmar que comparte de lege ferenda la solución del concurso ideal de delitos que propone el TS ⁽⁵⁾, aunque entiende que no estaría justificado entonces tratar de otro modo los casos de dolo eventual ⁽⁶⁾. Pero de lege lata considera con razón que las sentencias comentadas vinieron a concebir el

(5) Cfr. SUÁREZ MONTES, *Rev. Jur. Asturias*, pp. 120, 130.

(6) *Ibidem*, p. 144.

artículo 411, último párrafo, como una “norma especial de concurso **privilegiado**” ⁽⁷⁾, en contra del sentido agravatorio con que nació dicho precepto en 1944 ⁽⁸⁾. Y, efectivamente, supondría un tratamiento privilegiado de los casos de resultado de muerte con dolo eventual el aplicarles sólo la pena de homicidio doloso sin tener en cuenta el delito de aborto consumado o intentado. Parece absurdo justificar la previsión del resultado de muerte en el artículo 411, último párrafo, por la sola finalidad de privilegiar el homicidio con dolo eventual producido a consecuencia de aborto o prácticas abortivas.

Esto enlaza con otra cuestión que suscita la expresión del párrafo segundo del artículo 1 “**al menos** por culpa”. Me refiero al problema de hasta qué punto dicha fórmula permite incluir supuestos de **dolo** en los tipos cualificados por el resultado. La expresión “al menos” se ha tomado, sin duda, del § 18 StGB alemán. En la doctrina alemana se admite generalmente que dicha expresión permite incluir en los tipos cualificados por un resultado más grave no sólo supuestos de imprudencia respecto a éste, sino también del dolo ⁽⁹⁾. En nuestro país, sin embargo, la doctrina se halla dividida. Un sector se opone a incluir combinaciones de dolo-dolo en los delitos cualificados por el resultado, por entender que si el resultado más grave es doloso concurre un delito doloso “distinto y más grave ⁽¹⁰⁾” y “sería inadmisibles que un tipo concebido con indudable finalidad agravatoria quede convertido en un tipo privilegiado ⁽¹¹⁾”. Ello se afirma pensando que la pena señalada al delito cualificado es menor o igual a la del delito doloso independiente; si es igual —como puede suceder en el caso antes examinado del aborto con resultado de muerte—, la estimación del tipo cualificado sería más favorable que la del concurso de delitos (de aborto y homicidio).

Sin embargo, ¿qué sentido tendría entonces la expresión que requiere “al menos” culpa? Parece difícil negarle todo significado ⁽¹²⁾. Por de pronto, el párrafo segundo del artículo 1 CP no se limita expresamente a los “delitos

(7) *Ibidem*, p. 144.

(8) *Ibidem*, pp. 121 y ss. De acuerdo MAQUEDA ABREU, CPC n.º 31 (1987), p. 230; ZUGALDÍA ESPINA, ADPCP 1986, p. 400; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCINO, *Derecho Penal*, 2.ª ed., 1986, p. 115; CEREZO MIR, *La Ley*, 4, marzo 88, pp. 3 y s.

(9) Cfr. la exposición general de DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP 1982, pp. 629 y ss.

(10) Así Quintero, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal*, 1983, pp. 36 y s.

(11) Así SUÁREZ MONTES, *Rev. Jur. Asturias*, p. 143.

(12) En favor de entender que obliga a incluir las combinaciones de dolo-dolo, aunque se manifiesta en contra de *lege ferenda*. DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP 1982, p. 635. También (críticamente) BUSTOS, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de CP*, en RFDUC, monograf. 6 (1983), p. 167; CEREZO MIR, *Principales reformas del Código penal español introducidas en 1983*, en *La Ley*, 4 de marzo de 1988, p. 3.

cualificados por el resultado” en el sentido más estricto —aquélos en que antes de la reforma de 1983 se consideraba suficiente la producción objetiva del resultado de la agravación de la pena—. Se refiere no sólo a éstos, sino a todos los casos en que un resultado más grave determina un tipo agravado. Cabe, pues, incluir también en el ámbito del artículo 1 II los casos de tipos agravados que requieran la producción **dolosa** de un resultado más grave. Podría mencionarse aquí el ejemplo que se maneja en la doctrina alemana de la detención ilegal agravada por una duración superior a cierto tiempo —así, el CP español impone una pena agravada cuando el encierro o detención hubiera durado más de quince días (art. 481.2º). También podría citarse como ejemplo el artículo 506.8º CP, que considera circunstancia agravante del robo la de que “revisitiere especial gravedad, atendido el valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración”. En un sentido amplio también sería posible considerar que la pena viene “determinada por un resultado más grave” en delitos como los de lesiones graves o menos graves, que se diferencian de la falta de lesiones del artículo 583.1º, por la mayor gravedad del resultado. En todos estos ejemplos cabe exigir que el resultado determinante de una pena mayor sea producido con dolo, siquiera sea eventual.

Pero, del mismo modo que en los casos mencionados no basta que el resultado sea culposo, en los “delitos cualificados por el resultado” en sentido estricto no es obligado incluir la producción dolosa del resultado⁽¹³⁾. El párrafo segundo del artículo 1 CP no obliga a incluir el dolo y la culpa en todos los supuestos de pena agravada por un resultado más grave: se puede entender que exige dolo o imprudencia, pero no decide la cuestión de qué casos requieren el dolo y en cuáles basta la culpa, o si en algún supuesto cabe tanto el dolo como la imprudencia. A mi juicio, la existencia de tipos agravados por resultados que deben ser dolosos, pone de manifiesto que depende de la **interpretación de cada tipo** si el resultado más grave ha de ser doloso o imprudente o si, en su caso, pueden imputarse indistintamente a imprudencia y a alguna o todas las formas de dolo. Un criterio que debe guiar estas decisiones interpretativas es el de si la finalidad del tipo agravado por el resultado es la de permitir una pena más grave que la que determina el castigo separado, en concurso de delitos, del hecho base y del cualificativo⁽¹⁴⁾. Así, en el ejemplo antes considerado del aborto con resultado de muerte, dada la finalidad agravatoria del artículo 411, último párrafo, sería absurdo incluir en él los casos de homicidio

(13) En contra de lo que afirma CEREZO MIR, *I a Ley*, cit., p. 4.

(14) De acuerdo, en la conclusión CEREZO MIR, *La Ley*, cit., p. 4.

doloso, porque ello supondría castigar menos de lo que permitiría la punición del concurso de delitos de aborto y homicidio (o asesinato). En cambio, puede tener sentido incluir en el mismo artículo 411, último párrafo, los casos de lesiones graves **dolosas**, puesto que la pena de reclusión menor que para ellos también se señala en dicho precepto es mayor que la que permitiría el concurso de delitos. Antes de concluir la consideración del nuevo párrafo segundo del artículo 1 recordaré que la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983 prescinde de la exigencia de al menos culpa en los tipos agravados por el resultado. Considera suficiente para erradicar la responsabilidad objetiva afirmar el principio de que no hay pena sin culpabilidad (art. 3) y tratar de suprimir de la Parte Especial los delitos cualificados por el resultado. Esto último respondería a la opinión doctrinal que estima insuficiente la exigencia de culpa en los delitos cualificados por el resultado, en la medida en que éstos siguen suponiendo una agravación injustificable desde el prisma de la responsabilidad subjetiva. Según esta opinión, sería preferible acudir a las reglas generales del concurso de delitos⁽¹⁵⁾. Sin embargo, lo cierto es que la Propuesta de 1983 no ha conseguido suprimir todos los delitos cualificados o determinados por el resultado, sino sólo los más llamativos⁽¹⁶⁾. Siendo así, es dudosa la oportunidad de prescindir de la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave⁽¹⁷⁾.

2. Una segunda manifestación de la preterintencionalidad constituyó también objeto de la reforma de 1983. Me refiero a la regulación que se contenía en el anterior párrafo III del artículo 1 y en el artículo 5 CP, que fue derogada en 1983. No afectaba sólo a determinados tipos de la Parte Especial, sino que se refería en general a todos los casos en que con intención de cometer un delito se causaba un mal mayor o distinto. El anterior artículo 1 III declaraba el principio general de responsabilidad penal pese a la divergencia entre el mal propuesto y el causado. El artículo 50 concretaba un posible tratamiento jurídico-penal de estos casos, cuando el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, en cuyo caso establecía la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo. La doctrina desde Silvela, había considerado aplicable este precepto al caso paradigmático de preterintencionalidad de lesiones dolosas que ocasionan, sin quererlo el autor, la

(15) Cfr. en este sentido DÍEZ RIPOLLES, ADPCP 1983, pp. 122 y ss., 120; SUÁREZ MONTES, RFDUC, monogr. 6 (1983), pp. 628 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCIDO, *Derecho penal*, p. 116.

(16) Cfr. los numerosos ejemplos que menciona SUÁREZ MONTES, RFDUC, monogr. 6 (1983), pp. 629 y ss. También MIR PUIG, RFDUC, Monogr. 6 (1983), p. 473.

(17) En contra de la supresión SUÁREZ MONTES, RFDUC, monograf. 6 (1983), p. 641.

muerte de la víctima⁽¹⁸⁾. La jurisprudencia tradicional del TS acudía, en cambio, en este caso, a la atenuante cuarta del artículo 9, “la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo”. Pero, como la estimación de una circunstancia atenuante en el delito de homicidio doloso supone la concurrencia de este delito, esta solución jurisprudencial chocaba con el escollo de que por una parte presuponía concurrente un homicidio doloso y por otra atenuaba la pena por falta de intención homicida. Ello daba lugar a una atormentada figura de “homicidio intencional preterintencional”. Se trataba de una solución sólo comprensible desde el prisma de la responsabilidad objetiva y del *versari in re illicita* que se entendía proclamado en el anterior artículo 1 III CP. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 50 tampoco podía resolver correctamente casos como el de lesiones/homicidio que contemplamos. La aplicación del artículo 50 podía conducir a resultados completamente injustos, puesto que en realidad se había introducido en su momento para otros casos distintos, de error in persona y aberratio ictus relevantes⁽¹⁹⁾.

La única solución justa de los casos de divergencia entre el delito propuesto y el ocasionado debía buscarse prescindiendo tanto de la calificación de homicidio doloso atenuado como de la aplicación del artículo 50 CP. Las reglas generales del concurso de delitos ofrecían un tratamiento adecuado de casos como los de lesiones dolosas que causan una muerte imprudente. El artículo 60 CP era perturbador y debía suprimirse. Así me manifesté en un trabajo publicado en 1979⁽²⁰⁾. La reforma de 1983 ha derogado el artículo 1 III y el 50, y tanto la doctrina como la jurisprudencia han acogido casi unánimemente la propuesta que en su día defendí: la estimación de un **concurso** entre el delito doloso (así, por ejemplo, las lesiones dolosas) y el delito imprudente ocasionado (así, por ejemplo, el homicidio culposo)⁽²¹⁾.

(18) Ver las sentencias doctrinales en MIR PUIG, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 57 y 22.

(19) Cfr. en este sentido MIR PUIG, *RJCat.* 1979, pp. 94 y ss.

(20) Cfr. *RJCat.* 1979, pp. 94 y ss., 99.

(21) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 6ª ed., 1985, pp. 16 y s. El mismo, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *Reforma... cit.*, pp. 126 y s.; QUINTERO, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 68; ASUA BATARRITA, *Rev. del Colegio de Abogados de Vizcaya*, diciembre 1983, pp. 11 y ss.; ALONSO ÁLAMO, *La Ley*, 23 sept. 83, p. 7; HUERTA TOLCIDO, *La Ley*, 8 oct. 84, pp. 4 y s.; BUSTOS, *Documentación Jurídica*, monograf. 1983, vol. 1, p. 82; SUÁREZ MONTES, *Rev. Jur. Asturias* 1985, p. 140; MAQUEDA, comenta las sentencias del TS del 9 de febr. 84, 28 marzo 84, 19 oct. 84, 30 mayo 85, 21 en., 1 abril, 3 marzo 85, 4 marzo, 11 marzo y 12 marzo 86, y la importante sentencia 26 dic. 87, que abandonaron vías anteriores y acogieron decididamente la solución del concurso de delitos; CPC n.º 31 (1987), pp. 217 y s.; CEREZO MIR, *La Ley* cit., pp. 28; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1985, p. 202.

Una vez alcanzado este acuerdo —que puede celebrarse como indicio de la tan deseable aproximación de teoría y práctica en un punto en que ambas habían seguido tradicionalmente caminos separados—, importa seguir adelante en la solución de los problemas concretos que plantea. Aquí destacaré los tres siguientes: Primero, ¿de qué clase ha de ser el concurso de delitos a estimar, real o ideal? segundo ¿las lesiones concurrentes han de apreciarse como consumadas o como frustradas? y tercero, ¿qué función corresponde en la actualidad a la atenuante 4 del artículo 9 CP?

a) Por lo que se refiere a la primera cuestión, la de la clase de concurso a apreciar, hay que decir que las primeras Sentencias que adoptaron el criterio del concurso de delitos para el llamado homicidio preterintencional no acertaron al elegir entre las distintas clases de concurso de delitos que conoce nuestro Código. Ni puede aceptarse que exista en estos casos el concurso medial a que se refiere el segundo inciso del primer párrafo del artículo 71 como propuso la Sentencia que inició la línea del concurso, la de febrero, ni tampoco puede apreciarse concurso real de los artículos 69 y 70. La solución correcta, acogida unánimemente por la doctrina favorable al concurso de delitos ⁽²²⁾, es la estimación del concurso ideal previsto en el primer inciso del párrafo primero del artículo 71 —sin perjuicio, claro está, de tener que penar separadamente los delitos si ello supone una pena menor, según disponen los párrafos 2 y 3 del artículo 71—. Cuando el golpe con el que sólo se quería lesionar produce por imprudencia la muerte de la víctima, no existen dos hechos, sino un solo hecho, el de golpear que constituye dos delitos. Así lo reconoce expresamente la clara Sentencia de 26 de diciembre de 1987, que cita en el mismo sentido las Sentencias de 19 de febrero de 1985 y 3 de mayo de 1985. Esperemos que esta línea jurisprudencial se imponga definitivamente.

Ahora bien, la vía del concurso ideal suscita algunas cuestiones. No entraré a debatir el problema, no específico de la materia que nos ocupa, de si es aplicable el artículo 71 cuando una o ambas infracciones constituyen falta. Sí quisiera, en cambio, precisar que la citada Sentencia de 26 de diciembre de 1987 parece olvidar el límite que el propio artículo 71 impone a la aplicación de la pena más grave en su grado máximo cuando la misma sea superior a la suma de las penas separadas de los delitos en juego. En efecto, al estimar concurso ideal de homicidio imprudente y de lesiones menos graves del artículo 422 y considerar **necesaria** la imposición de la pena del primero en su grado

(22) Ver las referencias de la nota 21.

máximo, no tiene en cuenta que las penas señaladas por este precepto —arresto mayor o multa— son menos graves que el grado máximo de la prisión menor prevista por el artículo 565. Ello no significa que no **pueda** imponerse en tal caso el grado máximo de la pena del artículo 565, pues el tercer párrafo de este precepto deja la elección del grado a imponer al arbitrio del juzgador —como subrayó acertadamente la Sentencia de 28 de marzo de 1984, que acudió a dicho arbitrio para imponer la pena de prisión menor en su grado máximo pese a concurrir el homicidio imprudente con una falta de malos tratos—. Pero entonces la agravación mencionada ya no es consecuencia necesaria y automática de la estimación del concurso ideal, sino sólo una posibilidad abierta al arbitrio judicial.

b) Otra cuestión problemática que plantea la solución del concurso de delitos es la más arriba enunciada de si las lesiones dolosas han de estimarse consumadas o frustradas. La solución adoptada por Sentencias como las acabadas de citar, de 28 de marzo de 1984 y de 26 de diciembre de 1987, es la de apreciar concurrentes como consumadas las lesiones o malos tratos a que puede probarse que alcanzó el dolo del autor. Las posibles dudas al respecto se resuelven con ayuda del principio **in dubio pro reo**. Así, la acción inicial de apretar el cuello de la víctima hasta hacerle perder la conciencia, que determinó su caída al suelo y el golpe en la cabeza que ocasionó su muerte no dolosa, fue calificada por la sentencia de 28 de marzo de 1984 como falta de malos tratos “en ausencia de otros datos fácticos”, mientras que la Sentencia de 26 de diciembre de 1987 califica de lesiones menos graves el hecho de golpear en la cabeza con una botella vacía que ocasionó una hemorragia determinante de la muerte no querida de la víctima. Es interesante la argumentación que sigue esta última Sentencia:

“La determinación de la pena correspondiente a las lesiones dolosas —afirma— dependerá, por lo tanto, de un juicio en el que se establece cuál de los resultados posibles del delito de lesiones fue alcanzado por el dolo del autor. A tales fines se debe considerar que el dolo llegará hasta el límite que se pueda inducir, mediante un juicio basado en la experiencia, de una consideración de todas las circunstancias del hecho. En el presente caso (...) no cabe duda de que, por lo menos, quiso producir lesiones de cierta importancia, dado que ello se induce de la fuerza empleada y del instrumento utilizado. Sin embargo, en la medida en que la Audiencia no ha determinado —como hubiera sido aconsejable— con precisión el alcance del dolo del acusado, es de aplicación el principio “**in dubio pro reo**” y se deberá estar a las hipótesis más

favorables no insignificantes, el comportamiento del acusado se debe subsumir bajo el tipo básico de lesiones del artículo 422 del CP...”.

No obstante, debe señalarse que dicho planteamiento no fue compartido por el Excmo. Sr. D. Marino Barbero Santos, que formuló un voto particular, por entender, entre otras cosas, que supone una presunción **contra reo** considerar al sujeto autor de unas lesiones que produjeron “al ofendido incapacidad para el trabajo por más de quince días” y menos de treinta, “lo que —a juicio del Magistrado discrepante—, evidentemente no es verdad”. La solución correcta, que puede conducir a la misma pena habida cuenta del arbitrio judicial que permite el artículo 565 CP, es, según Barbero Santos, la apreciación de un único delito de imprudencia temeraria.

Es posible, ciertamente, entender que no basta la muerte para afirmar la efectiva consumación de unas lesiones, sino que para ello se requiere o bien la producción de una lesión orgánica o bien el transcurso del tiempo de merma de la salud de que se trate. En este sentido me manifesté ya en mi trabajo sobre la preterintencionalidad de 1979. Pero ello no obstaría a la necesidad de apreciar lesiones **frustradas** cuando la muerte sustituye a la lesión orgánica o al tiempo de merma de la salud, siempre que una u otra se hubieran, por lo menos, aceptado el dolo eventual. Por otra parte, la verdad es que también es posible defender la existencia de estos casos de lesiones consumadas, como hace la Sentencia comentada. Cabe, en efecto, atender al hecho, innegable, de que la muerte implica la privación de todos los miembros corporales, tanto principales como no principales, y que también incapacita para el trabajo para siempre. Este punto de vista tiene, además, la ventaja que impide tener que considerar más grave el supuesto en que la muerte tarda tiempo en producirse que aquél en que tiene lugar de inmediato, aunque el tiempo de enfermedad anterior a la muerte puede valorarse como lesión autónoma por el sufrimiento que puede representar, ni tal sufrimiento se produce siempre que la muerte se retrasa —piénsese en los casos de inconsciencia—, ni deja de ser discutible considerar el resultado global menos grave por el hecho de que la muerte se produzca antes.

c) La tercera cuestión, más arriba enunciada, que planteó la derogación del párrafo 3º del artículo 1 y del artículo 50 por la reforma de 1983, es la del papel que ha de corresponder ahora a la atenuante 4ª del artículo 9. Descartada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, su aplicación a los casos de “preterintencionalidad heterogénea”, como el de lesiones-homicidio, ha de reservarse su aplicación a los supuestos de “preterintencionalidad homogénea” en sentido estricto, en los que el mal causado no dé lugar a un delito

distinto al pretendido. Como ejemplo paradigmático suele pensarse en el de que se quisieran lesiones graves del artículo 420, pero no tanto como las que resultaron. Ello requiere ciertas precisiones. Por de pronto, han de reputarse, sin duda, delitos distintos los de lesiones menos graves y de lesiones graves, y con mayor razón hay que diferenciar de ambos las faltas de lesiones. Cuando la preterintención determine un resultado de lesiones comprendidas en distinto **nomen iuris** no será aplicable el artículo 9.4º. Más discutibles son los supuestos en que la discrepancia entre lo querido y lo acaecido tenga lugar dentro del mismo artículo 420, o de otro de estructura análoga. Cabe distinguir aquí dos casos: por una parte, el de que queriendo producir únicamente lesiones de un subtipo determinado, por ejemplo, del núm. 4º del artículo 420, se causen lesiones descritas en otro número que señala mayor pena, por ejemplo, en el núm. 1º del mismo artículo; y, por otra parte, el de que la preterintención tenga lugar dentro de un mismo número del artículo 420 —por seguir con el mismo ejemplo de las lesiones graves—, que prevea un resultado graduable. Un sector de la doctrina acepta el criterio tradicional según el cual el artículo 9.4º es aplicable en ambos casos, mientras que otra dirección, que inicié en mi trabajo de 1979, postula la aplicación de las reglas del concurso de delitos para el primer caso de resultado descrito en un número distinto que señala mayor pena: concurso entre el subtipo de lesiones no querido pero producido por imprudencia, suponiendo que ésta concurra, y el subtipo de lesiones dolosas que efectivamente se querían realizar⁽²³⁾. El artículo 9.4º sólo sería aplicable a los casos de preterintención dentro de un mismo subtipo o número del artículo 420, o en otros delitos de resultado graduable pero con una pena única, como en los daños de los artículos 559 y 563⁽²⁴⁾.

Este segundo planteamiento más restrictivo tiene la ventaja político-criminal que respeta en mayor medida el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, pues el enfoque tradicional reproduce dentro de los límites de figuras como las de lesiones graves las consecuencias versaristas que implicaba la aplicación del artículo 9.4º al homicidio preterintencional. Téngase, además, en cuenta que la actual solución del concurso de delitos que ahora se acoge para el homicidio preterintencional no es coherente con el rechazo del mismo criterio del concurso cuando el resultado más grave no querido es de lesiones. Seguir manteniendo, entonces, la aplicación del artículo 9.4º para los casos de divergencia entre el subtipo de lesiones queridas y el producido

(23) Cfr. MIR PUIG, Rev. J. Cat. 1979, p. 99; ZUGALDÍA, ADPCP 1986, p. 402; MAQUEDA, CPC 1987, p. 204.

(24) También en este sentido SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1985, p. 200.

podría tener como consecuencia paradójica que en algún caso la pena resultante fuera mayor que en el caso de que resultase la muerte, como advierte Huerta Tocildo que sucedería si en lugar de las lesiones del núm. 4º del artículo 420 pretendidas se ocasionaran las del núm. 1º del mismo artículo ⁽²⁵⁾.

Es cierto, por otra parte, que la aplicación del artículo 9.4º a los casos en que la admito de preterintención dentro de un mismo subtipo o tipo que prevé una misma pena para resultados más o menos graves (por ejemplo, como decíamos, dentro de un mismo número del artículo 420) podría dar lugar a consecuencias absurdamente más favorables para el reo que la producción del grado mínimo de lesión típica, puesto que ésta no está prevista como atenuante en el artículo 9 ⁽²⁶⁾. Para evitarlo, y basándose en el principio de igualdad, habría que estimar como atenuante análoga a la del artículo 9.4º, la de no haber producido la lesión típica en el grado máximo que permita el delito.

1. La segunda parte de mi Ponencia se referirá a la regulación del error en el artículo 6 bis a). El texto de este precepto ⁽²⁷⁾ coincide ampliamente con el propuesto por el artículo 20 del Proyecto de CP de 1980, sobre el cual ya había volcado la doctrina su interés ⁽²⁸⁾. Faltaba en la tradición legislativa española un tratamiento expreso del error, que quedaba confiado a las orientaciones de la doctrina de los autores y a la jurisprudencia de los Tribunales. El cambio de criterio responde, sin duda, como decíamos al principio de culpabilidad, en el sentido amplio que ya mencionamos.

La mayor significación que en este sentido corresponde al artículo 6 bis a) radica en la expresa previsión del error de prohibición. La trascendencia y los efectos del error de tipo se hallaban reconocidos unánimemente por la doctrina

(25) Cfr. HUERTA, La Ley, p. 5.

(26) Lo señala COBO/VIVES, PG, cit., p. 441.

(27) El texto del artículo 6 bis a) es el siguiente:

“El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 88”.

El artículo 66 prevé una atenuación importante de la pena para los casos en que concurran parte de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en el artículo 8.

(28) Cfr. HUERTA TOLCIDO, RFDUC, monograf. 8 (1980), pp. 75 y ss. CPC 12 (1980), pp. 23 y ss.; Torio en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 249 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, La Ley, 5 dic. 1980; BACIGALUPO, La Ley, 16 enero, 1981; ZUGALDÍA, CPC 15 (1981), pp. 511 y ss.; ROMERO CASABONA, ADPCP 1981, p. 739, y ss.

y por la jurisprudencia tradicionales pese al silencio que guardaban los Códigos —salvo alguna duda respecto al error sobre elementos típicos accidentales—. Distinta ha sido la historia del error de prohibición, al que en un principio no se concedía eficacia eximente ni atenuante alguna. Durante este siglo la doctrina ha ido admitiendo su eficacia y en los años anteriores a la reforma de 1983 la jurisprudencia había acogido esta evolución⁽²⁹⁾. Mas en absoluto cabría pensar que el artículo 6 bis a) viniera a suponer la mera consagración de una realidad incontrovertida. Al contrario, prescindiendo incluso de qué ámbito de aplicación estaba dispuesta a concederle la jurisprudencia, la propia doctrina discutía abiertamente en qué casos el error de prohibición debía conducir a la impunidad y qué otros efectos atenuatorios había que concedérsele. No era, pues, ocioso que el artículo 6 bis a) se ocupase del tema. Veremos, sin embargo, que ello no bastó para zanjar las disputas doctrinales, que en buena parte no resultan decididas —ni seguramente deberían serlo— por la nueva regulación. Ni la delimitación de los conceptos de error de tipo y error de prohibición, ni la decisión en favor de la teoría del dolo o de la culpabilidad, en una u otra modalidad, se deducen sin más de la redacción del artículo 6 bis a). Para interpretar este precepto y averiguar cómo deben resolverse estas cuestiones a la vista de su tenor, será preciso remontarse a consideraciones dogmáticas y político-criminales.

2. La nueva regulación del error distingue tres clases de error: el error “sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal”, el error sobre un elemento “que agrave la pena” y “la creencia errónea... de estar obrando lícitamente”. Las dos primeras clases están reguladas por los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a); la tercera, se contiene en su párrafo tercero. Según la interpretación de la doctrina, las dos primeras especies de error constituyen modalidades de error de tipo y la última es expresión de error de prohibición.

Se ha argüido por algún autor que esta distinción no se ha logrado plasmar correctamente en la fórmula legal, alegándose que, por una parte, la expresión “error sobre un elemento integrante en la infracción penal” podría dar cabida junto al error de tipo al error de prohibición —considerando la antijuridicidad como un elemento de la infracción penal— y que, por otra parte,

(29) En la doctrina española, cfr. por todos CÓRDOBA, El reconocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1962, pp. 59 y ss. En la jurisprudencia del TS, cfr. las sentencias de 19 dic. 62, 26 mayo 64, 30 marzo 76, 30 enero 79, 24 oct. 81, 4 oct. 82 (con comentario de MAQUEDA en LA LEY, 11 abr. 83). Sin embargo, salvo la sentencia de 30 enero 79, las demás se refieren a errores sobre el tipo de una causa de justificación.

“la creencia errónea de estar obrando lícitamente” concurre también literalmente en quien actúa en error de tipo —al desconocer el hecho que se realiza se ignoraría también que con él se comete un hecho prohibido⁽³⁰⁾.

Aunque pueda discutirse si la redacción del artículo 6 bis a) resultó suficientemente clara⁽³¹⁾, no creo que permita confundir la ubicación de los supuestos básicos de error de tipo y de prohibición.

Por una parte, ya es discutible que el error sobre la antijuridicidad pueda considerarse un “error sobre un elemento de la infracción penal”, en los términos del artículo 6 bis a). Si —como estimo correcto— se entiende que la antijuridicidad necesaria para el delito, la antijuridicidad típica, equivale a la infracción de una norma jurídico-penal —la norma primaria dirigida al ciudadano que se contiene tácitamente en la ley penal⁽³²⁾, dicha antijuridicidad coincidirá con la “infracción penal”⁽³³⁾. Entendida como infracción de una norma penal, la antijuridicidad típica no es sólo un elemento de la infracción penal, sino esta infracción penal misma⁽³⁴⁾.

Por otra parte, y si lo anterior se admite, tampoco puede interpretarse el último párrafo del artículo 6 bis a) en el sentido de que permita incluir en “la creencia errónea de actuar lícitamente” no sólo el error de prohibición, sino también el error de tipo. Tal interpretación está vedada por el carácter más específico de la referencia al error de tipo que, según se ha visto, contiene el párrafo primero. En otras palabras, referido específicamente el párrafo primero al error de tipo, debe considerarse *lex specialis* que respecto a esta clase de error desplaza, por el principio de especialidad, la aplicación del último párrafo más general.

En conclusión, pues, el error de tipo debe tratarse con arreglo a lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a), mientras que el error de prohibición ha de incluirse en el párrafo III del mismo artículo.

(30) Así BACIGALUPO, op. cit., pp. 1 y s.

(31) Cfr. MAQUEDA, CPC n.º 31 (1987), p. 250.

(32) Sobre el carácter jurídico-penal de esta norma cfr. MIR PUIG, PG, pp. 23 y ss.

(33) Cuestión distinta es la de si la antijuridicidad puede considerarse un elemento de la infracción punible; es decir, no sólo la infracción penal, que únicamente exige la infracción de una norma penal, sino de la infracción que además reúna los demás elementos que permiten afirmar su punibilidad. Es evidente que en este sentido la antijuridicidad penal no equivale a la infracción punible, sino que es, ciertamente, uno de los elementos de ésta.

(34) En relación con el artículo 6 bis a) escribe TORIO: “Los elementos (esenciales) integrantes de la infracción se deben, pues, distinguir de la infracción mismo”, en Beristain (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, p. 109.

Ello puede reputarse seguro al menos por lo que afecte al error de tipo en sentido estricto (sobre el tipo positivo) y al error de prohibición directo. Más discutible es la ubicación legal del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, al que dedicaremos el apartado siguiente. De momento puede afirmarse ya que sería deseable que el TS superase su indecisión en cuanto al tratamiento del error de prohibición y optase definitivamente por su inclusión en el párrafo III del artículo 6 bis a) —como ya hacen muchas sentencias—, dejando de aplicar su párrafo II y los correspondientes preceptos reguladores de la imprudencia a tales casos de error de prohibición.

3. No se desprende de la letra del artículo 6 bis a) si el *error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación* ha de considerarse una modalidad del error de tipo previsto en el párrafo primero o, por el contrario, una forma de error de prohibición regulado en el último párrafo. Ello depende de consideraciones dogmáticas y político-criminales.

a) Si el término “infracción” que emplea el párrafo primero del artículo 6 bis a) se entiende en su sentido literal de “infracción de una norma”, la cuestión que acabamos de plantear depende de si se admite o no que la realización del tipo en sentido clásico (como tipo positivo) supone ya la infracción de la norma prohibitiva. Si ello se admite —como hace el finalismo ortodoxo⁽³⁵⁾—, puede interpretarse que “error sobre un elemento de la infracción penal” sólo puede recaer sobre un elemento del tipo (positivo). El error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación quedaría, entonces, relegado al ámbito de la “creencia errónea de obrar lícitamente” del párrafo tercero. Se trataría como error de prohibición, según propone la teoría de la culpabilidad.

b) Mas esta conclusión no es necesaria, ni siquiera desde el punto de vista de quien admita que la realización del tipo (positivo) supone ya una “infracción”. Este postulado no se opone al reconocimiento de que para la concurrencia del **deber concreto** de evitar el hecho típico es precisa la ausencia de causas de justificación —así lo entiende Welzel⁽³⁶⁾—. Cabría siendo así, interpretar que el “error sobre un elemento de la infracción penal” del párrafo primero del artículo 6 bis a) que analizamos se refiere a un elemento de la **concreta infracción** que supone la realización del tipo sin causas de presupuestos objetivos de una causa de justificación. Así podría proceder quien defendiese

(35) Cfr. WEZEL, Lb., p. 50.

(36) Cfr. nota 38.

una teoría limitada de la culpabilidad sin base en la teoría de los elementos negativos del tipo ⁽³⁷⁾.

c) La misma conclusión es, sin embargo, **necesaria** desde la lógica de la teoría de los elementos negativos del tipo —si se parte de la premisa que empezamos por fijar: que “infracción” significa en el artículo 6 bis a) la infracción de una norma jurídico-penal—. Según esta perspectiva, la realización del tipo positivo es necesaria pero no suficiente para que exista una infracción de la norma jurídico-penal, porque las causas de justificación se conciben como elementos que impiden la presencia del hecho prohibido. Quien cree erróneamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación yerra, desde este prisma, acerca de presupuestos necesarios para la existencia de la infracción. Tal error cabrá, entonces, en el “error sobre un elemento integrante de la infracción penal” del párrafo primero del artículo 6 bis a).

Las tres posibles interpretaciones señaladas (a, b y c) de la primera forma de error prevista en el artículo 6 bis a) arrancan, como se ha dicho, del entendimiento del término “infracción” en su sentido literal de vulnerabilidad de una norma. A partir de este significado la solución se ha de depender de la teoría de las normas que se sustente, pero también han de tenerse en cuenta consideraciones político-criminales. Así, hemos señalado que la teoría limitada de la culpabilidad **podría** defenderse pese a que se considere que la ausencia de causas de justificación no impide la presencia de la infracción abstracta, entendiendo la “infracción” a que alude el párrafo I del artículo 6 bis a) en el sentido de la concreta infracción que requiere la efectiva ausencia de causas de justificación. Pero todo esto es una **posibilidad**, que no siendo obligada desde sus premisas internas, sólo puede decidirse basándose en razones de Política criminal. Como es notorio, en efecto, la teoría limitada de la culpabilidad, cuando no se basa en la teoría de los elementos negativos del tipo, no responde a consideraciones dogmáticas, sino que, al contrario, puede encontrar dificultades en cuanto a la fundamentación dogmática de su coherencia interna ⁽³⁸⁾. La adopción de esta teoría ha de depender, entonces, de que se estime preferible político-criminalmente el tratamiento del error de tipo para la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación —así, porque se considere que el error sobre la **situación** descrita por una causa de justificación merece, por su analogía de significado con el error sobre la **situación**

(37) También quien acoja la “teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica”, cfr. JESCHECK, *Tratado I*, pp. 633 y ss., 635 y s.

(38) Cfr. En España ZUGALDÍA, op. cit., pp. 517.

descrita en el tipo (positivo), el mismo tratamiento político-criminal. El rechazo de esta identidad de tratamiento podría fundarse, en cambio, en la consideración político-criminal de que sería inoportuno dejar impune el error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la mayoría de delitos, como sucedería en España si prosperase el sistema de *numerus clausus* previsto para la incriminación de la imprudencia por el Proyecto de 1980 y por la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Así podría entenderlo quien crea que la sola realización del tipo (positivo), que generalmente supondrá la lesión consiguiente de un bien jurídico, exige un mayor rigor en el trato del error sobre aquellas situaciones en que está justificada la conducta típica ⁽³⁹⁾.

La elección entre las dos alternativas anteriores depende, pues, del tratamiento político-criminal que se estime preferible. Desde el prisma, en cambio, de la teoría de los elementos negativos del tipo, y de la afirmación de que la única infracción de una norma de que puede hablarse es la que supone la anti-juridicidad, hemos señalado que era **necesario** incluir el error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el párrafo primero del artículo 6 bis a), si se parte de la interpretación del término “infracción” en el sentido de vulneración de una norma penal. Esta interpretación debería revisarse si el tratamiento del error de tipo no pareciera adecuado políticamente a la clase de error que estamos examinando. Pero ocurre que, al contrario, el tratamiento de tipo parece el más adecuado no sólo por razones dogmáticas desde el prisma de la teoría de los elementos negativos del tipo, sino por razones político-criminales a la mayoría de los partidarios de la concepción tradicional del tipo, los cuales o bien sustentan la teoría limitada de la culpabilidad o bien aceptan sus mismas consecuencias (“teorías de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica”) ⁽⁴⁰⁾. El argumento fundamental que puede esgrimirse

(39) Con relación al Proyecto de 1980 se inclinan por la teoría escrita de la culpabilidad alegando razones político-criminales: HUERTA, op. cit., p. 93; ZUGALDÍA, op. cit., pp. 519 y s.; ROMERO CASANBONA, op. cit., pp. 766 y s.; CEREZO, Problemas fundamentales del derecho penal, 1982, pp. 201 y s. Este autor mantiene la misma posición respecto al artículo 6 bis a) en ADPCP 1985, p. 279 y ss. Respecto a dicho artículo, en el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito (I), 1985, pp. 176 y s. y (II) 1986, pp. 62 y ss.; MAQUEDA, CPC 1987, pp. 260 y s. Incluye también el error sobre los presupuestos de esa causa de justificación en el párrafo 3º del artículo 6 bis a); MUÑOZ CONDE, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, X, 1987, pp. 308 y ss. Propugna la aplicación del tratamiento del error de prohibición por analogía BACIGALUPO, op. cit., pp. 2 y s. En favor en cambio, de la equiparación del tratamiento de esta clase de error al de tipo, desde la teoría del dolo, TORIO, op. cit., pp. 262 y s.; COBO/VIVES, Derecho Penal, Parte General, 1984, p. 560.

(40) La opinión más generalizada es que el tratamiento que propugna la teoría estricta de la culpabilidad “conduce a veces resultados incompatibles con el sentimiento jurídico”, como escribe JESCHECK, Tratado, I, p. 635, donde se afirma el carácter mayoritario de esta postura.

en este sentido, en favor del tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación con arreglo al que recibe el error de tipo, es que aquella clase de error no supone desatención al conocimiento del Derecho y no hace preciso, por tanto, el mayor rigor con que se trata el desconocimiento del Derecho, mayor rigor que sólo está justificado —si es que lo está⁽⁴¹⁾— como estímulo a conocer el Derecho y para evitar que resulte beneficiado quien no se preocupa de conocer lo prohibido, en comparación con quien sí se ha tomado la molestia de tomar conocimiento de ello. Adviértase que quien incurrir en un error sobre los presupuestos de una causa de justificación no desconoce ninguna norma jurídico-penal ni su alcance, sino que sólo yerra —como en el error sobre el tipo (positivo)— en cuanto a la situación frente a la que se encuentra.

La conclusión a que conduce todo lo anterior es la siguiente: quien admite —como personalmente estimo correcto— que la ausencia de causas de justificación es necesaria para que pueda hablarse de una verdadera “infracción penal”, podrá incluir el error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el “error del primer párrafo del artículo 6 bis a), con la consiguiente aplicación del tratamiento del error de tipo y sus ventajas político-criminales. Pero también podrá acoger la misma solución, si la cree político-criminalmente preferible, quien, pese a admitir que la realización del tipo supone ya una “infracción” abstracta de la norma, reconozca que además es precisa la ausencia de causas de justificación para que pueda hablarse de una “infracción” **concreta**.

d) Se sigue de lo anterior que la letra del artículo 6 bis a) I y II no decide expresamente la cuestión de si en estos párrafos se encuentra la regulación correspondiente al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Pero otros autores creen necesario o preferible tratar este caso de error con arreglo al párrafo III del mismo artículo 6 bis a). Por la importancia práctica de esta cuestión, de la que depende la pena aplicable, conviene exponer cuál es la posición adoptada por la Jurisprudencia posterior a 1983.

Como ha puesto de manifiesto en un trabajo reciente sobre el tema Ujala Joshi, el TS califica a la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación de “error de prohibición”, pero ello no significa que lo incluya en el párrafo III del artículo 6 bis a). Cuando el mencionado error es vencible considera desplazado el dolo y aplicable lo que dispone el párrafo II del artículo

(41) Lo niega TORIO, op. cit., pp. 262 y s.; COBO/VIVES, PG, p. 560. También lo cuestiona, desde otro planteamiento, MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 300.

6 bis a): la punición con arreglo a los artículos 565, 586.3º ó 600. En este sentido, pueden citarse las SSTs de 26 de enero de 1984, 20 de junio de 1984, 14 de diciembre de 1985 y 26 de octubre de 1986⁽⁴²⁾. Este tratamiento jurisprudencial es el que me parece preferible por las razones antes esgrimidas.

4. El artículo 6 bis a) se refiere al error sobre los **elementos que agravan la pena**.

Una primera observación que debe efectuarse al respecto es que el texto del artículo 6 bis a) deja sin mencionar los casos de error sobre circunstancias atenuantes o elementos típicos accidentales de carácter privilegiante⁽⁴³⁾. En segundo lugar, la redacción legal ha suscitado ya división de opiniones en cuanto a qué elementos agravantes deben entenderse incluidos en ella. Mientras que la doctrina dominante considera que alcanza a **toda** circunstancia o elemento accidental típico que agrave la pena por elevar el injusto⁽⁴⁴⁾, Maqueda Abréu considera que el artículo 6 bis a) sólo se ocupa de los elementos **esenciales** de agravación que, a su juicio, serían los que dan lugar a un delito sui generis⁽⁴⁵⁾. Esta opinión se apoya en el hecho de que el artículo 6 bis a) alude al “error invencible sobre un elemento **esencial** integrante de la infracción penal o que agrave la pena...”. El adjetivo “esencial” le parece a Maqueda gramaticalmente referido tanto al elemento integrante de la infracción penal como al que agrave la pena. Sin embargo, cabe también entender que aquel adjetivo viene a integrarse sólo en el conjunto de características de la primera clase de elementos que se refiere la Ley. De hecho, la mención del error sobre un elemento que agrave la pena resultaría redundante si se limitase a elementos esenciales del delito, pues precisamente a éstos es a los que ya se refiere el supuesto normal del error de tipo. Téngase en cuenta, por último, que ni el precedente inmediato del artículo 6 bis a), el artículo 20 del Proyecto de 1980, ni el correspondiente artículo 17 de la Propuesta de 1983 mencionan el término “esencial”, y que éste se introdujo a última hora y por unanimidad en el Senado sin pretensión de cambiar todo el sentido del error sobre los elementos que agravan la pena⁽⁴⁶⁾.

Según el primer párrafo del artículo 6 bis a), si el error sobre los elementos agravantes es invencible, ha de dejar de apreciarse el elemento agravante

(42) Cfr. JOSHÍ, ADPCP 1987, pp. 715 y s.

(43) Cfr. en sentido crítico al respecto MAQUEDA, CPC 21 (1983), p. 718.

(44) Así, p. ej., QUINTERO/MUÑOZ CONDEZ, La reforma, p. 52; MIR PUIG, PG, p. 211.

(45) Cfr. MAQUEDA, op. cit., pp. 703 y ss. Ver en especial la nota 86.

(46) Cfr. sobre la discusión parlamentaria RODRÍGUEZ DEVESA, RFDUC, monogr. 6 (1983), p. 589.

desconocido. Pero ¿qué ocurre si el error resulta **vencible**? Reza el segundo párrafo del mismo artículo: “Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales, del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa”. Sin duda, esto no es aplicable al error vencible sobre el elemento que agrave la pena: sería absurdo que, siendo doloso el hecho básico, hubiese de castigar sólo por imprudencia o renunciar incluso a la pena si la modalidad imprudente es impune. La única solución admisible es entender que el error sobre un elemento que agrava la pena ha de determinar la no agravación según el mismo. Este tratamiento deberá seguir fundándose, como antes de 1983, en el criterio establecido en el artículo 60, II CP precepto que literalmente sólo alcanza a las “circunstancias agravantes” de la Parte General, pero que puede aplicarse por analogía in bonam partem a los demás casos de error sobre un elemento típico cualificatorio⁽⁴⁷⁾. Es posible basar la evitación del régimen establecido por el artículo 6 bis a), II, en el hecho de que éste sólo conduce a la pena del delito culposo “en su caso”⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, es lástima que se haya desaprovechado la ocasión que brindó la introducción del artículo 6 bis a) para regular de forma completa, y no sólo fragmentaria, el error sobre elementos agravantes. También se echa en falta la regulación del error sobre elementos atenuantes.

5. Aunque nada dicen ni el artículo 6 bis a) CP ni su precedente, el artículo 20 del Proyecto de 1980, la mayoría de los intérpretes no han vacilado en ver en ellos una consagración inequívoca de la **teoría de la culpabilidad**⁽⁴⁹⁾. Una consideración detenida de la nueva regulación pone de manifiesto, sin embargo, que no obliga a aceptar ni la teoría del dolo ni la teoría de la culpabilidad, sino que es susceptible de ser interpretada tanto desde una como desde otra teoría⁽⁵⁰⁾.

Es evidente que ni el artículo 20 del Proyecto de 1980 ni el artículo 6 bis a) CP contienen ninguna declaración expresa en el sentido de que acojan la teoría de la culpabilidad ni ninguna otra. Se limitan a distinguir varias clases de error y asignarles diferentes consecuencias jurídicas. Es lo que debe hacer

(47) Cfr. MIR PUIG, PG, pp. 210 y ss. 212.

(48) Cfr. QUINTERO, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, La reforma, pp. 52 y s.

(49) Cfr. ZULGADÍA, op. cit., p. 511. También TORIO, op. cit., pp. 249 y s.; ROMERO CASABONA, op. cit., pp. 740 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, op. cit., p. 1; BACIGALUPO, op. cit., p. 1; HUERTA, op. cit., pp. 35 y ss.; CEREZO, ADPCP OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, Teor. Jur. Del. II, pp. 59 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, Teor. Jur. Del., p. 486; MAQUEDA, CPC 1987, pp. 258 y s., aunque admite que el artículo 6 bis a) también permite la teoría del dolo.

(50) De acuerdo con esto y lo que sigue JOSHI, ADPCP, 1987, p. 699.

un legislador, que debe guardarse de terciar en cuestiones doctrinales. ¿Por qué, entonces, la suposición de que la nueva regulación del error acoge inequívocamente la teoría de la culpabilidad? Tal suposición se basa en el hecho de que la nueva fórmula distingue el tratamiento del error de tipo y del de prohibición vencibles: mientras que el párrafo segundo remite a la pena de la imprudencia, el párrafo tercero prescribe la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito doloso. Se interpreta, sobre esta base, que ello supone admitir que el error de prohibición vencible deja en pie el delito doloso y se limita a atenuar la pena que le corresponde, cosa que sólo parece poder fundarse en una disminución de la culpabilidad —como precisamente sostiene la teoría de la culpabilidad—. Mas esta interpretación no es obligada en absoluto por el texto del artículo 6 bis a), que, por el contrario, se aparta en un punto fundamental de la teoría de la culpabilidad.

Que se remita a la **pena** inferior en grado a la señalada al delito doloso no equivale, desde luego, a afirmar que exista un delito doloso. El artículo 6 bis a) nada dice de la naturaleza del hecho realizado con error de prohibición vencible, sino que se limita a ofrecer una **regla de determinación de la pena**. Y esta pena no es tampoco la del delito doloso, sino otra inferior. Que se calcule tomando como base comparativa la del delito doloso, no significa que subsista el dolo. También en el artículo 565 CP último párrafo se obliga a imponer al delito imprudente siempre una pena inferior a la del hecho doloso, y también la atenuación de la pena prevista para los casos de exención parcial —pena a la que remite el artículo 6 bis a)— se prevé igualmente con relación a eximentes del todo diversas, tanto justificantes como excluyentes de la culpabilidad. En esta línea, la atenuación prevista por el STGB alemán para el error de prohibición (parágr. 17) es la misma que se señala a la tentativa (parágr. 23): en ambos casos se remite al párrafo 49, y es evidente que nadie podría sostener que ello significa que la tentativa supone la presencia del delito doloso consumado que sirve de base para atenuar la pena. Sólo se trata, obviamente, de una regla de determinación de la pena coincidente, que nada dice de la razón de la atenuación.

En el caso del artículo 6 bis a), III, nada impediría entender que la pena que se señala para el error de prohibición vencible se debe a la concurrencia de imprudentia iuris. La diferencia de tratamiento que ello supone respecto del error de tipo vencible podría explicarse por la conveniencia político-criminal de tratar con mayor rigor esta forma de imprudencia, al objeto de estimular el conocimiento del Derecho. El último párrafo del artículo 6 bis a), no es,

pues, obstáculo alguno al mantenimiento de la teoría del dolo, sino que puede entenderse como expresión de una cláusula general de **culpa iuris** como la propuesta desde las premisas de la teoría del dolo con objeto de evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la culpa facti⁽⁵¹⁾.

En efecto, la redacción del tercer párrafo del artículo 6 bis a) contiene un elemento que hace pensar que no respondió a la lógica de la teoría de la culpabilidad sino a la de la teoría del dolo: la atenuación de la pena tiene lugar **siempre** que falte el conocimiento **actual** de la antijuridicidad. Es sabido —pero es importante recordarlo— que uno de los puntos centrales de la teoría de la culpabilidad es el abandono de la exigencia del conocimiento actual de la antijuridicidad y su sustitución por la **posibilidad** de dicho conocimiento (conocimiento **potencial**) y su valoración no ya como dato psicológico, sino en cuanto influya en el juicio de reproche de la culpabilidad. El conocimiento actual sólo se requiere para el dolo. Al separarse de éste el conocimiento de la antijuridicidad, ya sólo se exige que el sujeto pudiera contar con él, puesto que ello basta para que pudiera motivarse conforme a la norma y, por tanto, para el poder-actuar-de-otro-modo que Welzel viene a erigir en fundamento del reproche de culpabilidad. Recuérdese que el finalismo pretende haber conseguido eliminar todo contenido psicológico de la culpabilidad y haber logrado una concepción “puramente” normativa de la misma⁽⁵²⁾. Para decirlo en términos de Graf zu Dohna: en la culpabilidad no habría de quedar nada del **objeto** de la valoración, trasladado íntegramente al injusto, sino sólo la **valoración** del objeto. En la culpabilidad no se preguntaría ya si el sujeto **quiso** o **no quiso** el hecho, sino sólo si **pudo** o **no pudo** evitarlo. De ahí que cuando el error de prohibición es **burdo** (grob), la teoría de la culpabilidad sostiene que no debe ni siquiera atenuar la pena, porque no responde en absoluto a **ninguna disminución de la posibilidad de motivación conforme a la norma**. Ésta fue, precisamente, una de las razones que hicieron que la teoría de la culpabilidad fuera aceptada por la Sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952: con ello se cerraba la puerta al peligro de que el reconocimiento de relevancia al error de prohibición supusiera una forma de primar el desconocimiento inexcusable de valores fundamentales. Con todo esto choca la fórmula del párrafo tercero del artículo

(51) Sobre esta construcción, propuesta en Alemania por SHRODER, y sobre el modo de hacerla viable en España —coincidiendo, por cierto, con la imposición de una pena inferior a la señalada al delito doloso que prevé el artículo 6 bis a)— Cfr. TORIO, op. cit., pp. 263 y ss.

(52) Cfr. JESCHECK, Tratado I, p. 579; MAURACH, Tratado II, pp. 24 y ss.

6 bis a), que sigue anclada en la alternativa clásica de conocimiento/desconocimiento, como datos psicológicos actuales⁽⁵³⁾.

La explicación de la solución acogida, procedente del Proyecto de 1980, podría ser la siguiente: partidarios de la teoría del dolo la mayoría de los integrantes de la Comisión redactora de dicho Proyecto, estaban dispuestos a admitir la supresión del sistema de *numerus apertus* para la *imprudencia facti*, pero no para la *imprudencia iuris*: para que respecto a ésta pudiese proseguir de alguna forma el sistema de punición general del error de prohibición vencible que permiten los artículos 565, 586.3º y 600 CP, los partidarios de la teoría del dolo admitieron la regla de determinación de la pena del artículo 81 del Proyecto, que suponía una atenuación de la pena calculada a partir de la del delito doloso.

En este sentido, me he inclinado en otro lugar por entender que el Proyecto viene a responder a la teoría del dolo y a la corrección de sus defectos político-criminales mediante la punición general de la culpa *iuris*⁽⁵⁴⁾, interpretación que acogen abiertamente Cobo/Vives⁽⁵⁵⁾.

La situación es algo distinta en el nuevo artículo 6 bis a). Aunque el texto de este precepto es sustancialmente coincidente con el del artículo 20 del Proyecto de 1980, viene a inscribirse en el contexto diferente del Código Penal vigente, subsiste en éste el sistema de incriminación abierta de la imprudencia a través de los artículos 565, 586.3º y 600, y sin embargo, el tercer párrafo del artículo 6 bis a) no remite a estos preceptos para el error vencible de prohibición, sino que sigue acudiendo a la atenuación prevista para las eximentes incompletas (art. 66 CP). Ello podría interpretarse como un argumento en favor de la teoría de la culpabilidad y en contra de la del dolo, puesto que la citada atenuación no sería necesaria como cláusula genérica de culpa *iuris*, habida cuenta de que para ello cabría acudir a las fórmulas generales de imprudencia del Código. En otras palabras: si en el Proyecto la atenuación general prevista para el error de prohibición vencible podía explicarse como el único medio de conseguir la punibilidad general de la culpa *iuris* una vez suprimida la técnica de las cláusulas generales para la imprudencia, no sucede así en el artículo 6 bis a).

(53) Señala la discrepancia entre el tratamiento propugnado por el finalismo y el acogido por el Proyecto de 1980 el Ponente General de la comisión redactora del Anteproyecto de 1979, RODRÍGUEZ MOURULLO, en Fernández Albor (ed.), *La reforma penal y penitenciaría*, p. 25.

(54) Fr. MIR PUIG, Adiciones al Tratado de Jescheck I, p. 644, PG, pp. 548 y s.

(55) Cfr. COBO/VIVES, op. cit., p. 560.

Mas no por ello resulta imposible mantener la teoría del dolo en el Código reformado. Por de pronto, los artículos 565, 586.3º y 600 siguen presuponiendo la necesidad de “malicia” en los delitos dolosos, y la “malicia” entraña el conocimiento del carácter reprochable del hecho; ello se explica fácilmente por la teoría del dolo (*dolus malus*) y contradice el concepto de dolo natural que maneja la teoría de la culpabilidad⁽⁵⁶⁾. Por otra parte, que el artículo 6 bis a) no remita a las cláusulas generales de imprudencia, sino a la pena de las eximentes incompletas, puede interpretarse también como expresión de la voluntad de agravar el tratamiento de la culpa *iuris*. Por último, ello puede obedecer también a la finalidad de evitar la impunidad del error vencible de prohibición en los delitos en que no se considere punible la imprudencia⁽⁵⁷⁾.

La elección entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad ha de seguir, pues, dependiendo de las premisas dogmáticas y político-criminales que se suscriban⁽⁵⁸⁾. Éste es el punto de partida de la construcción de Muñoz Conde, que interpreta el artículo 6 bis a) combinando los elementos de la teoría del dolo y de la culpabilidad que entiende preferibles desde su planteamiento político-criminal del tratamiento del error de prohibición, sino sólo de descargar al nuevo artículo 6 bis a) de la responsabilidad de decidir una cuestión que no tiene por qué decidir.

(56) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, RFDUC, monograf. 6 (1983), p. 594.

(57) Una opinión entiende que los delitos que no permiten la imprudentia facti tampoco consienten la imprudentia iuris: TORIO, en Fernández Albor (ed.), III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, 1976, p. 331. Sin embargo, ello no me parece fundado, puesto que la imposibilidad de la culpa facti puede responder a razones derivadas de la estructura del tipo positivo, que no se oponen a la posibilidad estructural del error de prohibición vencible, posible en todo delito. La cuestión sería distinta si la no punición de la imprudencia se debiera a la suficiente gravedad de ésta, supuesto en que podría reputarse también insuficiente la gravedad de toda imprudencia, facti o iuris.

(58) Creer que el artículo 6 bis a) no decide la cuestión en favor de la teoría de la culpabilidad QUINTERO, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, pp. 53 y ss., MUÑOZ CONDE, *Estudios penales* cir., p. 290, creyendo que permite combinar según una perspectiva político-criminal orientada a las consecuencias, elementos de la teoría de la culpabilidad y de la teoría del dolo. También, aunque parece favorable a la teoría de la culpabilidad, CUELLO CONTRERAS, CPC nº (1987), pp. 283 y 285; RODRÍGUEZ DEVEDA, Monograf. 6 (1983), p. 598. Según este autor, la reforma de 1983 ha dejado intactos los argumentos a favor del *dolus malus*; p. 594. Para BUSTOS, ADPCP 1985, pp. 711 y ss. 719, ni la teoría del dolo ni la de la culpabilidad explican adecuadamente el artículo 6 bis a) III, sino que cree necesario un planteamiento distinto, que ni entienda la “creencia errónea” como forma de error, sino de “conciencia diferente” que supone una valoración del hecho distinto de la del Derecho positivo.

EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992. CUESTIONES DE PARTE GENERAL

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONSECUENCIAS EN LA PARTE GENERAL DE LA VIGENCIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.
- III. DEL PROYECTO Y ALGUNOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS.
- IV. EL SISTEMA DE SANCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1.— Los Códigos Penales europeos, en su mayor parte, son fruto de un modelo de Estado, el Estado liberal decimonónico, y de la Escuela Penal, que aparece vinculada a dicho Estado, la Escuela Clásica. Este origen hace que reflejen, de una parte, las relaciones sociales, económicas y políticas de aquel momento y, de otra, el grado de desarrollo que entonces poseía la ciencia penal.

A partir de los años finales de la década de los 50 comienza a plantearse en los distintos países europeos la reforma de los Códigos Penales como un objetivo prioritario de política legislativa. Con ello no se pretende sino responder a una realidad que retoma y quiere desarrollar el modelo de Estado en el que los autores de finales del XIX y principios del XX situaron sus demandas político criminales.

La reforma Penal española debe situarse sobre las mismas exigencias, pero con el retraso que en cuanto tuvo de desconexión con las raíces liberales, supuso el régimen del General Franco. Por ello sólo con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se estableció el marco jurídico que hizo absolutamente necesario el cambio de Código Penal.

2.— Desde 1978 hasta hoy se ha producido un proceso de reforma en legislación penal española que ha seguido dos caminos paralelos. El primero, lo constituyen las más de una docena de reformas que en mayor o menor medida, junto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han hecho compatible el viejo Código Penal con el nuevo modelo de Estado. El segundo comprende los intentos de elaborar un nuevo Código Penal que arrancan del Proyecto de 1980 y que ahora parecen concluir con el Proyecto de 1992, publicado el pasado mes de septiembre en el Boletín Oficial de las Cortes y que en el momento actual es objeto de debate parlamentario.

3.— En este marco se ha de situar la reforma global del Derecho Penal que para que merezca una valoración global positiva debe respetar los siguientes principios:

- a) Debe de reflejar el modelo de sociedad constitucionalmente diseñado.
- b) El contenido propuesto tiene que ser aplicable, de nada valen instituciones modélicas, si éstas nunca llegan a ser realidad en la práctica.

c) Tampoco debe olvidarse que la ley penal es una de las fases de todo el sistema penal. Es decir, una reforma penal comprende como necesarios complementos, al menos, la reforma de las normas procedimentales y de ejecución de penas.

d) Finalmente, en lo posible, la ley propuesta no debe entrar en pronunciamientos dogmáticos, sino que tiene que procurar crear marcos en los que puedan coexistir los distintos modelos sistemáticos.

II. CONSECUENCIAS EN LA PARTE GENERAL DE LA VIGENCIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

4.— La primera premisa que ha tenido que asumir todo el proceso de reforma ha sido la incorporación de la vigencia de todos los principios generales, que plasman las garantías de los derechos del hombre frente al poder del Estado. Esta consecuencia es obvia si se tiene presente el valor directamente normativo del texto constitucional y que, por tanto, la legislación penal tiene que adecuarse a los principios inherentes al modelo de Estado en él diseñado, el Estado Social y Democrático de Derecho.

Estos principios no son otros que los de legalidad, exclusión de responsabilidad objetiva, protección de bienes jurídicos, “última ratio” y proporcionalidad. Aunque, como se ha dicho reiteradamente, tales principios afectan necesariamente a todo el Código Penal el objeto de este trabajo nos lleva a centrarnos únicamente sobre sus consecuencias en el contenido de la parte general.

5.— El *principio de legalidad* ya aparece en el artículo inicial del Proyecto y su fundamentación política; como es conocido, reposa en el Estado liberal, al constituir la ley el escudo del individuo frente a la actuación del Estado.

Aunque sólo el examen de la parte especial puede permitirnos responder al interrogante de si el autor del Proyecto ha logrado el difícil equilibrio que existe entre abstracción y concreción en las descripciones de las conductas prohibidas, y si ha resuelto adecuadamente la tensión entre seguridad jurídica e igualdad en los marcos penales, ya podemos ver en la parte general alguna consecuencia concreta de la vigencia del principio de legalidad.

En concreto, el artículo 10 introduce una cláusula general que garantiza la relevancia penal de la omisión impropia, “sólo cuando la no evitación del

resultado equivalga según el sentido de la ley a su causación”. Este artículo, sin antecedentes en los textos de 1980 y de 1983, había sido demandado por la doctrina penal española para solventar, al igual que ya se hace en otros ordenamientos, las objeciones que desde el principio de legalidad pueden formularse a otorgar con carácter general relevancia penal a la producción de un resultado de lesión o de peligro a través de un comportamiento omisivo dado que normalmente el legislador acude a formulaciones activas a la hora de redactar los tipos penales.

La incorporación de un Proyecto con este contenido tiene, por ello, que ser objeto de una valoración positiva, máxime cuando la fórmula escogida evita un posicionamiento dogmático sobre la posición de garante, ejemplo habitual en los códigos influidos por el Código Penal tipo latinoamericano.

6.— La *exclusión de la responsabilidad objetiva* fue, sin duda, la gran aportación de la reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983. Su plena incorporación era una exigencia que emanaba directamente de un modelo de Estado que constitucionalmente tomaba como punto de partida al individuo. En concreto, en ese marco, sólo se puede pretender incorporar consecuencias jurídico-penales a comportamientos evitables, es decir acciones dolosas o imprudentes.

El art. 3 del Proyecto recoge de forma absoluta este principio, sin el añadido del inciso final del artículo inicial del vigente Código Penal. Esta reducción no es sino exponente de la pretensión ya planteada en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 de prescindir, en la parte especial, del recurso a tipos estructurados como delitos cualificados por el resultado, ya que, aunque el mencionado inciso final, introducido en la reforma de 1983, supone la vía para la exclusión de la legislación vigente del “*versari in re illicita*”, trae consigo, salvo corrección vía interpretativa, castigar igual comportamientos que no lo son. Pues, en los mencionados delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante se realiza “al menos por culpa”, tanto en las hipótesis culposas como en las dolosas.

7.— La potenciación de la teoría del bien jurídico llevada a cabo en las últimas décadas por un significativo sector doctrinal y, en especial, la exigencia de *protección de bienes jurídicos*, como garantía vinculada al Estado liberal, está presente en todo el Proyecto. Personalmente, no comparto las razones que pueden aducirse para haber suprimido su consagración expresa en el Título Preliminar, tal como hacía el Borrador de parte general de 1990. Aunque, evidente-

mente su exigencia material reaparecerá desde la directa vigencia de los principios generales del propio texto constitucional.

Ya en la parte general, puede encontrarse una consecuencia directa de este principio en la desaparición de la relevancia penal de los supuestos de tentativa imposible.

8.— El principio de *ultima ratio* conecta directamente con la justificación del Derecho Penal. En un modelo de sociedad personalista, el recurso a la sanción penal sólo puede tener justificación en su dramática necesidad. Este principio de necesidad, que debe inspirar todas las fases por las que transcurre el sistema penal, conecta con las bases del propio modelo liberal y la vigencia del mismo supone un juicio de valoración respecto a los restantes instrumentos de control social que dispone el Estado en un determinado momento histórico.

Este principio, que justifica parte de la reforma de 1989, dirige sus exigencias sobre todo al contenido de la parte especial. Pese a ello, ya en la parte objeto de este trabajo, encontramos una clara manifestación en el abandono del sistema de cláusula general para la relevancia penal de la lesión imprudente de los bienes jurídicos, que establece el art. 11 del Proyecto y en el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir tan sólo en los casos especialmente previstos en la ley de conformidad con el art. 14.

9.— El principio constitucional de *proporcionalidad* está directamente vinculado al más amplio de necesidad y tiene consecuencias tanto en abstracto, como en concreto. En abstracto, lleva a la exclusión, con carácter general, de sanciones que por su contenido o duración supongan una lesión a la dignidad de la persona humana, base del sistema constitucionalmente diseñado. Este imperativo, de otra parte, aparece recogido expresamente en el art. 15 de la Constitución, cuando se excluyen “penas o malos tratos inhumanos y degradantes”. Pero, aunque el límite sea en sí mismo valorativo e históricamente acuñado, la necesidad de exceder el límite de 20 años, en la duración de la privación de libertad es difícilmente explicable aunque la superación de esta barrera, de conformidad con el art. 33.1, sea sólo “salvo lo que excepcionalmente pueden disponer otros preceptos del presente Código”.

La vigencia en concreto de este principio pasa por el examen de la necesidad de la respuesta penal que se da en cada tipo de la parte especial. Ahora bien, ya en la parte general, el Proyecto en su art. 4 incorpora de forma taxativa este principio para el sistema de medidas de seguridad.

III. DEL PROYECTO Y ALGUNOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS

10.— La ya mencionada reforma del Código Penal de 1983 introdujo en nuestro Derecho la regulación en el art. 6 bis a) del Código Penal de *las consecuencias que el error tenía sobre la responsabilidad penal*. La posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, quien actúa con ignorancia o con un conocimiento equivocado pudiera estar exento de responsabilidad penal y que, en cualquier caso, esta situación tuviera trascendencia sobre su responsabilidad, era una exigencia vinculada a principios de rango constitucional, como el de exclusión de responsabilidad objetiva o el más amplio de proporcionalidad.

La diversidad de situaciones, formas y grados, bajo los que puede presentarse el error lleva, necesariamente y por los mismos principios en que se fundamente su trascendencia, a diferenciar grupos de casos:

a) Así, si A ignora que el arma con la que juega está cargada, oprime el gatillo y hiere a B, la doctrina es unánime al afirmar que en este caso ha actuado ignorando lo que hacía, es decir con error de tipo, y si su ignorancia es invencible debe estar exento de responsabilidad penal. Por el contrario, si su ignorancia era superable, también de forma unánime, se sostiene que en su caso, esto es si el legislador ha establecido su relevancia penal respecto al bien jurídico de que se trate, tendría que responder por imprudencia. Ya que, al ser elemento indiscutido del dolo el conocimiento de lo que se hace, al no darse éste, es inviable la afirmación de la presencia del dolo y tan sólo cabría afirmar una infracción del deber objetivo de cuidado, en este caso reflejada en haber llevado a cabo un comportamiento sin haber comprobado su verdadero contenido, cuando tal comprobación era exigible.

El Código vigente, como no podría ser de otra manera, recoge esta posición en el mencionado artículo 6 bis a), al afirmar en su primer párrafo que: “el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso”, y añadir en el párrafo segundo, “si el error al que se refiere el párrafo anterior fuera vencible, atendidas a las circunstancias del hecho de las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso como culpa”.

Pero, al haber incorporado en el primer párrafo, junto al error de tipo, el error sobre las circunstancias que agravan y, por el contrario, no tener ningún

pronunciamiento en el párrafo segundo sobre los efectos del error vencible sobre dichas circunstancias agravantes, se ocasiona un vacío sólo superable a través de la interpretación. Por ello, con buen criterio, el art. 13 del Proyecto aborda en párrafos diferenciados ambos supuestos de error llenando la actual laguna.

b) Si A sabe perfectamente lo que está haciendo pero ignora su oposición a Derecho, unánimemente la doctrina afirmará la presencia en tal comportamiento de error de prohibición. Con igual unanimidad, aunque con distinta fundamentación, según cuáles sean los presupuestos dogmáticos, sostendrá que si dicho error es invencible también debe quedar excluida su relevancia penal. El Código vigente y el Proyecto obviamente recogen esta posición.

La unanimidad desaparece cuando dicho error tiene carácter vencible, y coexisten diversas posturas susceptibles de ser agrupadas en dos grandes opciones: 1) Entender que el conocimiento de la prohibición forma parte del dolo, con lo que la ausencia de este conocimiento, aunque fuera evitable, impediría la calificación del comportamiento como doloso y su eventual relevancia penal sería sólo posible como imprudente en el caso de que el bien jurídico de que se trate esté protegido frente a ataques de esta índole. 2) Situar este conocimiento fuera del dolo, como componente de la culpabilidad. Por lo que su ausencia para nada afectará a la calificación como doloso de un comportamiento y una eventual responsabilidad penal debería concretarse en la atenuación de la pena.

De estas dos posiciones el Proyecto, al igual que el Código, sigue esta última, al establecer que “si el error fuera vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

En el tratamiento de las consecuencias del error, la legislación penal española, desde la reforma de 1983, se ha pronunciado por una concreta solución dogmática incluíble dentro de las denominadas teorías de la culpabilidad, con todos los presupuestos sistemáticos que tal opción conlleva. Con ello, se abandona la señalada neutralidad dogmática que debía guiar una reforma, aunque tal abandono es aquí inevitable, pues si se quiere reconocer por el legislador efectos al error de prohibición vencible, y esto constituye una exigencia de rango constitucional, indefectiblemente debe señalarse cuáles son los mismos.

Personalmente, entiendo que la opción seguida es la correcta por ser la consecuencia necesaria a un sistema que sitúe el dolo en el tipo.

c) Con buen criterio el texto del Proyecto no entra en pronunciamientos sobre otras cuestiones relativas a error, que quedan abiertas a las distintas cons-

trucciones de la doctrina y jurisprudencia. En especial, el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación u otros casos de error como el que versa sobre los elementos normativos del tipo, o sobre las normas extra-penales.

11.— La doctrina, desde los años 60, ha cuestionado la regulación que la legislación española da a la *autoría y la participación*. Como más relevantes se formulan las siguientes objeciones: 1. Ausencia de una definición de autor en sentido estricto. 2. No regulación de la autoría mediata. 3. Problemas dogmáticos importantes para la autoría en los delitos especiales, en especial cuando interviene una persona jurídica, lo que motivó la introducción en la reforma de 1983 del actuar en nombre de otro en el art. 15 bis. 4. Carácter más que discutible de la consideración del encubridor como partícipe, acrecentada con la introducción en los años 50 del delito de recaptación.

El Proyecto aborda estas cuatro cuestiones. En primer lugar, el art. 25, siguiendo una estructura análoga al actual art. 14, antes de establecer a qué partícipes va a considerar como autores a efectos de pena, define a éstos como, “quienes realizan el hecho por sí, o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

Aunque la definición supone una clara mejoría respecto a la actual regulación, ya que abarca a la autoría mediata, era preferible la fórmula contenida en el Borrador de parte general de 1990, que dedicaba un artículo diferenciado a la autoría respecto a las distintas formas de participación e incluía expresamente en dicho precepto a la coautoría, que en la redacción ahora propuesta habrá que entender que queda comprendida en el art. 25.1, con lo que deja sin resolver la cuestión que, sobre la misma, plantea la legislación vigente.

El art. 28 del Proyecto mejora el art. 15 bis actualmente en vigor al introducir de forma expresa dentro del mismo la actuación en nombre de una persona física que en el momento actual queda fuera del referido precepto.

Finalmente, con buen criterio, los supuestos de encubrimiento pasan a los delitos contra la Administración de Justicia.

12.— El Proyecto contiene también importantes modificaciones en la regulación del *iter criminis*.

En primer lugar, y como ya se hizo referencia, reduce, según el art. 14, la relevancia penal de la conspiración, proposición y provocación para delinquir a los casos especialmente previstos por la Ley.

También el texto propuesto, de conformidad con los anteriores textos de reforma, abandona la problemática diferenciación entre tentativa y frustración, pasando a quedar ambas comprendidas en la definición de tentativa del art. 37.1.

Dentro de esta definición el Proyecto se pronuncia por la consideración del desistimiento como causa de exclusión de la punibilidad, art. 17.2 y aborda en el art. 18 los complejos supuestos de trascendencia del desistimiento de una o varias de las personas que intervienen en un hecho al otorgarle plenos efectos cuando éste ha sido “serio y voluntario”. Conceder plenos efectos de cara a la exclusión de la pena a los casos en que el desistimiento no haya evitado la lesión del bien jurídico protegido, si bien puede tener una justificación desde postulados político-criminales prevencionistas, cuando concurren las exigencias establecidas en el Proyecto, introduce un importante grado de inseguridad en la práctica, a la hora de una eventual valoración de la concurrencia de los señalados requisitos.

IV. EL SISTEMA DE SANCIONES

13.— En su conjunto, el sistema de sanciones de la legislación penal española refleja claramente su doble origen, liberal, en especial en el sistema de penas, y totalitario, en el de medidas de seguridad.

El sistema de penas se asienta sobre la privación de libertad con una duración que comprende desde 1 día a 30 años. La privación de libertad da contenido a penas de diversas denominaciones, que con las mismas expresan claramente su origen decimonónico. En cualquier caso y desde los fines de la pena es importante señalar que sobre la realidad de su duración gravita la reducción de penas por el trabajo del art. 100 del Código Penal. Esta institución tiene orígenes postbélicos que en nada se corresponden con la finalidad preventiva especial hoy constitucionalmente recogida.

Junto a la privación de libertad, y del amplio listado enunciado en el art. 27 del Código Penal, la pena de multa es la que en la práctica juega un papel más importante. La sanción pecuniaria normalmente aparece prevista por el legislador entre dos cantidades, y en caso de impago trae consigo la privación de libertad en los términos del art. 95 del Código Penal.

Los mencionados orígenes liberales del Código se exteriorizan no sólo en las penas utilizadas sino también en el sistema diseñado para condicionar y guiar la individualización de la pena por parte del juzgador.

El sistema de medidas de seguridad fundamentalmente aparece contenido en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social. Esta norma supone un ataque frontal a las garantías individuales, al contener medidas de seguridad predelictuales y tener como objetivo la peligrosidad social y no la criminal. La actuación del Tribunal Constitucional, al afirmar de manera reiterada la oposición de aplicación de esta Ley al texto de la Constitución, ha llevado de hecho a que la ley constituya un texto muerto. Esta situación hace que en el momento actual las medidas de seguridad aplicables en nuestro ordenamiento, en la práctica, sean sólo las contenidas en el Código Penal, en los arts. 8.1 y 9.1.

El sistema en su conjunto acusa todos los defectos apuntados por la doctrina desde principios de siglo y, además, al ser anterior al texto de la Constitución, genera importantes tensiones con imperativos del texto fundamental, máxime si se tiene en cuenta el valor directamente normativo de este último.

14.— El sistema de sanciones es uno de los puntos clave de cualquier reforma. En él se tiene que tomar como referencia la respuesta que se dé a la interrogante de qué se quiere lograr con el sistema penal, pues las consecuencias jurídicas que en el mismo se utilizan, fundamentalmente las penas y las medidas de seguridad, son los instrumentos para obtener esos objetivos.

Aunque, el art. 25.2 de la Constitución contenga un pronunciamiento expreso sobre la orientación de las penas y medidas de privación de libertad hacia la reinserción social del reo, su contenido no excluye ni la coexistencia con éste de otros fines, ni que otra clase de penas o medidas persigan éste u otros fines.

Esta situación hace aconsejable llevar a cabo una breve reflexión sobre cuáles son los fines que la sanción penal puede aspirar a cumplimentar, pues establecidos éstos, constituyen el filtro por el que hemos de pretender hacer pasar el contenido del Proyecto.

En el momento actual, la doctrina está plenamente de acuerdo en el rechazo del pensamiento retribucionista como fin de la pena, aunque algunos le acepten como justificación y mayoritariamente como límite a las exigencias preventivas. La retribución como fin cumplió una función histórica frente a los excesos punitivos del Antiguo Régimen, pero hoy su aceptación como fin de

la sanción es difícilmente justificable en el marco más amplio de la separación entre Ética y Derecho y en el de la situación del origen del derecho de castigar en la soberanía popular y no en la divinidad. Pese a ello, la función de límite que históricamente cumplió y las propias bases de nuestra cultura siguen pesando a la hora de llegar a aceptar, como algunos hacemos, que se pueda prescindir totalmente de la retribución en la teoría de la pena.

La justificación de la respuesta punitiva del Estado en su necesidad es coherente con un modelo de organización estatal que adopte como origen al Estado liberal de Derecho. Sobre tal justificación la prevención general aparece como consustancial a la propia norma penal y es plenamente coherente con la consideración del Derecho Penal como instrumento de control social y con el modelo de Estado constitucionalmente diseñado. Esta afirmación supone excluir determinadas objeciones que tradicionalmente se formulan a esta finalidad, como el riesgo de tender al terror penal, ya que, con ello refieren a la pena críticas, que realmente deben ir dirigidas al modelo de Estado en el que ésta se sitúa.

Las exigencias de prevención general en un proceso de reforma se materializan, presupuesta la necesidad de que exista una efectiva amenaza penal respecto a una determinada conducta, en la entidad de las consecuencias jurídicas, que tienen que guardar relación con la gravedad del hecho que se trate de evitar (si no se acepta que desde la prevención general pueda llegarse a tal conclusión ésta se llevará a cabo a través de la retribución) y en el establecimiento de las condiciones para que la pena esté en situación de desarrollar un efecto intimidante real, para lo que es imprescindible que la ejecución se corresponda con la amenaza establecida por el legislador.

La prevención especial, por su parte, hunde sus raíces en el Estado social de Derecho y en una visión optimista de la sociedad. El desarrollo que la legislación y la práctica llevaron a cabo desde tres opciones preventivo especiales, propugnadas en el programa de Hamburgo (renuncia a la pena, resocialización e inocuización), puso de relieve los riesgos que esta finalidad puede llegar a suponer para los derechos de la persona.

La proyección del pensamiento preventivo especial sobre la legislación penal del siglo XIX está en los orígenes de todo el movimiento de reforma penal que se inicia a finales de siglo. Este movimiento se reinicia en los años 60 tras la interrupción que supuso la atormentada historia europea en la primera mitad de este siglo. Como primera gran exigencia de toda reforma está la inade-

cuación de la privación de libertad para lograr los fines preventivo especiales. Efectivamente, en las penas cortas privativas de libertad su duración lleva a que se logren justamente los fines contrarios a los que se decide propugnar. En las penas largas, la larga permanencia en prisión impide la efectividad de una teórica reincorporación a la sociedad.

En este marco, las alternativas a las penas cortas pasan a ser la exigencia primera de cualquier reforma, ya que prescindir globalmente de la privación de libertad o, en general, la reforma de las penas largas, aparece aún impedida por exigencias sociales aún no superadas. Éstas vinculan el monopolio de la respuesta penal frente a hechos delictivos de gravedad media o grave a la privación de libertad. En estos casos las reformas se han centrado fundamentalmente al sistema penitenciario.

La situación global de todo el movimiento de reforma del sistema de sanciones se torna más compleja en la dos últimas décadas con la crisis de la prevención especial. Esta crisis está vinculada a la económica y a la propia crisis del Estado Social y pone sobre el tapete, desde distintos y a veces opuestos puntos de vista, cuestiones como el porqué y el para qué de la resocialización o la inadecuación de la cárcel para conseguir sus fines. Todos estos factores llevan a una situación en la que la reinserción se materializa en la aspiración, más modesta, a que un ciudadano se abstenga de delinquir o en subrayar, y refiriéndonos a nuestro Ordenamiento Jurídico, que el art. 25 de la Constitución contiene un derecho del sometido a una pena privativa de libertad, pero no una obligación.

Pese a esta situación de la discusión sobre los fines de la sanción penal existen dos imperativos no cuestionados, que se relacionan con exigencias preventivo especiales. El primero, propugnar una alternativa a las penas cortas privativas de libertad, el segundo, dar cabida en las medidas de seguridad a toda una serie de limitaciones vinculadas al Estado de Derecho.

15.— El Proyecto de Código Penal en relación con las penas cortas privativas de libertad es claro continuador del contenido que tenía el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 al asumir sus dos principios rectores claves:

a) La supresión, en principio, de la pena privativa de libertad de menos de 6 meses con la utilización en su lugar de penas alternativas.

b) El empleo, en relación con las penas privativas de libertad con una duración entre 6 meses y 2 años, de instituciones que posibiliten su sustitución

por el Juez a través del recurso a penas alternativas, o a la suspensión de las mismas.

16.— La pena de multa aparece en la actualidad como la pena alternativa clave a la pena corta privativa de libertad. Aunque es difícilmente aceptable como alternativa global al empleo de la prisión, si supera la objeción de desigualdad que le es inherente, es correcto su empleo frente a delitos de escasa entidad, al cumplir las exigencias intimidatorias de prevención general y al evitar, desde la prevención especial, los efectos negativos de la corta estancia en prisión.

La superación, tal vez sea más correcta la limitación, de la desigualdad de la pena de multa vinculada a la diferente capacidad económica de los destinatarios, aparece hasta ahora unida al denominado sistema de días multa que establece la multa en unidades cuyo valor depende de la capacidad económica del condenado. Aunque el grado en que se llegue a paliar o a superar totalmente la desigualdad depende en buena medida de factores externos al Código Penal, como son la medida en que se pueda garantizar que el juzgador llegue a conocer la verdadera situación económica del reo.

El Proyecto acoge en el art. 46 este sistema diferenciando cuotas diarias, semanales o mensuales y estableciendo topes, tanto en el número de cuotas, de 1 día a 24 meses, como en el valor de las mismas, cuya concreción última se llevará a cabo por el juzgador teniendo en cuenta para ello, exclusivamente, la situación económica del reo.

Ahora bien, la realidad de las nuevas formas de delincuencia, en particular la delincuencia socioeconómica, lleva con buen criterio al autor del Proyecto a establecer en el art. 46 que: “excepcionalmente la multa será proporcional al daño causado, al valor de los efectos objeto del delito, o al beneficio reportado en los supuestos expresamente previstos en el Código”.

El Proyecto mantiene en cambio, en el art. 49, el arresto sustitutorio en caso de impago. La presencia de esta institución debe ser objeto de valoración negativa, ya que, pese a que la introducción del sistema de días multa tiene necesariamente que reducir los casos de impago de la multa impuesta, su presencia nos lleva otra vez a la pena privativa de libertad con una duración inferior a 6 meses. Probablemente debería haberse utilizado alguna otra pena alternativa antes de llegar a la privación de libertad.

17.— El arresto de fin de semana es la segunda alternativa a las penas cortas privativas de libertad que contiene el Proyecto en su art. 44. Esta pena,

con antecedentes en Derecho comparado, ya aparecía en los anteriores textos de reforma y fue entonces objeto de algunas críticas globales claramente demagógicas. Una pena con este contenido y una utilización necesariamente restringida, evita alguno de los efectos más negativos de las penas cortas privativas de libertad, lo que la convierte en muy adecuada para algunos grupos de delitos como pueden ser los delitos contra la seguridad del tráfico.

El Proyecto mejora la redacción de los textos anteriores al asumir alguna de las objeciones formuladas por la doctrina. En cualquier caso, el problema clave para la validez como alternativa de esta pena no es otro que el de su cumplimiento, el lugar y el régimen del mismo, que evite se convierta de hecho en una nueva forma de pena corta privativa de libertad. El texto del Proyecto deja esta cuestión pendiente de un posterior desarrollo legislativo.

En esta pena, al igual que en la multa, su incumplimiento, en este caso dos ausencias no justificadas, de conformidad con el art. 34.3, puede llevar a una pena privativa de libertad inferior a 6 meses.

18.— El trabajo socialmente útil es la tercera alternativa a la pena corta privativa de libertad que se emplea habitualmente en Derecho comparado. En nuestro país esta pena no aparece contenida ni en el Proyecto de 1992 ni en ninguno de los textos anteriores, aunque ha sido propugnada por un sector doctrinal.

Detrás de su no acogida, están sin duda, las previsibles dificultades prácticas de su puesta en marcha y la situación económico social de nuestro país. Pese a ello, la experiencia de otros países, recomendaciones del Consejo de Europa, y la exigencia de satisfacer a razones de prevención general y especial, deberían haber llevado a su incorporación al futuro Código Penal.

19.— En síntesis, el Proyecto contiene sólo dos alternativas a la pena corta privativa de libertad que emplea frente a aquellos delitos en los que, de mantenerse el sistema de sanciones del Código vigente, les hubiera correspondido una pena privativa de libertad de menos de 6 meses. Hubiera sido deseable la inclusión junto a ellas del trabajo socialmente útil, que unido a la concesión de un mayor arbitrio al juzgador en la parte especial a través del sistema de penas alternativas, hubiera creado un marco que erradicara de forma radical las penas cortas privativas de libertad y sobre todo hubiera permitido una mejor satisfacción a exigencias preventivas de distinto signo en el fallo.

Por otra parte, y en sentido opuesto, el Proyecto refleja mayor flexibilidad cuando el art. 88 concede al juez la posibilidad de sustituir la pena de prisión

que no exceda de dos años por arresto de fin de semana o multa, o en el caso de ser extranjero no residente legalmente en España, de conformidad con el art. 89, por la expulsión del territorio nacional.

20.— En el ámbito de penas privativas de libertad con una duración entre 6 meses y 2 años, el Proyecto contiene dos tipos de alternativas que pueden utilizarse por el Juez: la sustitución de la pena de prisión y la suspensión de su ejecución.

La sustitución de la pena de prisión por las de arresto de fin de semana o multa, de acuerdo con el art. 88, podrá llevarse a cabo por el Juez sin más condicionante, que el no tratarse de delincuente habitual. La introducción de este término, no definido, podría ser válida en las redacciones anteriores de la parte general del Proyecto, en las que se omitía o se disimulaba la referencia a la agravante de reincidencia, en la redacción definitivamente remitida al Parlamento, que incorpora esta agravante hubiera sido preferible recurrir a la misma para delimitar con mayor seguridad la potencial utilización de esta institución. Por el contrario, la inclusión como alternativa del arresto de fin de semana tiene que ser valorada de forma positiva, en cuanto hace posible un reforzamiento de una política criminal beligerante con las penas cortas privativas de libertad. Obviamente, el incumplimiento de la pena alternativa trae consigo la aplicación de la pena privativa de libertad.

La sustitución de la pena privativa, cuando se haya impuesto a un extranjero, por la expulsión del territorio nacional se torna imperativa a instancia del Ministerio Fiscal, cuando su duración sea de menos de dos años (art. 89), y facultativa (art. 89.2) cuando llegue hasta los 6 años de duración. En este último caso los intereses de prevención general deberían ser tomados en consideración por el Juez a la hora de tomar su decisión.

21.— El Proyecto, en el art. 80 y siguientes, incorpora la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta institución de la condena condicional, de amplia tradición en nuestro Derecho, presenta en la redacción propuesta modificaciones que pretenden solventar sus problemas más graves y hacer no necesaria la introducción de la suspensión del fallo.

La coexistencia de estas dos instituciones es inhabitual en Derecho Comparado, al originarse cada una de ellas en sistemas procesales que poseen una estructura diferente. En concreto, la incorporación de la suspensión del fallo a nuestro Derecho aparece dificultada por la amenaza en nuestras normas procesales de un momento diferenciado entre la afirmación de la culpabilidad y

el establecimiento de la pena. El Proyecto opta por mantener únicamente la condena condicional, pero con dos modificaciones llamativas que responden a una pretensión de hacerla más válida como alternativa a la pena corta de prisión. El art. 82 establece la inscripción de la sentencia suspendida en una sección especial separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes, con la finalidad de evitar buena parte de los efectos estigmatizantes de la condena penal.

De otra parte, el art. 83 contempla reglas de conducta durante el período de prueba, lo que es consustancial al sometimiento a prueba y que, potencialmente, convierten a la condena condicional en una institución particularmente apta frente a determinado tipo de delincuentes. De igual manera, es correcto que el incumplimiento de estas reglas de conducta no conlleve necesariamente la revocación de la condena condicional.

Finalmente, cabe señalar que, con buen criterio, el Proyecto incorpora, del art. 93 bis del Código vigente, la flexibilización de las condiciones requeridas para suspender la ejecución de la pena cuando se haya cometido el delito, “por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. El Proyecto potencia la institución desde la prevención especial, al no exigir la no presencia de la reincidencia, que, en la situación actual, supone un importante freno a esta institución, y al aumentar hasta tres años la duración de la pena susceptible de ser suspendida.

22.— En relación con la duración máxima de la privación de libertad el Proyecto, al igual que los textos anteriores de reforma, establece como regla general los 20 años. Las excepciones a este límite aparecen, de forma justificada, en la normativa del concurso y de modo más discutible en los delitos de terrorismo.

Este tope máximo, aunque suponga una disminución del actual tiene que valorarse excesivo desde la prevención especial, pues la doctrina normalmente señala 15 años como duración máxima para posibilitar finalidades resocializadoras y suficiente desde consideraciones preventivo generales.

Por el contrario, es altamente positiva desde la prevención general, la opción del Proyecto por el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, con la supresión de la reducción de penas por el trabajo y la remisión a la legislación penitenciaria de los eventuales beneficios penitenciarios, excepción hecha de la libertad condicional.

La libertad condicional mantiene, sustancialmente, su actual regulación, con el requisito del cumplimiento previo de las tres cuartas partes de la condena impuesta. Ahora bien, las exigencias preventivo especiales tienen una importante cabida en el art. 91, al bastar los dos tercios del cumplimiento para que el interno merezca dicho beneficio, “por haber desarrollado, continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales y existir respecto de los mismos un pronóstico individualizado favorable de reinserción social”.

La opción por una política criminal diferenciada y discutible frente al terrorismo vuelve a reaparecer en el art. 94, al referir en este caso cualquier beneficio penitenciario que implique acortamiento de la condena, incluida la condena condicional, “a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias” y, por tanto, no a la cantidad de pena que le corresponda cumplir de acuerdo con las reglas del concurso.

23.— Ya hemos señalado los problemas que presenta el actual sistema de medidas de seguridad y cómo la doctrina es unánime respecto a la necesidad de proceder a una revisión del mismo desde sus bases. El Proyecto mejora la redacción de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y diseña un sistema diametralmente opuesto al vigente.

En primer lugar, integra las medidas de seguridad en el texto del Código, lo que supone, no sólo incorporar su regulación, sino sobre todo incorporarlas a los mismos parámetros conceptuales y de garantías que rigen el sistema de penas, lo que es tanto como afirmar que los principios del Derecho Penal deben ser los mismos tanto para las penas como para las medidas de seguridad. Es decir, el ámbito de la respuesta penal del Estado viene delimitado por la realización del tipo del injusto, no por la concurrencia de peligrosidad social. A la persona que ha realizado un tipo del injusto puede ser necesario imponerle una pena, imponerle una medida de seguridad, imponerle ambas o no imponerle ninguna. Si se prefiere mediante otra formulación, el sujeto puede ser culpable o no culpable, puede concurrir o no peligrosidad criminal, tanto en el culpable como en el no culpable, y finalmente puede haber realizado el tipo del injusto pero el sujeto no ser culpable, ni concurrir en él peligrosidad criminal.

El Proyecto asume todas las garantías constitucionales en el sistema de medidas de seguridad. Así, se contemplan sólo medidas de seguridad postdelictuales (arts. 4.1 y 96.1) y se garantiza de forma reiterada la vigencia de las distintas garantías vinculadas al principio de legalidad (arts. 1.2 y 2.1 y 2). De igual manera, y en coherencia, el fundamento de las medidas es la peligrosidad

criminal (art. 4.1), que se define en el art. 96 nº 2, “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Finalmente, el principio de necesidad se refleja de forma correcta en sus diversas manifestaciones. Así, el art. 4.2 recoge con carácter general el principio de proporcionalidad al establecer como límite en abstracto, la pena que hubiere sido aplicable al hecho cometido, y en concreto, al afirmar como límite lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

De igual manera, el art. 97 establece el mantenimiento de este principio durante la aplicación de la medida, al recoger su posible desaparición cuando desaparezca la peligrosidad que sirvió de fundamento.

El conjunto del sistema que contiene el Proyecto circunscribe las medidas de seguridad, salvo lo previsto en el art. 107, a los supuestos de las eximentes del art. 19 núms. 1, 2 y 4 y a las eximentes incompletas a ellas referidas. Sobre este punto de partida, el Proyecto da cabida a las exigencias de prevención especial, al recoger tanto la posible sustitución de una medida por otra, para buscar la más adecuada desde fines resocializadores (arts. 99 y 100), como para consagrar el principio vicarial (art. 89), tal como desde 1983 establece el Código Penal para los supuestos de imposición conjunta de pena y medida.

Por su parte, el art. 107 contempla la posibilidad de que el Juez establezca el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes, al mayor de 16 años y menor de 18, que haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a 6 años. El precepto ofrece una vía de solución que hubiera sido mejor resuelta de forma más ambiciosa a través de la creación de un Derecho penal de jóvenes.

Finalmente, cabe subrayar que, en toda la regulación de las medidas de seguridad que se propone en el Proyecto, es palpable la presencia como garante del Juez a lo largo de la ejecución de las mismas.

LAS REFORMAS EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LAS PERSONAS*

PROF. DR. JOAN J. QUERALT

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

I

A la hora de efectuar la distribución de las diversas ponencias y atribuirme, como anfitrión, una, pensé en contribuir a esta II Semana de Derecho Penal de Las Palmas con el repaso que tocaba efectuar a una parcela ciertamente clásica, y, en apariencia, poco sujeta a los vaivenes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales como es lo que lato sensu podríamos denominar delitos contra las personas; es decir, aquellos ataques provenientes, principalmente de particulares, contra los bienes esenciales de los ciudadanos, como son su vida y su integridad física, su libertad, incluida la sexual, y su seguridad, así como la intimidad en sus diversas facetas, con referencia obligada al honor.

Sin embargo, hasta este clásico y, por tanto, de modo sobreentendido, casi ahistórico capítulo del Derecho Penal, ha sufrido los embates normativos, aplicativos y científicos de la comunidad jurídica en la misma medida en que las exigencias de la sociedad española se manifestaba, especialmente en orden

(*) El presente trabajo mantiene, en lo esencial, su estructura de ponencia oral; por lo tanto, sólo se han añadido retoques y notas estrictamente imprescindibles.

a garantizar con mayor plenitud la personalidad individual, tanto frente a las injerencias intolerables de terceros particulares, como de las incesantes estatales. Surge así, la paradoja de que nos halláramos en pleno apogeo del Estado social, que todo lo quiere intervenir sin parar en muchas mentes (por ejemplo, la reciente Ley de Seguridad Ciudadana), y con que el mantenimiento y profundización de las garantías más genuinamente democráticas de aseguramiento de la personalidad pugnan por asentarse con igual intensidad que el afán intervencionista.

A esta paradoja, más aparente que real, no es ajeno el reciente y quasi futuro devenir del sistema jurídico-penal español, ni tan siquiera en una parcela como la de los delitos contra las personas.

Éste era mi planteamiento inicial y desde esta perspectiva pretendía haber enjuiciado la evolución jurídico-penal inmediata. Sin embargo, la publicación del Anteproyecto de Código Penal ⁽¹⁾ en febrero de 1992 ⁽²⁾ ha trastocado mi primer propósito, pues entiendo que no resultaría justificable pasar por alto el proyecto primitivo para recrearnos, exclusivamente, en lo que hasta ahora ha sido Derecho vigente. No obstante, como esta II Semana de Derecho Penal de Las Palmas no está consagrada al Anteproyecto, sino a hacer balance de lo que ha acontecido en nuestro campo durante los últimos y significativos 3 lustros, me parece lo más conveniente ceder a una síntesis temática.

De esta suerte, en una primera parte de mi intervención abordaré someramente los cambios más significativos operados en nuestro Código Penal en

- (1) En prensa prácticamente estas notas, se han publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, el 23 de septiembre, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Ello comporta que, marginalmente y por razones de pulcritud formal, algo de lo que se dijo en la II Semana haya de ser modificado o matizado a la vista del texto que, finalmente, ha sido remitido por el Gobierno a las Cortes Generales. Con todo, las líneas generales de lo entonces dicho se mantienen ahora sin problema alguno.
- (2) En la *Introducción* que a la publicación oficial del Anteproyecto del Código Penal firma el Prof. Tomás Quadra-Salcedo, como Ministro de Justicia, se contienen las siguientes afirmaciones en la pág. 15 de dicha publicación: “Este Anteproyecto no nace, con todo, con una vocación de incitar al debate, como lo hiciera la PANCP, sino con vocación de convertirse, tras superar los trámites pertinentes, en norma jurídica vigente. Ha sido enviado, es verdad, a Grupos Parlamentarios, Partidos Políticos, Organizaciones Sindicales, Asociaciones de Jueces y Magistrados y Fiscales, Colegios de Abogados y Procuradores, Catedráticos de Universidad y, en suma, a todos cuantos verosíblemente tienen algo que decir respecto de una norma tan directamente vinculada con la conducta cotidiana de la ciudadanía como el Código Penal. *Pero ha sido enviado no ya a título de debate, sino para que esas entidades, con seguridad representativas de diversos sectores de la vida política, social, institucional y científica, tengan cabal conocimiento de las propuestas que el Gobierno considera más razonables en orden a la articulación de un nuevo Código Penal*”. Algún tipo de discusión, que desconozco, habrá tenido lugar, puesto que el texto publicado en febrero de 1992 y el enviado al Boletín Oficial de las Cortes, en septiembre siguiente, no son literalmente coincidentes, sino que el Proyecto es más extenso que el Anteproyecto.

el período que nos ocupa y, en una segunda parte, me ocuparé de establecer de si, para algunos de los aspectos necesitados de reforma en los delitos contra las personas, el prototexto penal está en condiciones de superar satisfactoriamente el listón de lo que ha de ser, en verdad, un nuevo Código del Sistema Penal. O, si, simplemente y pese a las apariencias y cambios de denominaciones, no estamos más que ante una mera puesta al día, no siempre, para colmo de males, de mejor factura que su centenario antecedente.

II

La treintena larga de reformas⁽³⁾, que sólo el Código Penal⁽⁴⁾ ha experimentado desde 1976, fecha en la que con la despenalización de derecho de asociación política⁽⁵⁾ se da el primer paso para la reinstauración democrática en España, han afectado de modo importante, por un lado, la configuración tradicional de los delitos contra las personas, suponiendo modificaciones técnicas o sistemáticas, y, por otro, ha introducido novedades legislativas e interpretativas hasta el momento desconocidas en la praxis jurídico-penal nacional, pese a que algunas de ellas venían siendo reclamadas insistentemente y desde épocas anteriores por buena parte de ciertos sectores sociales y de amplios grupos científicos y profesionales⁽⁶⁾.

Claro está, no voy a repasar uno por uno, los diversos preceptos enumerados, modificados o el giro interpretativo en algunas de las figuras legales⁽⁷⁾. Resultará más oportuno seleccionar algunos botones de muestra suficientemente simplificativos a nuestros efectos expositivos.

Así, en primer término, en el ámbito del cambio interpretativo de las normas preexistentes nos hallamos muy específicamente con el tema del *honor*.

(3) Lo que supone una reforma cada seis meses.

(4) Se deja de lado la reforma de otras leyes penales sustantivas (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, Ley de Control de cambios, Ley de contrabando, Código penal militar) o procesales (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento criminal, Ley Procesal Militar,...), así como las leyes policiales y el nuevo Derecho penitenciario nacido, fundamentalmente, al socaire de la Ley Orgánica General penitenciaria.

(5) Ley 23/1976.

(6) A este respecto es de interés confrontar y recordar ahora las Conclusiones en materia penal del Congreso de la Abogacía de León (1970) y las de las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, celebradas en Santiago de Compostela en 1976.

(7) Un repaso a los manuales más comunes en sus diversas ediciones (BAJO, COBO/VIVES/BOIX/CARBONELL/ORTS, MUÑOZ CONDE, QUERALT, RODRÍGUEZ DEVE-SA) y su comparación con lo que, sin duda, es el canon de la Parte Especial, el Tratado de QUINTANO, permite observar la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial de modo completo.

Sin haberse modificado un ápice la configuración legal de los preceptos en el Código penal⁽⁸⁾ que pretenden proteger jurídico-penalmente esta parcela de los derechos de la personalidad, lo cierto es que, de la mano del *Tribunal Constitucional*, la materia de prohibición se ha reducido, por un lado, y ha sido redimensionada, por otro. No obstante, ahora no llevaré a cabo este necesario análisis, sino que lo dejaré para la tercera parte de mi comparecencia ante ustedes, precisamente, como testigo paradigmático de la capacidad renovadora o no del (Ante)proyecto de Código Penal en materia de delitos contra las personas.

Así las cosas, corresponde centrarse ahora, siquiera someramente, en algunos de los aspectos más llamativos de las recientes reformas del Derecho positivo. Ello, no obstante, y aunque no podamos entrar ahora en su análisis no nos ha de hacer olvidar otras interesantes innovaciones, tales como la supresión del homicidio y de las lesiones en riña tumultuaria⁽⁹⁾, la renovación y reducción de lo que se ha venido en llamar delitos contra los bienes costumbres⁽¹⁰⁾, el castigo del impago de las prestaciones económicas derivadas de las relaciones familiares (art. 487 bis)⁽¹¹⁾ o las observaciones telefónicas y la divulgación de lo observado (arts. 192 bis y 497 bis)⁽¹²⁾. No menos importante, finalmente, es la *degradación* de delito a falta de todas las imprudencias contra las personas no calificables de temerarias o negligentes profesionalmente, así como el sometimiento a la condición de procedibilidad que representa la exigencia legal de denuncia previa del ofendido para perseguir las nuevas faltas de imprudencia del art. 586 bis.

Los *aspectos normativos* que me parecen más relevantes son los de las innovaciones en *materia de impunidad* de ciertas prácticas *abortivas* y la modificación de los delitos de *lesiones* y contra la *libertad sexual*. Por otra parte, el haz de muestras que en el futuro pueden deparar más polémica y no menor

(8) La reforma en materia de honor sólo ha tenido un alcance procesal y bien parco en frutos en la realidad; vid. art. 4 Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

(9) Derogación efectuada por la LO 3/1989.

(10) La LO 5/1988, entre otras figuras, derogó el escándalo público y la blasfemia e introdujo los delitos de exhibición sexual y coacción a la exhibición sexual.

(11) Innovación, un tanto pírrica, debida a la LO 3/1989. La crítica que merece este precepto es que el impago de las pensiones no se soluciona con la introducción de un delito especial de desobediencia —que tiene la misma pena que el art. 237—, sino que su solución está en el trabajo no rutinario y adocenado de la Administración de Justicia; es decir, está en el empeño de los órganos judiciales en perseguir el esclarecimiento de la verdad material ante alegaciones inverosímiles del cónyuge deudor y en la colaboración intra y extrajudicial.

(12) Efectuada por la LO 7/1985.

interés es, junto a una presumible ampliación de la despenalización del aborto ⁽¹³⁾, el relativo a la *eutanasia*. Éstos, son pues los temas elegidos.

A. Pasamos revista, pues, a la regulación tradicional del delito de lesiones y a las implicaciones de su reforma a medio de la LO 3/1989. Como es sabido y no es más que un lugar común repetirlo, la regulación de los delitos de lesiones era técnicamente incorrecta y político-criminalmente extravagante. Así es, por un lado, el *escalonamiento de los tipos*, efectuado desde una óptica *claramente mecanicista* —como la de los delitos contra la piedad antes de su reforma por LO 8/1983— atendía fundamentalmente a un *resultado*, sólo muy difícilmente previsible con exactitud en las lesiones stricto sensu, pero que *favorecía al autor* cuando la lesión dolosa era la buscada de propósito y no integraba ni los tipos anteriores de la castración y de la mutilación. Si a ello se añade la defectuosa previsión del consentimiento y un incorrecto planteamiento doctrinal del mismo, obtendremos como conclusión la mencionada extravagancia político-criminal. De ahí que se haya intentado *solventar* algunos de los problemas que planteaba la anterior configuración de los delitos de lesiones stricto sensu acudiendo a figuras dogmáticas como las de la *preterintencionalidad* o la *combinación dolo-imprudencia*; igualmente, el consentimiento en las lesiones, cuando se produce un daño físico, se ha intentado amparar desde varias perspectivas, fundamentalmente desde la de la ausencia de lesividad o la del ejercicio de un derecho o profesión. Por mi parte, basé el consentimiento en las lesiones en la naturaleza disponible del bien jurídico, concibiendo el art. 428 como a una *garantía*, más que a una carga. En efecto, las lesiones son punibles si media como mínimo imprudencia, aunque se haya prestado consentimiento. Éste era el entendimiento que facilitaba el anterior art. 428, anterior a 1983, y que hoy tras las reformas de ese año y de 1989 han de entenderse subsistentes, pues, de lo contrario se generaría un gravísimo privilegio ex lege, sin base legal ni político-criminal para ello. Quien, aun con intención de sanar, causa una lesión en el transcurso de una operación quirúrgica consentida voluntariamente, responde de esa lesión si su actuación no se ajusta a la *lex artis*. Sólo en este sentido cabe entender que el consentimiento es irrelevante; no es, ni puede, una patente de impunidad que cubra la mala práctica médica o deportiva.

Aparte de esto, la *sustancial modificación* de los delitos de lesiones lato sensu ha sido que el legislador, movido esencialmente por la carga del trabajo

(13) En el art. 151.2 PCP se prevé, como la pena para la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

judicial, ha roto el sistema tradicional español de la *imprudencia*, que, dada su influencia práctica en las lesiones y en los daños, ha supuesto un giro copernicano en el tratamiento dogmático de estos delitos. Así, por un lado, y dejando de lado el defectuoso sistema de asignaciones de la pena, *de las lesiones* —y, claro es, no sólo de las lesiones— *imprudentes sólo se tienen en cuenta para ser calificadas de delito las formas más graves*: la deficiente actuación profesional y la imprudencia temeraria, centrada la primera a los graves resultados de muerte o pérdidas de órganos o sistema físico o psíquicos esenciales para el ser humano. De esta suerte, el resto de imprudencias punibles, de hecho las estadísticamente más frecuentes, no sólo quedan *degradadas a falta* ⁽¹⁴⁾, sino que, además y muy principalmente, su castigo queda condicionado a que el *ofendido decida denunciar* el hecho judicialmente.

El nuevo sistema legal de las lesiones permite avanzar en la línea dogmática de la *combinación dolo-imprudencia* a fin de delimitar el papel del resultado en las lesiones y al postergar a cantidades ciertamente poco significativas los supuestos de imprudencia. En suma, el *papel del resultado* pasa a segundo plano, sin perder relevancia cuando es buscado dolosamente, lo que realza el papel del conocimiento y voluntad del agente, (art. 422) poniendo, de este modo, el acento al castigo más en la acción que en el resultado. Este planteamiento es plenamente coherente con el propósito que, vinculado con la Constitución de 1978, anima al legislador penal de castigar acciones humanas previsibles ex ante, y a dejar de poner en primer plano resultados deficientes gobernables, pero determinantes de la pena.

Queda, sin embargo, por resolver de modo claro el *tema del consentimiento*. El actual art. 428, que mejora las previsiones de su predecesor ⁽¹⁵⁾ en la redacción dada en 1983 en materia de esterilización de inimputables ⁽¹⁶⁾, no aborda la cuestión del consentimiento en las lesiones del *único modo cabal*: suprimiendo toda mención al tema, dejando que la atipicidad sea la categoría que moldee esta constelación de casos, que sólo el legislador parece querer

(14) No deja de ser curioso que ataques contra la integridad física puedan ser calificados de falta.

(15) La redacción anterior a 1983 proviene como es sabido de 1963, redacción que BERDUGO (*El delito de lesiones*, 1982, pp. 40, 73, 80, por ejemplo) considera inconstitucional. Sin embargo, el entendimiento tradicional del consentimiento no es el único posible; cfr. mi *Derecho penal español. Parte Especial*, ² 1992, pp. 64 ss.

(16) Vid. sobre las insuficiencias anteriores a la reforma operada por la LO 3/1989, las posiciones críticas de ARROYO, *Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces*, en *La Ley* (2100), 1988, pp. 1 y 2; SILVA, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, 1988, pp. 26 ss.

complicar. Complicación en la que cae de nuevo el PCP (art. 163⁽¹⁷⁾) al considerar el *consentimiento en las lesiones como un atenuante*. Este entendimiento dificulta sobre manera conceptuar lo que sean lesiones, lo que sea consentimiento y lo que sea disponibilidad sobre bienes jurídicos personales.

B. En materia de delitos violentos *contra la libertad sexual*, nos encontramos, de entrada, con la nueva rúbrica del Título IX del libro II, dada por la LO 3/1989. Yendo a aspectos más esenciales, recogiendo un amplio sentir doctrinal y jurisprudencial, el delito de violación ha sido ampliado. La materia de injusto ha sido, en verdad *dilatada, acudiendo a un doble expediente*. Por un lado, *universalizar* los sujetos activo y pasivo, siguiendo la brecha abierta para los demás delitos, entonces aún con la honestidad, practicada por la L. 46/1978. De esta suerte, si bien el *sujeto activo* deberá seguir siendo un hombre⁽¹⁸⁾, el *sujeto pasivo* podrá serlo en la medida en que la acción elegida por el sujeto activo lo permita⁽¹⁹⁾, del mismo sexo que el activo o no, abandonando la mujer el papel de único sujeto pasivo posible.

Por otro lado, y como consecuencia de ese mismo designio legislativo, la *acción típica*, el yacer, queda *trastocada* y se convierte en *acceso carnal*. Esta acción típica resulta, ciertamente, más amplia que el yacer a la vista de la mencionada universalización de los sujetos. Sin embargo, lo que se ha ganado en amplitud de protección de la libertad de autodeterminación sexual se ha perdido, innecesariamente, en *previsión del tipo* legal y en concreto del aspecto central del tipo: la descripción del comportamiento prohibido y, por tanto, puesto bajo conminación penal.

Cuando un comportamiento humano se criminaliza y la pena que se elige es de tanta envergadura como la de reclusión menor, la misma, por ejemplo que la del homicidio, se debe exigir a quien ostenta el poder de someter a castigo criminal los comportamientos humanos merecedores socialmente de tal previsión que huya de las frivolidades y se aparte de sobreentendidos, que puedan responder a exigencias y formulaciones plásticas de un momento dado, *pero que carecen de suficiente tradición jurídica como para ser consideradas conceptos*

(17) Bien es cierto que con la matización del art. 164; sin embargo, esta matización, de factura prácticamente idéntica al actual art. 428, enreda aún más las cosas, dado que contiene dos disposiciones adversativas. Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, ¹ 1991, p. 106, quien propone la supresión de este precepto.

(18) Vid. ORTS, en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma de 1989*, pp. 141 ss.; el mismo en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, ¹ 1990, pp. 618 ss.; QUERALT, *Derecho penal*, cit., ² 1992, pp. 134 ss. Criticando la restricción en la ampliación del sujeto activo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., ³ 1990, p. 389.

(19) No lo permite la relación heterosexual en la que el hombre es el compelido.

normativos. Y “el acceso carnal” sólo puede ser un concepto normativo, desde el punto y momento en que por vía de mera interpretación gramatical o de interpretación usual del lenguaje dicha expresión *carece de no sólo de contornos fijos, sino, incluso, de contenido preciso*. Tales elementos, contenido y contorno, de la acción típica han de venir normativamente derivados de una interpretación sistemática.

Más que recurrir a la expresión homóloga a la empleada en el estupro, igualmente imprecisa, *tras la reforma de 1978 al universalizarse los sujetos activo y pasivo de dicho delito*, ha de ponerse en contacto esta expresión con *otros elementos típicos del mismo delito de violación*, a saber, los lugares del cuerpo a través de los que se accede carnalmente (la Ley utiliza la expresión “por vía”), por un lado, y, con la consideración que tal acceso cabe entender que tiene presente el legislador, a saber, la de agresión (ex art. 430: “cualquier otra agresión sexual”), por otro.

De ello cabe deducir por *vía interpretativa*, supliendo el operador al legislador en una tarea en la que éste debería haber empeñado mucha mayor pulcritud y fiabilidad, que el *acceso carnal* que cabe considerar como típico en el nuevo delito de *violación es la penetración violenta y genital por parte del sujeto activo del sujeto pasivo*.

Cualquier otra agresión sexual, para utilizar las correctas palabras de la Ley, quedará reducida en alguna de las variedades del art. 430, cuya segunda parte ha introducido, acertadamente desde mi punto de vista, el castigo de la utilización de determinados instrumentos o la realización de determinadas prácticas, aun cuando, como parece sobreentender el tipo penal, la práctica sexual inicial fuere jurídico-penal irrelevante. La regulación del PCP (arts. 181 y 182), salvo el modo en que se menciona la imprudencia, que debería concretarse al error vencible sobre las características del sujeto pasivo, es más acorde con la realidad. El traspaso del acceso sexual oral (ahora violación) a las agresiones sexuales parece acertado desde esta perspectiva.

Queda, sin embargo, un problema de inusitada gravedad sin resolver. Se trata de la denominada *violación pregunta*, cuyos sujetos pasivos pueden hoy también ser niños varones, en el seno de prácticas homosexuales. Así es, de acuerdo a una amplísima y casi incoñcusa corriente jurisprudencial, apoyada por la doctrina mayoritaria, la violación prevista en el art. 429, 3.º se consuma, a la vista de la desproporción orgánica que se suscita en muchos casos, con *el mero contacto genital*. Exigir una consumación, tal como se entiende tal estadio

delictivo para el resto de modalidades de violación, supondría añadir con mayores padecimientos y daños a la víctima. Esta postura, encomiable en lo moral y correcta político-criminalmente hablando, está proscrita, entiendo, por el principio de legalidad. O una de dos: o existen dos delitos de violación, a saber, uno de maduros y otro de inmaduros sexualmente —y la letra de la Ley no da pie para ello— o existe uno sólo con idénticos requisitos. Así las cosas, no habría que perder una ocasión, al reformar estos preceptos, de cohonestar una preocupación de los operadores jurídicos que no encuentra cauce legal en la redacción positiva actual.

C. En materia de *interrupción voluntaria del embarazo*, el peculiar modo de introducción del art. 417 bis en el CP, mediante el recurso —ya derogado— previo de inconstitucionalidad, que dio lugar a una peculiar resolución del más Alto Tribunal (la STC 53/1985⁽²⁰⁾), ha llevado a la inclusión en nuestro Derecho de los supuestos despenalizadores para las que cooperen con la mujer que se encuentre en alguno de los mismos y desee abortar. La regulación española, justo es decirlo, si bien alivió en parte un grave problema social y vía salud propia de la madre se permite, en la práctica, una dilatación de dicha apertura ante la ausencia de otras vías, lo cierto es que la regulación estrecha. No deja de llamar la atención que la vigente regulación es mucho más restrictiva que la que en su día puso la Democracia Cristiana alemana y el Tribunal Constitucional Federal hizo suya, casi literalmente, cuando en su sentencia de 25-2-1975⁽²¹⁾ sobre el aborto, dictó, como es obligado en Derecho alemán, una normativa de transición, al derogarse un precepto. En efecto, la normativa puesta y aceptada incluía, para lo que aquí interesa, la indicación social.

El PCP mantiene, con todo y pese al cúmulo de críticas⁽²²⁾ recibidas, pocas variantes respecto de la legislación actual. Como novedades hay que destacar, en primer lugar, *la sustancial rebaja de la pena de la mujer* que aborta sin estar incurso en alguno de los supuestos de impunidad. Además, para el auto-aborto, la pena, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, es menor que las de los que realizan el aborto con su consentimiento; es más, puede llegar

(20) Por un lado, desde una perspectiva sumamente restrictiva, se cierra al paso a una aplicación lógica de la interrupción voluntaria del embarazo al considerar que el bien jurídico vida es en un valor superior constitucional, valor cuya literalidad no figura en la Constitución de 1978; por otro, se contentó la mayoría del Tribunal Constitucional con la denuncia de la violada —presunta, lógicamente—, para apreciar el aborto ético.

(21) Vid. Bverfg 39, 1.

(22) La mayor crítica posible la constituye la STS 1-12-1990 que ratificó la absolución acordada por el Tribunal Provincial, al considerar aplicable al aborto las causas de justificación del art. 8, y entre ellas, lógicamente, el estado de necesidad.

a sustituirse la pena de prisión de seis meses a un año, de por sí atenuada, por la multa de seis a 24 meses (art. 151.2) ⁽²³⁾.

En lo tocante a la previsión de los supuestos de impunidad, las llamadas indicaciones, *la ética* se hace depender de *un delito* contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida ⁽²⁴⁾ y no sólo, como en la actualidad, de la concurrencia de un delito de violación. Esta ampliación evitará escándalos como el de la condena por aborto —por el momento—, aborto consecuencia de yacimiento *more stupri* entre parientes.

III

Señalé antes que un aspecto que merecía especial atención era, en materia de delitos contra la vida, la *eutanasia*. En la regulación puesta de la inducción y auxilio al suicidio (art. 149.4 PCP) se produce una rebaja tan significativa de la pena ⁽²⁵⁾ que, de hecho, al poder ser remitida condicionalmente o sustituida por una pena de multa, impedirá que quien ha llevado a cabo un auxilio ejecutivo al suicidio o ha cooperado activamente ⁽²⁶⁾ con el suicida ingrese efectivamente en prisión.

A. En primer lugar, ha de señalarse que la introducción de tan sensible atenuación en esta específica modalidad de auxilio ejecutivo al suicidio no puede ser entendida si no es desde un replanteamiento social y constitucional del tema.

En efecto, se quiera o no, la sociedad camina lejos de los senderos tradicionales de la sublimación del sacrificio y de la permanente autoinmolación que, en defecto de otras gratificaciones más succulentas, implicaban buenas dosis de masoquismo. Por otro lado, la persona en concreto, el ciudadano con cara y nombre y plena sociedad de masas, tiene un lugar en la misma como tal persona, lugar que nunca en la historia había tenido.

(23) Se suprime, además, el art. 412 y se castiga exclusivamente el aborto producido por imprudencia grave (art. 154), castigo que nunca alcanzará a la embarazada. Final y afortunadamente se pretende suprimir el aborto honoris causa.

(24) Los delitos de inseminación artificial constituyen una novedad en la legislación española. Se contienen en el título V del Libro II. Tal es la novedad que divergen las regulaciones del APC (diciembre 1991 - febrero 1992) y el PCP (septiembre 1992).

(25) Por otro lado, no puede pasarse por alto que el auxilio ejecutivo al suicidio en el PCP, contrariamente a lo que sucede en la actualidad, está penado con la pena inferior a la del homicidio; en efecto, éste tiene asignada una pena de prisión de 10 a 15 años y el tipo que nos ocupa contempla una prisión de seis a diez años.

(26) Cooperación que sólo puede ser la del actual art 14,3; vid. mi *Derecho penal* cit., ² 1992, p. 19.

La capacidad de sacrificio inútil de las personas tiende a desaparecer a pasos agigantados; dónde se detendrá esta evolución no es fácil predecirlo. Lo que sí, en cambio, parece cierto, es que empieza por la propia calidad de vida. Esto y la cuestión del pluralismo que indeclinablemente implica una sociedad democrática y democráticamente organizada hacen el resto y sobre esta cuestión volveremos a hablar.

Así las cosas, uno de los mecanismos de democratización de la vida en común lo constituye el asentamiento de la sociedad política, del Estado, sobre una serie de pilares básicos y (para su constitución) elementales. Uno de estos pilares lo constituye el de la libertad y otro no menos importante el del pluralismo político. Ambos están configurados, junto con la igualdad y la justicia, como los valores superiores del ordenamiento jurídico vigente en España, al constituirse nuestro país en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), es decir, en algo que era lo diametralmente opuesto a la esencia misma del anterior Estado español.

La impronta que se cierne sobre todo el texto constitucional, y que cabe atribuir a ese primer párrafo inicial no puede ser en absoluto obviada. Por ello, pese a ciertas críticas, no siempre justificadas, considero que ha de quedar claro que una consecuencia expresa de la redacción del precepto es que tales valores no sólo afectan a la Constitución, sino que la *trascienden e impregnan todo el ordenamiento jurídico en la que aquélla también se inserta* (art. 9.1 CE). Es decir, que tanto en la esfera de la normación a todos los niveles y en la de aplicación de los productos normativos, como a la hora de enjuiciar la corrección de ambas funciones, tales actuaciones han de estar presididas por los valores tantas veces reseñados: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

B. Es en este contexto donde el Estado adquiere el compromiso de dejar de lado muestras de brutalidad secular y de tratar a los ciudadanos —del que surge, por otro lado— como personas, respetando la inherente dignidad de cada una de sus personas (art. 10.1 CE). De lo que no es capaz el Estado es de asumir el compromiso de que el resto de los sujetos, los particulares, se comportarán entre sí como se le pide al Estado que se comporte; todo lo más, y no es poco, que el Estado aquí puede hacer es, además de la práctica de una política social que facilite el respeto por la vida de los particulares promulgar una serie de disposiciones tendente a la protección de ciertos bienes jurídicos, aquí la vida, y aplicar las sanciones correspondientes a los transgresores.

Sin embargo, la actuación del Estado va más allá aún y recorta sensiblemente el derecho público fundamental a la vida de sus ciudadanos. La vida,

así, deja de ser ese bien absoluto que en no pocas ocasiones, quizá con ligereza, se clama. Muestra de tal relativización podrían ser la proclamación del derecho/deber de defender a España con las armas (art. 30.1 CE), con la consiguiente posibilidad de pérdida o menoscabo de la vida de quienes deben ejercer/cumplir tal derecho/deber. La posibilidad de que, declarada una guerra, muchos ciudadanos hayan de perder obligatoriamente su vida es, a todas luces, más que cierta. Se encarga de recordarlo la tradicional fórmula de juramento a la bandera con la final admonición de “hasta la última gota de vuestra sangre” (Ley 79/1980). En otros lugares, como en el Código penal, al regular la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, se admite —e incluso se llega a imponer el deber— que se puede matar a otro por parte de agentes públicos; la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad considera a todos los cuerpos policiales como institutos armados, civiles o militares, y en la defectuosísima regulación del uso del arma de fuego, admite que, en primer lugar, el arma pública está para defender al propio agente (art. 5.2 d) LOFCS). Además, el ordenamiento jurídico en diversos sectores obliga a ciertos sujetos (militares, policías, bomberos, médicos, por ejemplo) a correr riesgos —que la experiencia demuestra más que virtuales— y a poner en peligro así sus vidas. Y, por último, pero no por ello el peor, el reciente y generalmente atinado Código penal militar establece 28 penas de muerte en tiempo de guerra.

Estas y otras exigencias estatales de cobrarse unas vidas humanas demuestra que la sacrosantidad del derecho a la vida es más que relativa cuando entran en juego otros polos de comparación, que difícilmente pueden, en ocasiones, recibir el calificativo de intereses legítimos. El propio Estado y la propia sociedad demandan ciertos sacrificios de vidas humanas y toleran otros (accidentes en minas o en carreteras, por ejemplo, estadísticamente previstos cada 1 de enero). En este contexto no es fácil sustentar la inalienabilidad de la vida frente al propio Estado.

En resumidas cuentas, el compromiso por la libertad, es decir, por la capacidad de autodeterminación de las personas, ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias. O dicho con otras palabras: la solución a este tema no puede ser la misma que la dada por el ordenamiento autoritario, o cuando menos, autoritariamente interpretado. Por eso mismo, aquí, el consentimiento es absolutamente insustituible; *ni siquiera*, el médico u otro tercero puedan ampararse en el *consentimiento presunto*. El planteamiento de la autodeterminación expuesto obliga consecuentemente a esta solución.

Y este compromiso por la libertad de decisión de todos los sujetos capaces

que integran la comunidad jurídica se manifiesta mediante la *admisión del pluralismo político*; y, a decir verdad, no puede existir pluralismo político si no se da el pluralismo ideológico, cultural y, aquí, existencial (art. 16 CE). El Estado, la sociedad política, de reconocer, como ya van dándose pasos en este sentido, que diferentes sujetos tengan diferentes opiniones, mayormente en los temas más íntimos y vitales. Y no basta con reconocerlo, sino que en la medida de lo posible no ha de ser rechazado. Y aquí parece posible.

C. A lo anterior ha de añadirse una reflexión de no menor interés. Me refiero a que la posible futura regulación contempla exclusivamente lo que se denominan *eutanasia activa* o *directa*. Deja en el tintero la pasiva y la indirecta.

Estas dos formas de *ayudar en el morir*, que no parecen ser prácticas in-habituales en nuestros hospitales⁽²⁷⁾, deben entenderse plenamente convalidadas al regularse exclusivamente la eutanasia directa, que es una *ayuda a morir*. Sostener lo contrario, supondría que la futura legislación sólo ha regulado lo más grave con relación a la situación actual y ha dejado, como mínimo, en la duda, comportamiento de mucha menor relevancia. Ello sería más grave, si se compartiera que la eutanasia pasiva e indirecta no afectan a lo punible, pues la primera cabe ser considerada como atípica y la segunda como una manifestación del estado de necesidad justificante⁽²⁸⁾.

IV

Para concluir debo abordar, como propuse más arriba, el análisis, forzosamente sucinto, de los delitos contra el honor.

Dos modos tenemos en este apartado concreto de abordar el tema. Por un lado, comprobar si, expuesta sumariamente la doctrina constitucional sobre el honor como bien jurídico, esencialmente como bien jurídico-penal, el prelegislador ha tomado nota de ella. Por otro, comprobar, que entre el Anteproyecto de diciembre de 1991/febrero de 1992 media una buena distancia, tanta como

(27) Vid., a este respecto, el interesante estudio de VEGA VEGA/VILLALAIN BLANCO, *Sobre la eutanasia: actitud de los sanitarios hacia la información y el tratamiento del paciente*, en CPC (47), 1992, pp. 473 ss., especialmente pp. 484 ss.

(28) Vid. mi *Eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, en ADPCP, 1988, pp. 125 y 131 ss., respectivamente. Admitida la posibilidad, en cualquier caso, no proceder, de hecho al castigo de quien se comparta bajo los supuestos de eutanasia, lo que carece de sentido es afirmar, como hace TORÍO (*Instigación y auxilio al suicidio, homicidio y eutanasia como problemas legislativos*, 1981), es que en la eutanasia indirecta no existe dolo; crítica y acertadamente, COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte especial*, 1990, pp. 564 s.

la supresión y/o modificación de algunos de los delitos proyectados en su momento. La supresión y/o modificación no puede deberse sino al ácido rechazo que sufrió la inclusión de la difamación⁽²⁹⁾ y la previsión de penas privativas de libertad para algunos supuestos⁽³⁰⁾. Afortunadamente, y por el momento, ambas posibilidades parecen haber pasado a mejor vida, aunque no es aún el momento para echar las campanas al vuelo. Pero vayamos por partes.

A. Conviene, en primer término, efectuar un breve repaso sobre la doctrina constitucional respecto del bien jurídico(-penal) honor. Esta doctrina se ha generado en atención a dos cuestiones radicalmente diversas.

De un lado, la pugna del honor con la libertad de expresión. Si aquél, como ponían algunas lecturas conservadoras del art. 20.4 CE, fuere el *límite* de la libertad de expresión lato sensu entendida, la discusión hace tiempo que se habría terminado. Seguiríamos en la misma situación que la existente ante la entrada en vigor de la Norma Fundamental. De otra mano, la progresiva *relativización* del bien jurídico honor y su consiguiente *patrimonialización*⁽³¹⁾, quita hierro al aspecto penal cuando entran en conflicto el honor y la libertad de expresión y/o de información.

En este campo de batalla entre el honor y las libertades de expresión y de información es donde la labor del Tribunal Constitucional se percibe con mayor acierto, aun con algunas vacilaciones o contradicciones, aparentes o reales, y ha superado ampliamente la tradicional doctrina honorista de los tribunales ordinarios, que, poco a poco, va siendo arrumbada.

En apretada síntesis, la base de la doctrina actual del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión parte, en lo esencial, de las SSTC

(29) Su único antecedente legislativo es el Código de 1929, el que JIMÉNEZ DE ASÚA calificara, en su conocida *diatriba* de código gubernativo; cfr. *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del código gubernativo*, 1930.

(30) No todas las privaciones de libertad han desaparecido: permanece la pena de seis meses a dos años de prisión por calumnias reiteradas con publicidad (art. 205). Esta pena privativa de libertad, por más que se refiera a la imputación de falsos hechos delictivos de modo reiterado, es excesiva y poco lógica. Excesiva porque, debiendo ser el lugar idóneo de la satisfacción del honor mancillado el Derecho civil, si la calumnia se reitera sucederán dos cosas: a) que el sujeto será reincidente, con lo que su pena se verá incrementada y, si es periodista, sufrirá una inhabilitación especial (art. 214.1 PCP); b) que se juzguen el concurso real de delitos con el consiguiente incremento punitivo. Al concurso real es a lo más que puede llegar —que no es poco—, desde el punto de vista de la proporcionalidad —el honor no puede ser estructuralmente más protegido que la vida— el castigo de las campañas de desprestigio. Y ello sin olvidar la cuestión de la responsabilidad civil que no ha de ser precisamente pequeña.

(31) Cfr. la desafortunada redacción, en apariencia contradictoria, de los arts. 1.3 y 2. LO 1/1982, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

104/1986 y 107/1988. En la primera, el Tribunal Constitucional establece que el derecho a la libertad de información y de expresión, en tanto que derecho fundamental no debe quedar siempre supeditado al honor: regirá la *ponderación* entre los derechos en juego ⁽³²⁾. En la segunda resolución, el Tribunal Constitucional, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lingens ⁽³³⁾, se efectúa una distinción que, aunque no siempre fácil de llevar a cabo, es capital, a saber: libertad de expresión y libertad de información. La primera, es decir, la libertad de expresión haría referencia a la emisión de juicios de valor sobre personas, hechos o cosas; la segunda, o sea, la libertad de información, hace referencia a la expresión de hechos. De esta suerte, y casando con el texto constitucional (art. 201 a) y 20.1 d) CE, respectivamente), la libertad de información queda sometida al principio de veracidad, que no ha de confundirse con exactitud *ex post*, sino *ex ante* ⁽³⁴⁾; por su parte, la libertad de expresión, dado que los juicios de valor no son susceptibles de verificación, queda sometida a la necesidad de su emisión para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. El *maximum* de libertad de expresión lo constituye la libertad ideológica, que sólo pugna con el orden público ⁽³⁵⁾.

Esta esquemática síntesis, pese a su simplicidad, permite entrever cuál es el planteamiento del Tribunal Constitucional. La manifestación de hechos, que han de ser, lógicamente, de interés público, por lo que queda a salvo la intimidad personal y familiar ⁽³⁶⁾, se ve sometida al baremo de la veracidad, tal como exige la Constitución. Ahora bien, esta veracidad no supone una exacta correlación de lo expresado con la realidad; la veracidad se mide *ex ante*, es decir, al momento de verter las expresiones ⁽³⁷⁾. Y es más: basta con inicio demostrado de verificación de los hechos, no siendo exigible, por tanto, una verificación exhaustiva ni si quiera *ex ante* ⁽³⁸⁾.

Así las cosas, puede suceder que en un mismo escrito periodístico, por ejemplo, se encuentren entreveradas ambas manifestaciones de la libertad de

(32) Apartándose de este criterio, STS 3-II-1987.

(33) STEDH 8-6-1986.

(34) STC 6/1988, f. j. 5.

(35) STC 21/1990.

(36) SSTC 171 y 172/1990, *passim*. Recuérdese que, versando los supuestos de hecho de ambas sentencias sobre supuestos similares y con el mismo origen (el accidente de aviación del monte Oiz y la personalidad y comportamiento del malogrado piloto), en la primera de las resoluciones constitucionales se otorgó el amparo y en la segunda no; las diferencias que llevaron a resolver así el caso, compartibles o no, quedan explicitadas en dichas sentencias.

(37) Vid. *supra* n. 33.

(38) STC 143/1991.

expresión *lato sensu*. Ello podrá llevar a que, sin censurar la veracidad de los hechos que se imputan en el citado artículo, el tono del mismo que denotan las expresiones vertidas, claramente vejatorias, comporten el mantenimiento de la sanción penal, pues la libertad de expresión no comporta el derecho a insultar ⁽³⁹⁾. Pero, salvada esta cuestión, los juicios de valor que emiten los ciudadanos, ya sea como particulares, ya sea como profesionales de la información, siempre que tales juicios sean propicios para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática, dado que la opinión pública está en la base del pluralismo de tales sociedades, deberán ser considerados superiores al honor del afectado ⁽⁴⁰⁾.

En suma, y pese a una inicial lectura conservadora, el honor, dado que no existen derechos absolutos ⁽⁴¹⁾, no se erige en límite sistemático de la libertad de expresión y de información, sino que tras la correspondiente ponderación ⁽⁴²⁾, los Tribunales deberán optar por el derecho prevalente, teniendo en cuenta la necesidad de una opinión pública libre en una sociedad democrática.

B. La práctica judicial ordinaria habida en los últimos quince años ha sabido adaptarse con bastante celeridad y fidelidad al patrón que apretadamente he acabado de reunir y este mismo resumen podría constituir el balance de la jurisprudencia ordinaria en los últimos 15 años, con alguna excepción de menor calado.

También el prelegislador de septiembre de 1992, no así el de diciembre de 1991 - febrero de 1992, ha sabido extraer las lecciones adecuadas de la doctrina acabada de resumir. En esencia, tras rechazar la difamación, ha resituado las injurias, a diferencia de la absurda regulación vigente, en dos frentes: el de la imputación de hechos en el art. 208.2 1.^a ⁽⁴³⁾ y el de la exteriorización de opiniones respecto a terceros en el art. 208.2 2.^a. Sin embargo, el prototexto enviado a las Cámaras adolece aún de muy graves defectos. Fundamentalmente estos defectos cabe residenciarlos en dos grandes apartados: la introducción de nuevos modos de tipificación y el mantenimiento de planteamientos que deberían tenerse ya superados.

(39) STC 105/1990, f. j. 8.

(40) Cfr. STEDH 26-4-1979: caso Sunday Times; SSTC 199/1987 (f. j. 12) y 143/1991 (f. j. 6) entre otras muchas.

(41) Así, por ejemplo, STC 2/1982, f. j. 5.

(42) Cfr., las emblemáticas SSTC 104/1986 (ff. jj. 5 a 7) y 107/1988 (f. j. 2).

(43) Las calumnias, en tanto que especialidad de las injurias, siempre han pertenecido a este primer apartado, puesto que consisten en la falsa imputación de un delito, lo que, ciertamente, supone la imputación de un hecho.

C. En primer término, nos hallamos con una inusitada introducción de *elementos valorativos*. El incrementar las cláusulas valorativas en un tema tan poco aprehensible como es el honor⁽⁴⁴⁾ supone rizar el rizo, es decir, aumentar la inseguridad jurídica y apartarse de los mínimos de precalculabilidad sobre lo que está permitido y lo que está prohibido y sobre lo que el juez debe y no debe entender como jurídico-penalmente contrario a la norma.

Pero, además, estos elementos valorativos no son de cualquier índole, sino, seguramente, de la peor especie. Son los que hacen referencia a *elementos de actitud interna*⁽⁴⁵⁾, es decir, a especiales predisposiciones caracteriológicas del sujeto activo. El *tono moralizante* de estas expresiones legales resulta incasable con un Derecho penal del acto, es decir, que no castigue, de verdad, el fuero interno. Supone, por añadidura, una subjetivización intolerable del Derecho penal, donde, por desconocido, todo está permitido. Supone, en fin, el inicio de la dinamitación del *principio de legalidad*, pues el mandato de *lex certa* salta literalmente por los aires.

De esta suerte, expresiones tales como “con manifiesto desprecio hacia” la verdad (art. 204.I PCP) constituye una cláusula no sólo criticable sino radicalmente inadmisibles. Máxime, cuando, como el Tribunal Constitucional ha venido haciendo desde la STC 6/1988, ya reseñada, la verdad en materia de libertad de expresión no es la verdad objetiva⁽⁴⁶⁾, sino la verdad que *ex ante* conocía o podía conocer el sujeto activo. Es más, la STC 143/1991, dando un lógico más en esa dirección, ha afirmado que basta, para excluir la responsabilidad y no hacer prevalecer el honor sobre la libertad de expresión, con un inicio de averiguación posible de la verdad: no es necesaria una investigación exhaustiva ni, en consecuencia, ofrecer pruebas concluyentes sobre la realidad de los hechos que se imputan⁽⁴⁷⁾.

(44) Para complicar más las aprehensiones del concepto de honor, el art. 208. 1 PCP habla de lesionar “la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia consideración”. Mayor cúmulo de imprecisiones es difícil de imaginar.

(45) Los llamados por la doctrina alemana *Gesinnungsmerkmale*; vid., por todos, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1988, pp. 425, que los define como “comportamiento espiritual contrario a los valores éticos” que se expresa inmediatamente en el tipo (s.o.), siguiendo la definición que en su día ofreció SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 217 y en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1975, p. 455. En atención a estas características personales del sujeto, se le castiga por lo que es, no por lo que ha hecho. Las críticas recibidas, que han tenido su efecto en la legislación alemana, haciendo desaparecer algunas de las expresiones como las aquí criticadas (vid. JESCHECK, *op. cit.*, p. 426), parece que no han tenido eco en nuestro país.

(46) Verdad objetiva que conceptualmente es muy difícil de determinar.

(47) Por lo tanto, la previsión del art. 211.I PCP debe ser reformada en un sentido mucho menos tajante; no es necesario, contra lo que dice la letra del precepto, que el sujeto activo “quedará exento de pena probando la veracidad del hecho imputado...”. Bastará con el demostrar un inicio de probanza.

Igualmente criticable resulta la redacción de la segunda modalidad de injurias, es decir, el art. 208.2.2.^a PCP: “las referencias a otra persona que se realicen utilizando expresiones o calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios...”. Esta redacción pone de relieve una incapacidad del prelegislador para centrar la materia de lo prohibido. Ello comporta difuminar el contorno de lo punible de modo que sólo la perplejidad y la absolución son las respuestas cabales jurídicamente. Confeccionar un tipo penal de tal catadura supone un despilfarro social, salvo que estemos de lleno en el campo de la legislación simbólica y la mera emisión de la norma sea la única finalidad del legislador. Pero ésta es una función igualmente ilegítima, puesto que distorsiona el recurso serio a los medios de control social más graves y formales, dañando al sistema en su conjunto y no sólo su eficacia en esta parcela. Valgan, pues, estos dos botones de muestra en lo tocante a este punto relativo a los desajustes del Proyecto con relación a la doctrina constitucional y a las exigencias de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho.

D. Por lo que respecta a aspectos que ya eran criticables en la legislación vigente y que perduran en la que se nos propone, aun admitiendo por quien esto escribe la posibilidad de castigo penal de las vulneraciones del honor ⁽⁴⁸⁾, dos son los aspectos que merecen una seria crítica. Y son la ofensa encubierta y el perdón del ofendido.

La *ofensa encubierta* es una institución realmente carente de sentido desde una perspectiva del honor como posibilidad moral de participación en la vida social. Sí tiene, en cambio, sentido, desde la nueva perspectiva, censurable como he intentado demostrar, que introduce el Proyecto: la propia estimación del ofendido (art. 208.1 PCP). Desde este punto de vista el más mínimo ataque contra el honor, al quedar subjetivizado, pasa a ser constitutivo de injurias, pues la autoestima es algo que, por lo general, no conoce, ni tiene por qué conocer, límites. Ello supone poner el Derecho penal al servicio del narcisismo y comporta convertir el Sistema penal en el chivo expiatorio o en el diván del psiquiatra antes que en un medio de preservación de auténticos bienes jurídico-penales ⁽⁴⁹⁾.

Conectado con esta privatización del Sistema penal, se encuentra la institución del perdón del ofendido. Una cosa es someter la persecución del delito a la condición de que se formule una querrela por parte del interesado ⁽⁵⁰⁾ y otra

(48) Vid. mi *Derecho penal* cit., 1992, pp. 205 ss.

(49) A este respecto, cfr. la reciente síntesis que efectúa MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, pp. 206 ss.

(50) Privatización más que discutible y que, a fuerza de radicales en esta materia, debería ser argumento bastante para expulsar estos delitos del CP.

muy distinta que, al no fijarse límite alguno, incluso una vez recaída sentencia en doble instancia y presto al condenado a cumplir sentencia, el ofendido otorgue su perdón. Un caso célebre, relativamente reciente, puso de manifiesto con toda su crudeza que el chalaneo se enseñorea de una institución pública como es la pena, quedando en manos de particulares, sean blancas o no, la decisión sobre su aplicación. Y ello sin tener en cuenta el gasto social y económico que han supuesto procesos largos y complejos, que finalmente, por puro capricho o por intereses bastardos, quedan en agua de borrajas. Mantener, pues, el perdón del ofendido resulta, de nuevo, incasable con un ordenamiento mínimamente serio.

E. La única ventaja, a mi modo de ver, que contiene la regulación que está por venir, es la supresión de la partícula *en* del actual art. 457, partícula sobre la que se hacía pivotar, de modo sorprendente y artificioso, la existencia de un especial ánimo del injusto, el *animus iniuriandi* ⁽⁵¹⁾. Pero esta aparente virtud queda empequeñecida por el cúmulo de los que, entiendo, son desatinos en la confección de los tipos protectores del honor que, en resumidas cuentas y ésta sería la crítica global, puede suponer en la práctica, al ampliar sin criterio alguno la posibilidad de arbitrio judicial, el ámbito de lo prohibido en este campo.

V

Por haberme impuesto la obligación de ser breve en mi exposición, no quiero correr el riesgo de colmarles la paciencia si prolongo más mi intervención.

Soy de la opinión que lo más interesante está aún por venir y es, precisamente, el coloquio que seguirá a estas intervenciones y en el que estoy seguro van a participar todos ustedes intensamente.

Por tanto, nada más y muchas gracias por su atención.

(51) En contra de esta concepción (cfr., por este sector doctrinal, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal cit.*, 1991, p. 125), vid. BACIGALUPO, *Colisión de Derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, en REDC (20), 1987, p., 88; QUERALT, *Animus iniuriandi e injurias*, en *La Ley*, p. 2; el mismo, *Derecho penal cit.*, 1992, pp. 220 s.; CASTIÑEIRA, *La protección penal del honor*, en SALVADOR CODERCH (Dir.), *El mercado de las ideas*, 1991, pp. 476 ss.; ya ante relativizaba el valor que se atribuye a la preposición "en" RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas de Derecho español al Tratado de Derecho penal de E. Mezger*, 1946, I, pp. 337 s. Vid. jurisprudencia, aún minoritaria, en este sentido, SSTs 25-2-1973, 3-6-1985, 2 y 25-6-1986, 17-11-1987, 31-1-1989.

LA REFORMA PENAL MILITAR. DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO

PRESIDENTE DE LA SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

SUMARIO

- I. LA JURISDICCIÓN MILITAR. UNA REFORMA GRADUAL Y PROFUNDA.
- II. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR. RENUNCIA A UNA PARTE GENERAL PROPIA.
- III. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL MILITAR.
 - III.1. Una explicación de la especialidad.
 - III.2. Arbitrio judicial frente a legalismo aritmético.
- IV. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR.
 - IV.1. Consideraciones previas.
 - IV.2. Determinación de la pena en razón del grado de perfección del delito y formas de participación.
 - IV.3. Determinación de la pena en razón de las circunstancias concurrentes e individualización.

I. LA JURISDICCIÓN MILITAR. UNA REFORMA GRADUAL Y PROFUNDA

El día 1 de junio de 1986 entraron en vigor, simultáneamente, la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. En ese momento, sus respectivas disposiciones derogatorias abrogaron el Tratado Segundo, llamado “Leyes Penales”, del Código de Justicia Militar de 1945, en que se contenía la normativa reguladora tanto de los delitos como de las faltas militares. El Código Penal Militar fue reservado para los delitos militares y vaciado de la regulación atinente a las faltas o infracciones disciplinarias. Éstas, encomendada su represión a las Autoridades y Mandos militares, adquirieron desde el punto de vista formal —otra cosa es que siga siendo cuestionable su verdadera naturaleza— una apariencia inequívocamente administrativa. Por otra parte, el delito militar fue sometido a una rigurosa redefinición mediante la delimitación de dos de sus elementos esenciales —el sujeto activo y bien jurídico protegido— de modo que se configuró como atentado a bienes o intereses específicamente militares cometido por miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos militares, si bien subsisten algunos tipos delictivos que pueden tener como sujeto activo a un civil, excepción que se amplía considerablemente en tiempo de guerra. Comenzaba, con esta reforma legal en el plano sustantivo, el cambio profundo y gradual que ha experimentado la jurisdicción militar en los últimos años, fenómeno que acaso no ha recibido todavía, por parte de los estudiosos del Derecho no directamente relacionados con el ámbito castrense, toda la atención que, en mi opinión, merece.

El segundo paso lo dio la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar —cuya “vacatio legis” se prolongó hasta el 1 de mayo de 1988— que reorganizó la jurisdicción militar sobre bases sustancialmente nuevas. Para reconocer que así fue, basta recordar que, en su virtud: a) la potestad jurisdiccional ha sido transferida de las antiguas Autoridades Judiciales —que no eran sino los Capitanes y Comandantes Generales de Regiones y Departamentos— a los nuevos Tribunales Militares; b) éstos que se han constituido como órganos independientes, permanentes y predeterminados por la Ley, integrados por miembros del Cuerpo Jurídico de Defensa, a los que se incorporan, en el acto de la vista, un número inferior de profesionales de la Armas, con función análoga a la de los “escabinos”; c) que

a los nuevos jueces militares se ha otorgado, en garantía de su independencia, un estatuto paralelo al de los jueces y magistrados, d) que se han establecido importantes puntos de conexión entre la jurisdicción militar y la ordinaria, atribuyendo funciones gubernativas sobre la misma al Consejo General del Poder Judicial y, sobre todo, creando la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

Finalmente, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, derogó al Tratado Tercero del viejo Código de Justicia Militar, llamado “Procedimientos militares”, e instauró un proceso muy próximo en sus principios y líneas generales al proceso penal común y un proceso denominado recurso contencioso-disciplinario militar, inspirado en el contencioso administrativo, que es el cauce por el que discurre el control jurisdiccional —otra importante novedad— que los órganos judiciales militares y la Sala 5.^a del Tribunal Supremo ejercen sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria militar. En el campo del Derecho penitenciario sigue vigente un texto preconstitucional, cual es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares aprobado por Real Decreto de 22 de diciembre de 1978, con las correcciones que en el mismo han introducido la Ley Procesal Militar y alguna otra norma de rango inferior. Pero, con esta única excepción, puede decirse que ya ha culminado, con fórmulas naturalmente discutibles, la tarea que al legislador español encomendó el artículo 117.5 de la Constitución que, como es sabido, no sólo salvó la permanencia de la jurisdicción militar al proclamar el principio de unidad jurisdiccional, sino ordenó que la Ley que regulase su ejercicio en el “ámbito estrictamente castrense” estuviese de acuerdo con la Constitución. Poner de acuerdo con la Norma de 1978 el ordenamiento jurídico militar heredado del pasado, en su triple dimensión orgánica, sancionadora y procesal, exigía ciertamente transformarlo casi radicalmente. Éste ha sido el sentido del preceso reformador a que, brevísimamente, me he referido.

II. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR. RENUNCIA A UNA PARTE GENERAL PROPIA

La orientación global de estas jornadas exige, evidentemente, centrar la atención de esta ponencia en la reforma del Derecho Penal Militar. No sobre la reforma en su conjunto —tema que, por obvias razones de tiempo, pondría al ponente ante la alternativa de hacer un análisis superficial o ensayar una síntesis insuficiente— sino sobre un aspecto concreto de la misma. Consciente del

riesgo que supone siempre una elección que puede dejar en la sombra problemas muy importantes y acaso los que para algunos sean los preferentes, pienso que uno de los cambios más significativos determinados por la entrada en vigor del Código Penal Militar de 1985— cambio que puede servirnos de introducción a lo que será materia específica de esta reflexión— lo encontramos en el artículo 5º del nuevo Texto, que dice así:

“Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código”.

Esta remisión al Código Penal común para todo lo que no esté previsto en el militar y en cuanto sea compatible con la “naturaleza” del delito militar, significa algo más que declarar al primero legislación supletoria, ya que el considerable aligeramiento del Libro Primero del Código Penal Militar —sólo cuarenta y ocho artículos de los que doce son en realidad cláusulas de interpretación auténtica que empiezan así: “A los efectos de este Código se entenderá...”— ha convertido al Libro Primero del Código Penal en texto de directa y permanente aplicación por la jurisdicción militar. La derogación del Código de Justicia Militar ha supuesto, ante todo, una sensible reducción de la materia penal sometida a la jurisdicción militar en la doble medida en que ha sido abandonado, para la fijación de su competencia, cualquier criterio distinto de la naturaleza del delito y se ha redefinido el delito militar, según ya quedó indicado, contrayéndolo a las acciones u omisiones, normalmente perpetradas por militares, que lesionan o ponen en peligro intereses o bienes específicamente castrenses. Pero ha supuesto también, como consecuencia de lo establecido en el artículo 5º del Código Penal Militar, la renuncia a la pretensión de que la indiscutible especialidad del Derecho Penal Militar comporte la existencia de un Código “integral” con un Libro de disposiciones generales propio y distinto del que figura en el Texto punitivo común. De aquí en adelante, pues, no será del todo correcto hablar del Derecho penal militar como una rama autónoma del Derecho sancionador, siendo seguramente más atinada la conceptualización del mismo como un capítulo especial —todo lo extenso y singularizado que se quiera— del Derecho penal. Me atrevo a sugerir, de pasada, que este cambio suscite un mayor interés doctrinal hacia del Derecho penal militar del que hasta ahora ha sido acostumbrado. Y me permito apuntar, también al vuelo, una breve reflexión sobre las causas posibles del cambio a que me refiero. Si la contracción del concepto de delito militar y la reducción del círculo de competencia de la jurisdicción militar se presentaba al legislador de 1985 como una insoslayable consecuencia

de la obligada limitación de aquella jurisdicción al “ámbito estrictamente castrense” —artículo 117.5 de la Constitución— el abandono de la “integralidad” de la Ley penal militar y la extensión a la misma de las normas generales del Código Penal, no sólo han podido estar aconsejados por consideraciones de índole científica, sino también por cierta necesidad —presente en todo proceso de modernización— de sustituir las pautas particularistas por las inspiradas en el universalismo. Por la misma razón que apenas tiene sentido, en una sociedad democrática, singularizar en exceso al grupo social constituido por los profesionales de las armas —los ciudadanos de uniforme sólo se han de distinguir del resto de los ciudadanos en lo que sea funcionalmente necesario— tampoco lo tendría reivindicar, para el Derecho sancionador militar la profunda autonomía que inevitablemente deriva de una Parte General propia.

Ahora bien, supuesta la aproximación del Derecho penal militar al común, operada por la considerable pérdida de contenido del Libro Primero del Código Penal Militar, hay que reconocer que el mayor número de las especialidades que aún subsisten se concentran en el Título III de dicho Libro, dedicado a “las penas”. No es posible, dentro de los límites que impone una ponencia de esta naturaleza, abordar la totalidad de los problemas que plantea el contenido penológico del Código Penal Militar. A partir de la inclusión de la pena de muerte en tiempo de guerra —en mi opinión, absolutamente lamentable— nos saldrían al paso, sin duda alguna, una larga serie de temas. De nuevo hemos de elegir uno de los posibles —ahora ya definitivamente— y ceñirnos a las cuestiones relacionadas con la determinación e individualización de las penas.

III. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL MILITAR

III.1. Una explicación de la especialidad.

No debe sorprender que sea precisamente en la regulación de las penas y, concretamente, en el régimen de determinación de las mismas —que se establece en el Capítulo IV del Título III del Libro primero del Código Penal Militar, bajo la denominación “aplicación de las penas”— donde persisten importantes especialidades en relación con el Código Penal. El ordenamiento penal militar es, como cualquier otro de la misma naturaleza, el instrumento de mayor fuerza coactiva con que se pretende conseguir el control social y la

configuración del comportamiento de sus destinatarios. Estas finalidades presentan, sin embargo, un perfil muy distinto cuando se trata de alcanzarlas en el seno de los ejércitos. Por razones de eficacia e incluso de pervivencia, en los ejércitos se aspira a ejercer desde el mando un control más intenso y más extenso —es decir, referido a más aspectos del comportamiento— que el que sería admisible fuera de ese ámbito. En principio, puede decirse que los militares, miembros de un grupo social fuertemente jerarquizado y disciplinado, tienen reglamentados aspectos de la vida que, para el resto de los ciudadanos, se dejan a la libre iniciativa de cada cual y —lo que acaso sea más importante— que el nivel de obediencia a la norma, se espera que sea más alto en los miembros de las Fuerzas Armadas que en el común de los ciudadanos. A ello debe añadirse que únicamente cuando la persona es definida como un fin en sí misma y se reconoce su prioridad con respecto al grupo, la definición del Derecho penal como última “ratio” es verdaderamente aceptada; y ésa es la razón por la que en la sociedad tradicional se tendía, con mayor frecuencia que en la actual, a imponer las pautas vigentes de comportamiento mediante el inmediato y expeditivo uso del arsenal punitivo del Estado. Siendo ello así, no debe extrañar demasiado que el Derecho penal utilizado históricamente por los ejércitos —una institución generalmente nutrida de valores tradicionales— para asegurar el control social “ad intra” —un control, no lo olvidemos, intenso y extenso— haya tenido un acervo de penas más o menos singulares, ni que su aplicación haya estado inspirada en criterios igualmente singulares. Ello no quiere decir, claro está, que tales singularidades sean una inevitable consecuencia, en el plano jurídico-penal, de los rasgos estructurales de la institución militar y, mucho menos, de la institución militar propia de una sociedad democrática. Acaso sea oportuno recordar en este momento que la explicación de un fenómeno no comporta necesariamente su justificación y que por el mero hecho de haber quedado explicado —en el caso de que verdaderamente lo haya sido— el fenómeno en cuestión no tiene garantizada su permanencia en el tiempo. Pero, sea como sea, el hecho es que, habiéndose atribuido tradicionalmente a la pena en el Derecho sancionador militar una función no del todo ni siempre coincidente con la que se le ha asignado en el Derecho penal común, y estando la función de la pena en la base de toda regulación sobre su determinación e individualización, las normas establecidas en el ordenamiento castrense en relación con esta materia han sido siempre distintas de las comunes.

III.2. Arbitrio judicial frente a legalismo aritmético.

Recordemos —aunque pueda provocar justificado enojo que se invite a “recordar” lo que se tiene perfectamente presente— que en el sistema de deter-

minación de penas acogido por nuestros Códigos Penales desde que el de 1848 fijó las líneas fundamentales, se ha puesto decididamente el acento sobre el momento de la previsión legal y se ha tendido a restringir considerablemente —con independencia de que se haya logrado o no— el margen de dicisión reservado al juez. Bajo la doble inspiración de la desconfianza del primer liberalismo en el arbitrio judicial y la preocupación retribucionista, nuestros Códigos han cuidado siempre de trazar unas fronteras muy precisas a la tarea judicial de individualización de las penas, enmarcándola para cada delito dentro de límites máximos y mínimos perfectamente definidos y relativamente cercanos, y han establecido un conjunto de reglas rigurosas para los casos en que concurren circunstancias atenuantes y agravantes, tipificándolas de forma marcadamente casuística y considerándolas de preceptiva aplicación. Y para que el sistema así concebido funcione adecuadamente se ha dividido a las penas que lo permiten en grados y se ha cuantificado el tiempo que cada uno de ellos abraza. Este legalismo aritmético, fruto de una encomiable preocupación por la seguridad jurídica y también de una obsesión ingenua por preverlo todo desde la Ley, ha provocado, como es sabido, críticas razonables desde la perspectiva de posiciones doctrinales muy diversas. No es éste, lógicamente, el momento ni de extenderse más en la exposición de lo que es sobradamente conocido ni de repetir críticas ajenas. Si me he permitido esta breve recapitulación, ha sido sólo por ofrecer un marco de referencia útil para el examen de la normativa militar sobre la misma materia.

Es un lugar común invariablemente repetido que la determinación de las penas en el ámbito de la jurisdicción militar ha estado tradicionalmente presidida, entre nosotros y en el Derecho comparado, por el más amplio arbitrio judicial. Ello es cierto, pero para ponerse en guardia ante una pretendida correlación “natural” entre Derecho penal militar y ancho arbitrio judicial, conviene puntualizar desde ahora que cuando esta facultad de los Tribunales militares recibe, en el Derecho español, una significativa ampliación, aunque siempre había sido mayor que la otorgada a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, es con la promulgación del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, es decir, con el Código castrense de la dictadura.

En el Código de Justicia Militar de 1945, las penas de privación de libertad, que eran la reclusión y la prisión, se caracterizaban, desde el punto de vista de su duración, —artículo 211— por la enorme distancia que mediaba entre sus límites mínimo y máximo. La reclusión duraba de doce años y un día a treinta años y la prisión, de seis meses y un día —por debajo de este límite las sanciones

no eran penas sino correctivos disciplinarios— a doce años. Y conviene tener en cuenta que gran número de delitos, especialmente si se cometían en tiempo de guerra, estaban castigados con la pena de reclusión en toda su extensión e incluso con la de reclusión a muerte —lo que significaba que el límite mínimo de la pena legalmente conminada era de doce años y un día de privación de libertad y el máximo la pena capital— o con pena que oscilaba, por ejemplo, entre seis años de prisión y veinte de reclusión. Estas penas, por otra parte, no estaban divididas en grados ni se podían, en principio, dividir las señaladas para cada delito en términos cuantitativos. El sistema de degradación de las penas en razón del grado de perfección del delito y de la forma de participación —artículo 236— coincidía con el del Código Penal común. En cambio, las circunstancias atenuantes —artículo 186— y las agravantes —artículo 187— no eran de aplicación preceptiva, comenzando su respectiva enumeración legal, no con el verbo definitorio “son” circunstancias atenuantes o agravantes, que es la fórmula empleada por el Código Penal, sino con la expresión “podrán apreciarse como”. El valor meramente orientativo de las mismas aparecía explícitamente en el artículo 192 en que se decía: “En los delitos comprendidos en este Código —especificación comprensible puesto que la jurisdicción militar conocía también de delitos comunes por razón del lugar en que se cometían y de la persona responsable— los Tribunales militares, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes (...) impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que consideren justa”, detallándose a continuación una serie de factores, subjetivos y objetivos, que los Tribunales habrían de tener en cuenta también, es decir, además y conjuntamente con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, para la imposición de la pena que considerasen justa. Este arbitrio quedaba aún más claro y se ensanchaba desmesuradamente, más allá de todo límite razonable, al disponer el artículo 193 que, en los delitos a que se refería el artículo anterior —los comprendidos en el Código de Justicia Militar— “los Tribunales militares podrán libremente apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes calificadas (...) imponiendo respectivamente la pena inferior o superior a la que tuviese señalada el delito en la extensión que estimen justa”. La pena superior a la señalada al delito se formaba con un período de tiempo igual a la mitad de su límite máximo y la inferior con un período de tiempo igual a la mitad de su límite mínimo —artículo 239— pero lo realmente estremecedor es que cuando se partía de la pena de reclusión en toda su extensión o de veinte años y un día a treinta años de reclusión, la inmediata superior a éstas —según el artículo últimamente citado— era la de treinta años de reclusión a muerte. Lo que significaba que se ponía

en manos de los Tribunales militares la posibilidad de imponer —con el único requisito o condición de que la considerasen justa— la pena de muerte a una persona declarada responsable de un delito conminado en la Ley con pena exclusivamente privativa de libertad.

No suscribo la opinión de quienes han interpretado el mayor arbitrio judicial concedido a los Tribunales militares, con la extensión que ha quedado sumariamente expuesta, como una respuesta correctora, surgida en el momento de la elaboración de los Códigos castrenses de finales del siglo pasado, al sistema dosimétrico establecido en el Código Penal de 1848, que tantas críticas había recibido. No lo creo así, en primer lugar, porque cuando vieron la luz el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, el aritmetismo legal de 1848 ya había sido atenuado por la importante reforma que, en éste como en tantos otros aspectos, supuso el Código de 1870 y, en segundo lugar, porque en el momento de promulgarse el Código de Justicia Militar de 1945, que amplió los límites del arbitrio concedido en los Textos que le precedieron, estaba en vigor el Código Penal de 1944 que, como es sabido, suavizó considerablemente las cortapisas legales tradicionalmente impuestas a la individualización judicial de la pena. Y tampoco me parece que en el origen de la regulación de 1945 sea fácil descubrir una especial preocupación por propiciar la aplicación, desde los Tribunales militares, de criterios de individualización extraídos del principio de prevención especial. Quizás la enumeración de los factores que en el artículo 192 se ofrecía a la consideración de los Tribunales, juntamente con las circunstancias atenuantes y agravantes, para que impusiesen la pena que estimasen justa, sería suficiente para descartar casi en absoluto toda posible preocupación preventivo-especial, pues tales factores eran: “el grado de perversidad del delincuente —con lo que éste no podría ser conceptualizado ni tratado sino como más o menos “perverso”— sus antecedentes, la transcendencia del hecho, el daño producido o podido producir al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares, las clases de pena fijadas y si el delito fue cometido en acto de servicio, fuera de éste o con ocasión del mismo, y tratándose de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves militares, todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la seguridad, condiciones marinerías, aparato motor, gobierno y eficacia de ellos en sus aspectos militar o de navegación”.

Me atrevo a decir, por ello, que el arbitrio judicial establecido en el Código de Justicia Militar de 1945 era, antes que ninguna otra cosa, un residuo —o un rebrote, según se mire— del arbitrio característico del Derecho penal del

absolutismo, época en que los jueces, no vinculados todavía por los principios de legalidad e igualdad, podían imponer penas superiores e incluso distintas de las previstas en la Ley si lo consideraban necesario para conservar el orden establecido intensificando el temor de los súbditos. Se trataba, pues, de un arbitrio preliberal y premoderno, en modo alguno pensado y planeado para superar las deficiencias y disfuncionalidades que una mentalidad moderna podía descubrir en el legalismo aritmético de la normativa común. Así lo entendieron, seguramente, buena parte de los aplicadores del viejo Código, que hicieron constantes y notables esfuerzos por trasladar a la jurisdicción militar, con el saludable afán de incrementar en el ejercicio de la misma los niveles de seguridad jurídica, las líneas de orientación y los principios generales que inspiran la regulación de la determinación e individualización de la pena en el Código Penal común, considerado por aquéllos, sin duda alguna, como técnicamente superior. Aquel sabor arcaico del arbitrio judicial admitido en el anterior ordenamiento penal militar, no dejaba de percibirse, por lo demás, en los argumentos con que la institución era justificada o defendida. Me refiero, naturalmente, a la constante —sólo objetable en tanto que unilateral— referencia al mantenimiento de la disciplina como fin prioritario a que tiende el Derecho penal militar y como valor supremo que a toda costa se ha de tutelar mediante el mismo, a la idea, íntimamente emparentada con la anterior, de que la prevención general —básicamente entendida como prevención de la indisciplina— no sólo debe inspirar, como es lógico, el momento de la amenaza o conminación legal sino el de la individualización judicial y a la insistencia con que se aduce, en favor de este desplazamiento de la prevención general al momento individualizador, la dimensión ejemplarizadora de la pena militar, con lo que la misma conlleva de instrumentalización de la persona del reo y, sobre todo, de postergación de la culpabilidad como fundamento o límite de la pena.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

IV.1. Consideraciones previas.

En una superficial aproximación, se diría que el Código Penal Militar de 1985, que mantiene el sistema tradicional de arbitrio judicial en el ámbito jurisdiccional castrense, sólo aporta la novedad de que la individualización penal —artículo 35, párrafo segundo— deberá ser razonada en la sentencia. Con

ser muy importante esta innovación, un estudio atento de toda la normativa relacionada con la determinación de la pena puede conducirnos a la conclusión de que la nueva regulación es un punto de partida capaz de cambiar profundamente la situación precedente.

Antes de entrar en materia, conviene poner de manifiesto que el artículo 24, en que se relacionan las penas que pueden imponerse por delitos comprendidos en este Código, ha simplificado considerablemente el cuadro de sanciones: las penas principales son muerte, en tiempo de guerra, prisión, pérdida de empleo, inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar, confinamiento y destierro. Ha desaparecido, pues, la antigua distinción entre reclusión y prisión. Sólo existe una pena privativa de libertad a cuya problemática voy a limitar mi atención en el resto de esta ponencia. Junto a ello, es necesario puntualizar que se ha producido un acortamiento de la mencionada pena, lo que ha provocado un llamativo desfase —llamativo por la mayor severidad que cabe esperar de la norma penal militar— entre el Código Penal Militar y el Código Penal, al que se pondrá fin en el momento en que se convierta en Ley el actual Anteproyecto del Código Penal. La pena de prisión, según el artículo 26 del Código Penal Militar tiene una duración de tres meses y un día a veinticinco años. En ningún caso —artículo 40— la pena puede ser inferior a tres meses y un día —si la privación de libertad fuese inferior a ese límite no sería pena sino sanción disciplinaria— lo que comporta la grave deficiencia de que resulte imposible, en la práctica, imponer la pena inferior que corresponda, en los casos, muy numerosos por cierto, en que la pena señalada al delito tiene como límite mínimo precisamente el de tres meses y un día. En tres ocasiones se prevé en el Código una duración excepcional de treinta años para la pena privativa de libertad: cuando se establece —artículo 39— el tiempo máximo de cumplimiento a que puede ser sometido el condenado a varias penas, lo que lógicamente se aplica también a las penas restrictivas de libertad; cuando se fija —artículo 40, párrafo primero— el límite a que se puede llegar mediante la imposición, al autor de un subtipo agravado, de la pena superior a la señalada por la Ley para el tipo básico; y cuando —artículo 40, párrafo segundo— se dice que la pena inferior a la de muerte será de la veinte a treinta años de prisión. Este último precepto, por lo demás, parece superfluo, toda vez que la pena de muerte no está prevista en ningún caso como pena única ni como límite máximo de una pena compuesta, sino como alternativa de otra pena privativa de libertad, y no se alcanza cómo puede ser necesario, en el momento de la determinación judicial de la pena, imponer la inferior a la que nunca es legalmente preceptiva.

El nuevo Código sigue fiel a la pauta, congruente con el propósito de mantener el arbitrio judicial, de no dividir las penas en grados. No tendría, evidentemente, sentido hacerlo con una pena de prisión que puede durar desde tres meses y un día hasta veinticinco años. Pero tampoco están divididas en grados, aunque son de amplitud mucho menor, las penas de confinamiento y destierro. Ni se prevé la división para las penas señaladas, en términos cuantitativos, para cada delito. Esto puede plantear graves problemas de individualización, a causa de los límites excesivamente amplios del campo en que normalmente se puede mover el juzgador. Existen, en efecto, numerosos tipos delictivos para los que la pena legalmente conminada oscila, por ejemplo, entre quince y veinticinco años, cinco y quince años, tres y diez años, o tres meses y un día y cinco años. Esta amplitud es aún mayor, a semejanza de lo que ocurría en el Código de Justicia Militar, cuando se trata de delitos cometidos en tiempo de guerra o en otras circunstancias de excepcional gravedad, en cuyo caso puede encontrarse a veces una previsión legal de diez a veinticinco años de prisión, con el añadido de que, en tiempo de guerra y como pena alternativa, puede imponerse la de muerte. Véase, entre otros, el artículo 109 cuyo primer párrafo dice así:

“El militar que, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos realizare actos demostrativos de cobardía susceptibles a infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra”.

En contraste con lo anterior, la técnica a utilizar para la determinación de la pena inferior o superior a la señalada, en principio, por la Ley, permite una rebaja o incremento, respectivamente, de menor alcance que el que aparece, por ahora, en el artículo 70 del Anteproyecto de Código Penal. Según el artículo 40 del Código Penal Militar:

“La pena superior o inferior en grado se determinará respectivamente partiendo del grado máximo señalado por la Ley para el delito de que se trate, y aumentándole un tercio de su cuantía, sin que pueda exceder de treinta años, o partiendo del grado mínimo y restándole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día”.

No ha dejado de llamar la atención entre los comentaristas, y ha suscitado severas críticas en más de uno, la utilización, en este precepto, de los términos

“grado máximo” y “grado mínimo”, absolutamente ajenos al lenguaje jurídico militar clásico por no haber estado nunca divididas en grados las penas militares. Podemos pensar que se trata de un “lapsus”, pero no creo que tengamos que lamentarlo demasiado. Una aproximación de las categorías del Derecho Penal Militar a las del Derecho Penal Común, aunque sea meramente semántica y acaso no deliberada, debe ser siempre bien recibida. Incluso cuando, como ocurre en este caso, las categorías momentáneamente tomadas del Derecho penal común están en trance de ser sustituidas por otras.

IV.2. Determinación de la pena en razón del grado de perfección del delito y formas de participación.

No existiendo en el Código Penal Militar definición alguna de las fases en que puede fragmentarse el “iter criminis” en la hipótesis de una ejecución imperfecta, ni tampoco reglas que dispongan los efectos penalmente degradantes de las formas imperfectas, el juez militar habrá de estar a lo establecido sobre el particular en los artículos 3, 4, 51 y 52 del Código Penal. Por lo que a las formas de participación se refiere, tampoco encontramos ya en el Código Penal Militar preceptos en que se defina la autoría, las modalidades de participación que a la misma se asimilan y la complicidad y en que se fije la pena degradada que a los cómplices deba corresponder, por lo que también en esta materia serán de aplicación los artículos 14, 16, 49 y 53 del Código Penal. Algo distinto acontece con el encubrimiento al que dedica el artículo 23 del Código Penal Militar una regulación específica, cuando del encubrimiento de un delito militar se trata, en un sentido que podemos calificar como de mayor severidad que la del Código Penal. Esta nota se advierte especialmente en el tratamiento del favorecimiento personal en el que cabe destacar estos tres rasgos: a) esta modalidad de encubrimiento es punible siempre que el delito previo o encubierto, cualquiera que sea su naturaleza, se halle castigado con pena cuyo límite mínimo sea un año de prisión o sus autores sean reincidentes; b) al encubridor que obre con abuso o quebranto de funciones públicas se le impone, además de la pena privativa de libertad, la de suspensión de su cargo o inhabilitación absoluta según la gravedad del delito previo; y c) la excusa absolutoria prevista en el artículo 18 del Código Penal existe, para los delitos militares, en circunstancias normales pero desaparece en tiempo de guerra. Pues bien, de acuerdo con esta pauta de mayor severidad, al encubridor de un delito militar no se le castiga con la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del delito, tal como dispone el artículo 54 del Código Penal, sino con la pena inferior en uno o dos grados.

IV.3. Determinación de la pena en razón de las circunstancias concurrentes e individualización.

De acuerdo con la normativa instaurada por el Código Penal Militar, las circunstancias atenuantes y agravantes deben ser consideradas de preceptiva aplicación a los efectos de la determinación de las penas. No era así, como hemos visto, bajo la vigencia del Código de Justicia Militar, aunque no faltaron entonces meritorios esfuerzos teóricos por demostrar lo contrario y aunque, en la práctica, los jueces militares graduaron, casi sistemáticamente, las penas en función de las circunstancias típicas concurrentes. En este momento, el primer párrafo del artículo 22 del Texto vigente no deja lugar a dudas en relación, al menos, con las atenuantes:

“En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes:

1.º) Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas.

2.º) La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso”.

Los términos taxativos que utiliza el precepto —“serán estimadas como atenuantes”, además de las previstas en el Código Penal, las dos específicas del Código Penal Militar— permiten afirmar, con toda seguridad, que ninguna circunstancia atenuante realmente concurrente puede dejar de ser apreciada por el Tribunal.

La cuestión no es tan clara en el campo de las agravantes. El párrafo segundo del citado artículo 22 se limita a decir:

“La reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en un mismo capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor”.

Tras una primera lectura, en que pusiésemos frente a frente las palabras con que comienzan los párrafos primero y segundo del art. 22 —“serán estimadas

como atenuantes” versus “la reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad en los delitos militares”— podría pensarse que mientras todas las atenuantes, las comunes y las específicas del Derecho militar, deben producir el efecto que les es propio en la responsabilidad por delitos militares, sólo la agravante de reincidencia es de inexcusable apreciación, de suerte que quedaría al arbitrio del juzgador que las demás circunstancias enumeradas en el artículo 10 del Código Penal —a las que el Código castrense no añade ninguna— agravasen o no, en cada caso concreto, la responsabilidad criminal derivada de un delito militar.

Aunque pueda parecer que esta interpretación tiene a su favor la lógica de la simetría que cabe esperar de los dos párrafos de un mismo precepto, no creo que sea la más correcta. No diciéndose nada sobre el particular en el preámbulo del nuevo Código, me parece razonable pensar que nos encontramos ante un mero defecto de técnica legislativa. Defecto que, por otra parte, encuentra remedio en la consideración de que la frase “serán estimadas como atenuantes” sigue a esta otra: “además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal”, es decir, además de las agravantes y atenuantes —todas ellas— previstas en dicho Texto. Personalmente, me atrevo a sugerir la posibilidad de que la mención solitaria de la reincidencia como “circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares” —precisamente una de las agravantes más cuestionadas, sobre la que llueven críticas científicas e incluso sospechas de inconstitucionalidad recientemente descartadas— tiene un significado polémico frente a tales críticas y, acaso especialmente, frente a la desaparición de la reincidencia de la lista de las agravantes que figuraba en el artículo 24 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal, que el Ministerio de Justicia dio a conocer el año 1983. No me parece una hipótesis descabellada que los autores del Código Penal Militar, al establecer las bases para la graduación de la responsabilidad por los delitos militares, y dando por supuesto el preceptivo efecto agravatorio de todas las circunstancias previstas en el artículo 10 del Código Penal, estimasen oportuno subrayar —no entro en la cuestión de si con razón o sin ella— que ese efecto lo tiene *también* la reincidencia en el ámbito militar, ante la eventualidad de una reforma de sentido contrario en la legislación penal común.

La forzosidad de que cualquier circunstancia apreciada, atenuante o agravante, se refleje en la extensión de la pena a imponer no plantea ningún problema cuando el efecto —concretamente, en el caso de las atenuantes— sea la degradación de la pena. Así, el artículo 36, según el cual:

“Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia 2.^a del párrafo primero del artículo veintidós, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la Ley”,

no suscita cuestión alguna. Sólo llaman la atención del intérprete —y me limito a dejar constancia de ello en espera de ocasión que permita una más detenida atención— la inexistencia de la categoría de la atenuante muy calificada, el otorgamiento de la condición de privilegiada a una atenuante específicamente militar —con tal intensidad, por cierto, que la misma puede producir la degradación de la pena incluso cuando concurre con una agravante y el menor efecto atenuatorio que significa la posible imposición de la pena inferior en grado, en comparación con el establecido en la regla 5.^a del artículo 61 del Código Penal, en la que se concede a los Tribunales la facultad de imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados. Del mismo modo, el artículo 37 a cuyo tenor:

“En los casos en que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código Penal prevé al efecto”

se limita a reproducir, en lo sustancial, la norma contenida en el artículo 66 del Código Penal con dos matizaciones y una salvedad que tampoco, lógicamente pueden ser silenciadas. De un lado, se sustituye la rebaja común de la pena en uno o dos grados por la imposición de la pena inferior en grado. De otro, siendo preceptiva en la legislación común, al menos, la rebaja en un grado, ésta pasa a ser facultativa, particularidad esta que, como la anterior, se inscriben en la tradición de mayor severidad característica de la legislación penal militar y también, en cierto modo, en la tradición del mayor arbitrio judicial. Por otra parte, se incorpora la salvedad de que la degradación de la pena, eventualmente operada por la concurrencia de una eximente incompleta, se entiende sin perjuicio de las medidas de seguridad que el artículo 9.1.^o del Código Penal prevé, con el carácter de facultativas, para los casos en que se aprecia una eximente incompleta en relación con los números 1.^o y 3.^o del artículo 8 del mismo Código, salvedad ésta que inexplicablemente no se hizo en el artículo 66 del Texto común con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, por lo que, en este aspecto, el Texto militar mejora técnicamente a su modelo.

No existe, en el Código Penal Militar, ninguna referencia a la entidad del efecto atenuatorio de la circunstancia atenuante de minoridad. Algunos han

interpretado este silencio como una singularidad que transmuta, en el ámbito militar, a la menor edad en atenuante no privilegiada. No participo de este punto de vista. Con independencia de la poca frecuencia con que encontraremos en la práctica delitos militares cometidos por menores de dieciocho años —sólo acaso los que pueden tener como sujeto activo a una persona no perteneciente a los Ejércitos— es lo cierto que no existe razón alguna de peso para no aplicar a los autores de delitos militares las consideraciones de política criminal que aconsejan un tratamiento sancionador diferenciado para los jóvenes. El artículo 65 del Código Penal, en consecuencia, me parece comprendido en la remisión general del artículo 5º del Código Penal Militar.

Cuando realmente comienzan los problemas es cuando se trata de precisar los efectos que han de tener en la fijación de la pena las atenuantes no privilegiadas y las agravantes. El artículo 35 del Código Penal Militar sólo contiene una regla clara para la determinación de las penas —regla que, por otra parte y como veremos más adelante, no tiene relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal— configurándose, por lo demás, como un conjunto de reglas generales para la individualización, que parece mantener, con un importante elemento de reacionalización, el arbitrio tradicional de los jueces militares. Merece la pena leer con detenimiento el texto íntegro de este precepto:

“En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la Ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión.

La individualización penal que se efectúa deberá ser razonada en la sentencia”.

No parece que suscite dudas, leyendo atentamente esta norma, la ineludibilidad de “tener en cuenta” las circunstancias atenuantes y agravantes en el momento de la concreta determinación de la extensión de la pena. La cuestión es el “cómo”. Coincidiendo con la casi totalidad de los comentaristas de este precepto, creo que puede ser descartada la aplicación de las reglas del artículo 61 del Código Penal. Cabe entender que este artículo, con su medida y

cuidadosa previsión de la tarea judicial en la fijación de la pena, entra en contradicción con el propio artículo 35 del Código Penal Militar, claramente inspirado por la preocupación opuesta de asegurar un amplio arbitrio en el desempeño de dicha tarea, contradicción que impide opere en esta materia la remisión general al Código Penal que, como se recordará, realiza el artículo 5º del Texto militar. A lo que hay que añadir que el hecho de no estar divididas en grados las penas militares constituye un obstáculo prácticamente infranqueable a la aplicación de unas reglas que obviamente descansan sobre el presupuesto de penas divididas en tres grados. Es por ello por lo que tanto la jurisprudencia del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar, como la doctrina que se ha elaborado en torno a este problema en el campo del Derecho penal militar, han sostenido que el artículo 61 del Código Penal tiene valor meramente orientativo o indicativo, pero no vinculante, para la determinación de las penas militares.

Debo reconocer que la solución me parece tan correcta técnicamente como insatisfactoria desde el punto de vista de la política criminal. Aún más insatisfactoria si, como es frecuente y en absoluto ilógico, de la anterior premisa se llega a la conclusión de que las atenuantes y agravantes no tienen un valor distinto, a efectos de fijación de la pena, al de los demás factores enumerados en el artículo 35 del Código Penal Militar, reduciéndose su función, en definitiva, a concurrir con aquéllos en el trance individualizador de la pena. Porque esta conclusión es capaz de vaciar de sentido el explícito mandato legal del artículo 22 —“serán estimadas como atenuantes”— así como el mandato implícito que existe también, según hemos tenido ocasión de comprobar, en relación con las agravantes. A lo que hay que añadir el peligro que representa para la seguridad jurídica y para la debida adecuación de la pena a la culpabilidad, habida cuenta del ancho margen de que disponen los Tribunales militares para moverse entre los límites máximo y mínimo de la pena señalada por la Ley a cada delito.

¿Cuál será, pues, la solución? Sin perjuicio de admitir que el artículo 35 ha supuesto una mejora muy importante en el sistema precedente —algún comentarista lo ha calificado, con razón, como uno de los mayores aciertos del nuevo Texto— me permito sostener, con la vista puesta en la ampliación del arbitrio judicial que, en este particular como en otros, se anuncia en el Anteproyecto de Código Penal, que la solución es terminar definitivamente con esta singularidad del Derecho penal militar. La especialidad de éste, derivada de los bienes jurídicos que tutela y de la primordialidad que en él se debe atribuir a la prevención general, justifica un catálogo peculiar de conductas penalmente típicas y, hasta cierto punto, un eventual endurecimiento de la advertencia

legal contra algunas de ellas. Pero no se alcanza la razón, como no sea la pura inercia histórica, por la que dicha especialidad, que ya no puede impedir la plena vigencia en el Derecho penal militar del principio de culpabilidad, como lo demuestra el artículo 2º del Código Penal Militar, haya de seguir justificando un arbitrio judicial distinto del que se reconoce en el ámbito de la jurisdicción ordinaria para garantizar la adecuación de la pena a la culpabilidad y la consecución, en lo posible, de los fines preventivo-especiales de la pena. La aparición de un nuevo Código Penal determinará, con toda probabilidad, la necesidad de reajustar el Código Penal Militar en más de un aspecto, porque no son pocos los artículos del mismo que han sido redactados teniendo como marco de referencia, bien el vigente Código Penal, bien el Proyecto de 1980, bien la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Ésa puede ser la oportunidad para establecer una normativa única, en el ámbito común y en el militar, para regular la materia que es objeto de esta ponencia. Y ello podrá ser llevado a cabo seguramente sin romper del todo con la tradición propia del Derecho Penal Militar, puesto que las reglas previstas en el Capítulo II del Título III del Libro Primero del Anteproyecto de Código Penal publicado el 30 de diciembre de 1991 —que lleva por título “De la aplicación de las penas”— perfilan, sobre la base de penas de extensión razonable, no divididas en grados, un sistema de amplio arbitrio judicial.

El artículo 35 presenta, finalmente, cuatro innovaciones con respecto a su precedente en el Código de Justicia Militar —el artículo 192— que merecen ser objeto de consideración.

A). La relación de los factores que, bien concurriendo con las atenuantes y agravantes, bien operando “a posteriori” sobre la extensión de la pena que la apreciación de aquéllas haya dejado al arbitrio del juzgador, han de ser tenidos en cuenta en la individualización penal, parece estar pensada para que, en ese supremo momento de la realización de la justicia penal, se tenga presente la medida de la culpabilidad —graduación y función militar del culpable, naturaleza de los móviles que le impulsaron, gravedad del hecho— las necesidades de la prevención especial —personalidad del culpable— y consideraciones conectadas con la prevención general —transcendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio, así como el lugar de la perpetración— si bien es perceptible el relegamiento de estas últimas a un segundo plano y la colocación de las primeras en lugar prioritario. Interesa señalar entre los indicados factores de individualización, por su especialidad o por el carácter sintomático de su configuración, “la personalidad del culpable”, que ha sustituido al antiguo

y estigmatizante “grado de perversidad del delincuente”, la “graduación” y la “función militar” del mismo, que remite a la mayor o menor exigibilidad de otra conducta según el grado que se ostenta y la función más o menos relevante que se cumple, “la naturaleza de los móviles” que impulsaron al culpable, íntimamente unida a la tradicional preocupación eticista del Derecho militar, y el lugar de perpetración del hecho, circunstancia tan importante desde el punto de vista militar que sirvió, en el pasado, como criterio para atribuir a la jurisdicción militar la competencia para conocer de toda clase de delitos y faltas que se cometiesen en lugares aforados, y que hoy queda reducida a dato que debe tenerse en cuenta, sin duda por la especial protección de que se rodean determinadas zonas.

B). Así como en el viejo Código de Justicia Militar, la ponderación de las atenuantes y agravantes y demás circunstancias concurrentes había de conducir a los Tribunales militares a la imposición de la pena en la extensión que estimasen “justa”, ahora dicha ponderación debe llevarlos a la pena que estimen “adecuada”. Algún comentarista ha saludado el cambio terminológico como prueba del talante modernizador del legislador de 1985, en tanto la remisión al concepto y sentido de lo justo de los Tribunales implicaba encomendar la fijación de la pena a factores puramente subjetivos e incluso irracionales, en tanto el concepto de pena adecuada supone una cierta objetivización de los criterios a utilizar. La observación es atinada y seguramente en la mente del legislador estuvo el sano propósito de introducir un elemento de modernización y racionalización, aunque no debe dejar de señalarse que, bajo la vigencia de la Constitución de 1978, verdadero proyecto ético-social, el concepto de la justicia y de lo justo no es el que cada uno de los aplicadores del Derecho encuentra en el fondo de su conciencia —con ser ésta siempre respetable— sino el que se deduce de la Norma Fundamental y, especialmente, del Título preliminar y del Título I. Teniendo esto en cuenta, no creo que se haya mejorado significativamente el texto sustituyendo la expresión “justa” por la de “adecuada”.

C). La única regla de determinación de la pena que se contiene en el artículo 35 es la que cierra el primer párrafo: “especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión”. Nos encontramos aquí ante una importante excepción al principio de libre arbitrio judicial, que convierte en irrelevante la atenuante específica del artículo 22.1.º —no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas, si el mismo perteneciese a las clases de tropa o marinería— toda vez que esta circunstancia, únicamente aplicable a militares

no profesionales, no tiene un efecto atenuatorio legalmente determinado y sí lo tiene, en cambio, la condición de no profesional del culpable: la imposición de la pena en menor extensión. El significado de esta última frase —“en menor extensión”— suscita, sin duda alguna, problemas de interpretación, pero acaso tengamos aquí ya una norma vigente que nos obliga a dividir la pena señalada por la Ley en dos mitades iguales, al modo que prevé el artículo 63 del Anteproyecto de Código Penal, y a llevar a cabo la individualización, si concurre la circunstancia de referencia, sólo dentro de la mitad inferior.

D). Finalmente se establece en el artículo que comentamos el deber del Tribunal de razonar en la sentencia la individualización penal que efectúa. En este párrafo final sí que se establece un importante contrapeso al arbitrio de los jueces militares en la determinación de la pena y un elemento riguroso de racionalización capaz de reducir el riesgo de la arbitrariedad. En primer lugar porque el Tribunal tendrá que exponer las razones en cuya virtud impone la pena en una determinada extensión y no en otra. Bien entendido que no se entenderá que “razona” si se limita a decir que ha tenido en cuenta las circunstancias y factores enumerados en el artículo 35, convirtiendo la prudente previsión del mismo en una cláusula de estilo. Y en segundo lugar, porque la obligada exposición de las razones de la individualización penal convierte a ésta, en todo caso, en juicio de valor revisable por el Tribunal superior, es decir, revisable en casación, porque no es concebible que la aplicación de los factores y circunstancias —todos ellos elementos normativos— a tener en cuenta en la fijación de la extensión de la pena, pueda estar libre, en ningún caso, de un posible reproche por infracción de Ley. En el Derecho Penal Militar, por consiguiente, el amplio arbitrio de que goza el Tribunal de instancia a la hora de individualizar la pena no está acompañado de la discrecionalidad que se sus trae al control casacional.

Una última observación en relación con la posibilidad de revisar, mediante el recurso de casación, la operación individualizadora de la pena. Conviene caer en la cuenta de que la mera existencia del recurso de casación es capaz de trastocar, desde sus raíces más profundas, el sistema de individualización penal tradicionalmente vigente en el Derecho Penal Militar. Si el recurso de casación estuvo siempre ausente en los mecanismos procesales de aplicación de este Derecho, ello no fue, como es obvio, casual sino lógica consecuencia de la disparidad existente entre la filosofía política de la que nació la casación y la política criminal concomitante con la finalidad primordial que tradicionalmente ha sido asignada a la pena militar. La casación surge a impulso de la preocupación

liberal por asegurar el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, para lo que se considera necesario, en los albores de la revolución, limitar al máximo el arbitrio de los jueces y establecer un instrumento de control que garantice, al mismo tiempo, la interpretación uniforme de la norma general y el derecho de los ciudadanos a ser iguales ante la Ley. En el Derecho Penal Militar, por su parte, se pretende realizar la función ejemplarizadora de la pena ampliando el arbitrio de los jueces para que éstos puedan fijar, con el mayor desembarazo, la extensión de la pena que en cada caso aconseje el mantenimiento del valor esencial de la disciplina. La casación penal aparece por primera vez, en el ordenamiento jurídico-militar español, por obra de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que introduce en el Código de Justicia Militar las reformas puntuales que en ese momento parecen especialmente inaplazables. Pero cabe poner en duda que el propósito del legislador, en aquella coyuntura, no fuese sino arbitrar, con carácter de urgencia, una vía para que, en el proceso militar, no continuase flagrantemente desconocido el derecho que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, reconoce a toda persona declarada culpable de un delito, a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. Así autorizaría a pensarlo, no sólo que el órgano a que se atribuyó el conocimiento del nuevo recurso de casación —el Consejo Supremo de Justicia Militar— nunca estuvo definido como Tribunal de Casación, sino el hecho manifiesto de que parte de la normativa penal sustantiva que siguió vigente —concretamente la reguladora de la determinación e individualización de la pena— no ofrecía apenas un marco legal adecuado para llevar a efecto el control casacional de lo que, sobre el particular, resolviesen los tribunales inferiores. La situación pasa a ser absolutamente distinta cuando, sustituido el “Tratado de Leyes Penales” del Código de Justicia Militar por el Código Penal Militar —y muy especialmente, vigente ya su artículo 35— se crea un verdadero órgano de casación, la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, en la cúspide de la jurisdicción militar. A partir de ese instante, puede decirse que la operación individualizadora de los jueces militares, aun realizándose dentro de unos límites extremadamente amplios, está sometida a un control de legalidad, para el que se cuenta con elementos normativos claramente definidos, atribuido a un Tribunal de casación.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, ENRIQUE: *La individualización de la pena en la reforma penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.
- CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO: *Aplicación de las penas (Artículos 35 a 41)*. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas, 1988.
- CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO: *Arbitrio judicial y circunstancias del delito*. Revista Española de Derecho Militar, número 40.
- CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO: *Comentario de urgencia al Código Penal Militar*. Revista General de Derecho. Número 487. 1985.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*. Universidad de Valencia, 1990.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *La prevención general en la determinación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.
- JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: *Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar*. Revista Española de Derecho Militar. Número 53. 1989.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *La aplicación y sustitución de la pena*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal. Parte General*. P.P.U., 1990.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Determinación de la pena y política criminal*. Cuadernos de Política Criminal, número 4. 1978.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS: *El Código Penal Militar*. Revista General de Derecho, número 40. Abril, 1986.
- ROXIN, CLAUS: *Prevención y determinación de la pena*. Traducción de Muñoz Conde. Cuadernos de Política Criminal. Número 17. 1979.
- ZIPF, HEINZ: *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. Traducción de Santiago Mir Puig. Cuadernos de Política Criminal. Número 17. 1982.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MANUEL: *La prevención general en la individualización judicial de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1981.

POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL. DELITOS ECONÓMICOS

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
ABOGADO

SUMARIO

- I. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO VIGENTE.**
 - 1. Ámbito y alcance de los delitos económicos en la actualidad.
 - 2. Lagunas y reformas necesarias en el Derecho penal económico vigente.
- II. POLÍTICA CRIMINAL DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA EN EL ANTEPROYECTO DE 1992.**
 - 1. Ambigüedad en cuanto a la agravación o atenuación del tratamiento de la delincuencia económica.
- III. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS DELITOS ECONÓMICOS.**
 - 1. La sorprendente laguna de los delitos contra la Hacienda Pública.
 - 2. Modificación desordenante de algunos supuestos.
 - 3. El extraordinario olvido de la excusa absolutoria aún no modificada.
 - 4. Introducción de preceptos innecesarios y por ello perturbadores.
 - 5. Los aciertos del Anteproyecto de 1992.

I. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO VIGENTE

1) Ámbito y alcance de los delitos económicos en la actualidad.

Es una equivocación sostener, como se ha hecho en alguna ocasión, que la Legislación penal española encargada de la persecución de los delitos económicos se encuentre falta de modernización. En este punto, algunas opiniones emitidas se han dejado llevar por los tópicos del atraso secular de nuestra cultura, incluyendo por tanto también la jurídica, sin tomar conciencia de la vertiginosa velocidad con que nuestro país se está modernizando cultural, económica y socialmente a lo largo del siglo XX.

Dejarse llevar por este tópico en el ámbito de la regulación penal de los delitos económicos, constituye el mismo error que el de algunos críticos irreflexivos cuando argumentan en contra de algunas leyes, por ejemplo la de Enjuiciamiento Criminal, invocando su “extraordinaria” antigüedad. ¡Cuántas instituciones de nuestro Derecho civil tendríamos que repudiar por ser más de dos veces milenaria!

Un análisis sosegado y minucioso de nuestro Derecho penal económico tiene que llegar necesariamente a la conclusión de que, salvo algunas excepciones, la puesta al día es más que encomiable.

En las últimas décadas nuestros gobernantes se han propuesto combatir la indisciplina económica propia de un país en vías de desarrollo y lo han hecho obteniendo cotidianamente resultados dignos de resaltar. Si ponemos como ejemplo los delitos contra la Hacienda Pública y la lucha contra el fraude fiscal que nuestros gobernantes han mantenido, cualquier observador medianamente despierto podrá comprobar el acelerado aumento de la disciplina fiscal del contribuyente español con una disminución más que notable de la bolsa de fraude detectada desde antiguo.

Los factores que han contribuido a ello son, sin duda, diversos y complejos, pero entre ellos tiene que contar necesariamente la existencia de una moderna legislación penal-económica en materia de delitos contra la Hacienda Pública, delitos de contrabando, delitos monetarios, delitos relativos a la competencia, a los precios y al mercado.

Los delitos patrimoniales y económicos han sufrido importantes modificaciones desde la Constitución a nuestros días, bien a través de la Reforma global

del Código Penal en 1983, bien por vía de la modificación de leyes especiales (delito fiscal, delitos monetarios y de contrabando, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, cheque y letra de cambio, etc.). De ahí que globalmente considerado, y con independencia de los problemas puntuales que cada figura delictiva plantea, se pueda sostener que el tratamiento de la delincuencia patrimonial y económica se ha modernizado considerablemente en los últimos años.

Existe, sin embargo, la generalizada opinión de que nuestro país no consigue nunca colocarse a la altura de los tiempos en materia de disciplina económica. Hacer responsable de ello a estamentos, organismos o instituciones concretas (Jueces, Parlamento, Gobierno, Clase empresarial, etc.) constituye una arbitrariedad. A mi juicio, la indisciplina económica pertenece a la caracterología del país, colectivamente responsable de la situación. No incurriría en error quien sostuviera que en los países más avanzados (por ejemplo, Suiza o Estados Unidos) toda persona que se insolventa incumpliendo, por tanto sus obligaciones con los acreedores (trabajadores, socios, proveedores, Hacienda Pública, Seguridad Social, etc.) da con sus huesos en la cárcel si tal insolvencia va acompañada de cualquier irregularidad impropia de un “buen comerciante” o “buen padre de familia”. Tampoco se equivocaría quien afirmase que lograr una situación como la indicada es un deseo colectivo en nuestro país. Pero, también es cierto, que el carácter generalizado de la indisciplina económica (y con la expresión “generalizado” quiero decir que constituye una simplificación inexacta reducirlo a un problema de clase social) impide un drástico endurecimiento de la Ley Penal o su rigurosa aplicación de inmediato.

El camino emprendido hacia la instauración de un orden económico satisfactorio en nuestra sociedad exige, de un lado, un cambio de mentalidad que permita una interpretación progresiva de las normas jurídicas, al compás de un ejercicio más disciplinado de las relaciones económicas por parte de todos. Al lado de ello, son precisas algunas reformas legislativas con carácter urgente para colmar la laguna que significa la ausencia de delitos de carácter societario en nuestro Derecho o, en general, delitos relativos a la administración desleal del patrimonio ajeno.

A nadie le cabe la menor duda que una de las razones de la existencia de fraude fiscal en nuestra sociedad, se encuentra en la desconfianza que el contribuyente tiene respecto del correcto uso de la riqueza pública por parte de los gobernantes. En este sentido, y por tanto, las constantes noticias sobre corrupción política son un factor de freno en la evolución de la disciplina del contribuyente.

A mi juicio, creo que la sociedad española nunca podrá agradecer suficientemente a la Administración de Justicia la labor que, en la tarea de modernización de nuestro país en materia económica, está realizando.

La opinión pública en los últimos años no ha sido muy benevolente con nuestros Jueces, lo que constituye a mi juicio un lamentable error. La Justicia española es, a mi entender, una de las instituciones públicas más saneadas y a quien más debe el sistema democrático en el momento actual. El nivel de corrupción es, sin duda, prácticamente inapreciable, sin que sea previsible una aparición de venalidad en la Justicia aunque sólo sea por el hecho de ser la institución pública en la que con mayor intensidad se produce la autocritica y el autocontrol. Incluso, el reproche tantas veces repetido de la lentitud de la Justicia, constituye otro de los tópicos que necesita una revisión porque, aun reconociendo que es mucho lo que se puede y se debe hacer en orden a aumentar la rapidez de la Justicia, un estudio comparativo de la duración de nuestros procedimientos con los de los países de nuestro entorno, no es tan negativo para la Justicia española como algunos pudieran pensar.

Pues bien, en esta tensión dialéctica entre políticos corruptos y contribuyentes defraudadores, sólo cabe esperar que los Jueces disciplinen a unos y a otros porque la dialéctica de desconfianza mutua incapacita a ambas partes, gobernantes y gobernados, a otorgarse el necesario margen de confianza.

2) Lagunas y reformas necesarias en el Derecho penal económico vigente.

Con independencia de que toda regulación de Derecho colectivo es susceptible de mejora, queremos resaltar aquí simplemente los casos más groseros que exigen reforma más urgente.

La experiencia que la inspección tributaria y los Tribunales de Justicia están adquiriendo en orden a la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública, requiere una importante modificación de estas figuras delictivas cuya complejidad podría explicar que el Anteproyecto de 1992 se haya negado a afrontar extrayendo de su contenido el delito fiscal.

Es larga y compleja la problemática que en la práctica se está produciendo con la persecución de los delitos fiscales pero la experiencia del llamado “fraude de las facturas falsas del I.V.A.”, será, sin duda, la base de la futura reforma de dichas figuras delictivas.

La regulación penal de los delitos de contrabando y de los delitos monetarios, no reviste problemática alguna, si bien, son las leyes económicas, que

colman el blanco de estas leyes penales, las que deben ir modificándose y adaptándose a la nueva situación de nuestra economía en el contexto de la Comunidad Europea e Internacional.

Pero, con todo, hay dos graves lagunas en nuestro Derecho penal económico, que deben de ser denunciadas de nuevo. La primera, relativa a los delitos societarios, y la otra consistente en el delito de abuso de confianza, comportamientos ambos que pueden resumirse en la administración desleal del patrimonio ajeno. La pretensión de que estos hechos irregulares puedan ser tratados con las figuras tradicionales de estafa o apropiación indebida, ha de considerarse fallida como reconoce el Tribunal Supremo que, por ejemplo, en sentencia de 3 de marzo de 1981 tiene que calificar como de índole puramente privada las anomalías e irregularidades del gestor de la entidad mercantil en su actividad, con grave perjuicio de los intereses sociales. (En sentido parecido: sentencias de 23 de junio de 1973 y 17 de marzo de 1981).

Quizás la figura delictiva del despojo o desposesión que existía en nuestro Derecho histórico, juega aquí un papel importante ya que no sólo habría que referirse a los supuestos académicos del violinista al que se le priva del instrumento minutos antes de empezar el concierto con intención de devolverlo, o al fotógrafo al que se le esconde su cámara fotográfica en el momento en que se va a producir el acontecimiento periodístico, sino a administradores financieros, por ejemplo, que se niegan a reintegrar la cartera de valores propiedad de otra persona, lo que produce un notabilísimo perjuicio sin que constituya estafa ni apropiación indebida.

II. POLÍTICA CRIMINAL DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA EN EL ANTEPROYECTO DE 1992

1) Ambigüedad en cuanto a la agravación o atenuación del tratamiento de la delincuencia económica.

Es imposible hacer un juicio global sobre si el Anteproyecto de 1992 presenta una agravación o una atenuación en el tratamiento de los delitos económicos respecto de la situación actual. Podría, sin duda, hacerse una comparación respecto de algún supuesto concreto, pero que en absoluto sería indicativo del juicio global que merece la reforma.

La razón estriba en que no se puede hacer una comparación absoluta de la duración de las penas previstas, dado que las Instituciones penitenciarias son radicalmente distintas.

En la Parte General del Anteproyecto encontramos instituciones de un importante sentido benevolente, que necesariamente han de influir en el tratamiento de los delitos económicos.

Se intentó eliminar la agravante de reincidencia, último paso de la evolución de esta tradicional circunstancia, corregido tras el borrador e incluida en el art. 65 como regla de aplicación de penas. Se amplían notablemente las formas sustitutivas de la ejecución de las penas. La suspensión de la ejecución de la pena o remisión condicional o condena condicional se aplica a penas privativas de libertad de hasta dos años de duración y se amplía también a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia en caso de impago de multa (art. 80).

Por otro lado, se permite a los Jueces o Tribunales sustituir, motivadamente, las penas privativas de libertad inferiores a dos años, por la multa, aunque no estuviera prevista esta pena en la propia Ley (art. 87).

Por último, en esta breve enumeración es preciso significar la sustitución de las penas cortas privativas de libertad por el arresto de fin de semana cuyo carácter intimidante y de protección general es, a mi juicio, bastante menor.

Sin embargo, por otro lado, se endurecen ciertos tratamientos como se deduce de la desaparición de la redención de penas por el trabajo y, a mi juicio, se aumentan los plazos para la prescripción de los delitos y de las penas (art. 137).

En este contexto, sólo la aparición de nuevas figuras delictivas entre los delitos socio-económicos permite concluir en la existencia de una agravación en la persecución de estos hechos delictivos.

Téngase en cuenta que la irreflexiva disminución de las penas en los tradicionales delitos patrimoniales efectuada en la Reforma de 1983, significó, en consecuencia, también un tratamiento atenuatorio en los delitos económicos que fue repetidas veces denunciado incluso por la opinión pública. Casos como el del llamado “Dioni” llegaron, incluso, a provocar la petición de un endurecimiento de las penas de los delitos patrimoniales por parte de la Fiscalía Superior de Justicia de Madrid.

Hay que reconocer que el sarampión del tratamiento benevolente de los delitos contra el patrimonio y en consecuencia, también de los delitos econó-

micos, no ha pasado todavía por nuestro Legislador que sigue creyendo que la delincuencia tradicional patrimonial históricamente ha sido severamente castigada en defensa de los intereses de la clase dominante. El último resultado de esta carrera benevolente, aparece en la regulación del robo con violencia o intimidación en las personas en la que se eliminan los delitos complejos de robo con homicidio, lesiones y violación aplicando las reglas concursales, mientras tanto en nuestros países vecinos, todavía recientemente se aplicaba la pena de muerte al robo cometido en cuadrilla y con armas aun cuando no hubiera habido ni lesiones ni éxito en la operación patrimonial, sustituyéndose hoy la pena de muerte por la cadena perpetua.

Tenemos que reconocer que pertenece a nuestra caracteriología la incapacidad para la represión y la paciencia como colectivo frente a las agresiones originadas en el propio seno de la comunidad. Sólo así se explica la paciencia franciscana frente a un terrorismo kafkiano y absurdo, apoyado por sectores sociales con actitudes que sólo se explican desde la psiquiatría colectiva, sin que se reclame seriamente el endurecimiento de las penas, la aparición de la pena de muerte o de la cadena perpetua en un contexto en el que España es el único país en que no existen estas dos severas sanciones.

En cualquier caso, un examen del número de reclusos por habitante en España demuestra que somos uno de los países de nuestro entorno cultural con menor represión penitenciaria.

Por último, la solución que hemos dado a los problemas relacionados con los derechos fundamentales son indicativos de nuestra incapacidad para el castigo. Así, por ejemplo, mientras los huelguistas de hambre pertenecientes al grupo terrorista I.R.A. en Inglaterra llegaron a la muerte por haber sido “respetada” su voluntad por la administración penitenciaria del Reino Unido, en España, siempre para salvar la vida del recluso, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y la Administración Penitenciaria alimentaron a los presos del GRAPO contra su voluntad.

Y no es el momento adecuado para examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en orden a la colisión entre el Derecho a la intimidad y los intereses colectivos o las limitaciones de la acusación y de la instrucción en el procedimiento penal por respeto a los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución, pero si se repasaran adecuadamente, todos comprenderíamos que España es uno de los países más respetuosos con los derechos humanos, al menos, desde el punto de vista institucional.

III. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS DELITOS ECONÓMICOS

1) La sorprendente laguna de los delitos contra la Hacienda Pública.

El Anteproyecto de 1992 intencionadamente olvida los delitos contra la Hacienda Pública de un lado y del otro la regulación de la indicación económico social para el aborto reclamada desde todas las instancias de nuestra sociedad incluido el propio Gobierno.

Una ausencia tan importante como ésta es altamente indicativa de la escasa vocación que el Anteproyecto de 1992 tiene de convertirse en Derecho vigente. Indudablemente, tendrá su razonable explicación en una actitud como la señalada, pero convierte el Anteproyecto en no algo más que un puñado de buenas intenciones.

Uno no acierta a comprender cómo es posible que el Gobierno en alguna ocasión manifestara que por cada condena de aborto se concedería un indulto personal. Si repugnante resulta ese cinismo que hace pesar sobre la Administración de Justicia una tarea que correspondería al Legislador, cual es la de ampliar el sistema de indicaciones en el aborto, provocando una desviación de la crítica del público profano hacia los Jueces en lugar de hacia el partido gobernante, más reprobable resulta aún la situación conociendo la ausencia en el Anteproyecto de una regulación del delito de aborto en el sentido indicado.

En lo que respecta a la ausencia del delito fiscal, ciertamente puede explicarse por la decisión de regularlo en una Ley especial como sería la Ley General Tributaria. Nada hay que objetar a una decisión técnica de esta índole, pero, de ningún modo resulta explicable que, dada la velocidad de los acontecimientos en orden a la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública (recuérdese el caso ingente y extraordinario de las facturas falsas del I.V.A.), el Ministerio de Justicia, en la elaboración de este Anteproyecto, no se haya pronunciado, en coherencia con otros Ministerios y otros sectores de la Administración pública, sobre tales delitos.

2) Modificación desordenante de algunos supuestos.

El Título XII que aparece bajo la rúbrica de “Delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico”, es el que mayor número de capítulos tiene de todo el anteproyecto. Sus 16 capítulos abarcan desde el art. 233 al art. 302 llenos de una gran densidad.

En consecuencia, no es de extrañar que tenga un contenido heterogéneo. A mi juicio, si no se quieren destacar los delitos económicos del resto de los delitos contra el patrimonio, entonces no tiene sentido que en la rúbrica se haga referencia a dichas figuras contra el orden socio-económico porque, en definitiva, los delitos económicos son también delitos de carácter patrimonial. Si tiene algún sentido hacer referencia a los delitos económicos y al Derecho penal económico es porque en dichas figuras delictivas aparecen Instituciones comunes (el orden económico como bien jurídico protegido) o problemas que afectan a todas y a cada una de las figuras delictivas (actuación en nombre de otro, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, el sentido de las penas, de las medidas de seguridad, el límite del Derecho administrativo sancionador, el error vencible de prohibición, etc.).

Es incorrecto, pues, aunque quizás su importancia no sea grande, agrupar bajo un mismo título los delitos patrimoniales y los que afectan a un pretendido orden socio-económico.

Por otra parte, entiendo que la expresión “orden socio-económico” no es la más correcta por las dificultades de limitación conceptual que tiene esta expresión. Hubiera sido preferible hablar de “orden económico” cuya definición ya aparece en los Manuales al uso, y no agregar la cualificación “social” que no deja de ser una ambigüedad.

El mismo defecto se encuentra en la rúbrica del Capítulo XII referida a “Los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores”.

Entiendo que en este capítulo se quieren agrupar entidades heterogéneas que, aunque vinculadas entre sí, no permiten esta agrupación. Esta falta de acierto en la delimitación conceptual de los grandes apartados del Título, se evidencia también en la división de tratamiento de los delitos relativos a la alteración de precios que se encuentran dentro de Capítulo XII en el art. 283 como delito contra el mercado y luego en un capítulo aislado e independiente el VIII, art. 265, como delito de alteración de precios en subastas públicas. Entiendo que no existe ninguna razón sustancial para separar estos dos comportamientos de alteración de precios sobre todo cuando en la separación no se ha utilizado un criterio único, pues mientras en el art. 283 parece agruparse en función del bien jurídico o del objeto de protección, el mercado, el art. 265 parece utilizar como criterio el lugar, la subasta pública.

3) El extraordinario olvido de la excusa absolutoria aún no modificada.

No tiene sentido que la excusa absolutoria de parentesco en determinados delitos contra el patrimonio se conserve todavía en el art. 275 del Anteproyecto.

La excusa absolutoria tiene su explicación en las razones de precisión, utilidad y eficacia de la pena que desaparecen, dadas las condiciones en que se desarrolla la relación autor-víctima. Los efectos de intimidación y prevención de la pena se consideran innecesarios en delitos en los que la alarma social es insignificante por desarrollarse dentro del grupo familiar, en donde existen mecanismos éticos suficientes para que el cabeza de familia restituya al orden y corrija el daño.

Sin embargo, todo es criticable en la excusa absolutoria en función de los límites dentro de los cuales se opera. No tiene sentido la selección de infracciones delictivas incluidas y excluidas, pese a que el criterio general de la concurrencia o no de violencia personal pudiera parecer la más adecuada. Así, por ejemplo, no se explica por qué el delito de daños se incluye y no el de incendios, por más que se invoque el riesgo para terceros de esta última figura delictiva; o que las defraudaciones en general queden amparadas por la excusa mientras no lo están los préstamos o negocios abusivos, cuya gravedad en absoluto es superior a algunas de las defraudaciones; o, por último, que se excluyan de la sanción algunas formas de usurpación de inmuebles o la ocupación no violenta de viviendas que no constituyen morada, mientras se excusan conductas de una gravedad mucho mayor.

En cualquier caso, resulta sumamente criticable que se exoneren de responsabilidad criminal los delitos enumerados en el precepto sin distinguir la cuantía del perjuicio.

El alcance y extensión de la excusa absolutoria tal y como se encuentra en el Anteproyecto, que coincide sustancialmente con el Derecho vigente, merece severas críticas. No se explica la sanción de responsabilidad criminal entre parientes tan alejados como los que describe el precepto, con independencia del valor del perjuicio producido, porque ninguna razón explica, por ejemplo, que quede exento de responsabilidad criminal quien por engaño arruina y deja en la miseria a su anciana suegra o a su cuñado. En realidad, y atendiendo a las enseñanzas del Derecho comparado, la excusa absolutoria debería de quedar reducida a simples sustracciones cometidas sobre cosas de escaso valor entre personas que vivan formando una misma unidad familiar.

La experiencia jurisprudencial ha puesto de relieve las enormes dificultades que existen para perseguir auténticos actos de vandalismo entre parientes en virtud del obstáculo que supone la excusa absolutoria y la difícil interpretación de la prohibición de ejercicio de acciones entre sí que establece el art. 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4) Introducción de preceptos innecesarios y por ello perturbadores.

Se produce en el Título XII del Anteproyecto de 1992 una evidente descompensación en la regulación de determinadas figuras delictivas. Así, por ejemplo, no se explica la extraordinaria prolijidad que en el Capítulo VII se concede a las insolvencias punibles frente a otras figuras delictivas.

Esa minuciosidad, que procede de un análisis profundo de la figura delictiva, produce en ocasiones efectos perturbadores. Así, por ejemplo, en el apartado 2 del art. 261 se destaca que el delito de insolvencia es independiente de quién sea el acreedor, un particular o el Estado, Organismo Público, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio. Sin duda, el autor del Proyecto está pensando en la tesis jurisprudencial mantenida hasta hoy, según la cual los delitos tradicionales de carácter patrimonial (estafa, apropiación indebida, falsedad, etc.) no son aplicables cuando se trata de proteger el patrimonio de las Instituciones Públicas porque, se argumenta, para dicha protección existen figuras delictivas especiales tales como la malversación de caudales públicos o los delitos contra la Hacienda Pública.

En cualquier caso, este criterio jurisprudencial tiene un contenido muy dudoso y ha sido en parte criticado y en cualquier caso puesto en entredicho por la propia Jurisprudencia. De ahí que en el Anteproyecto de 1992 se quiera poner de relieve que el delito de insolvencia es perseguible o aplicable sea cual sea el acreedor. Sin embargo, prueba de la descompensación y de la distinta atención que el autor del Anteproyecto ha hecho según cual fuera la materia que tratase, lo depara el hecho de que esta reflexión sobre la indiferencia de la índole del acreedor, sólo se hace en el delito de insolvencia punible y no en la estafa, la protección indebida y en las demás figuras delictivas en donde resulte necesario.

Precisamente con esta referencia exclusiva pudiera entenderse a sensu contrario, que en el resto de los delitos la índole del acreedor sí tiene relevancia, de modo que sigue rigiendo el principio jurisprudencial de que no son aplicables cuando se trata de defender el patrimonio de las Instituciones públicas.

No creo que sea éste el sentido que le quiera dar a la cuestión el Anteproyecto de 1992.

Por otro lado, el art. 263 al citar el sujeto activo del delito que describe, el deudor, y al tomar conciencia el autor del Anteproyecto que implica unas cualidades concretas, recuerda que también debe de considerarse como sujeto activo la persona que actúe en su nombre. Reflexión absolutamente innecesaria cuando en el art. 28 se regula con carácter general la actuación en nombre de otro, corrigiendo el grave defecto del Derecho vigente que sólo se refiere a la actuación en nombre de personas jurídicas y no de personas físicas.

La regulación general del art. 28 es suficientemente amplia como para abarcar el caso previsto en el art. 263 por lo que la referencia a la actuación en nombre del deudor en este precepto es innecesaria, perturbadora y exponente del distinto tratamiento o que el autor del Anteproyecto ha dado a las figuras delictivas según preferencias o caprichos.

También parece un precepto innecesario el art. 266 que recoge el delito consistente en determinar a otro a aceptar prestada cantidad superior a la realmente recibida, que, a mi juicio, no es más que un supuesto de estafa cuya necesidad en este caso no acaba de entenderse.

Por último, aunque no se trate de la introducción de un precepto innecesario, sí debe destacarse que la desaparición de los delitos complejos de robo con homicidio, con lesiones o con violación, y su sometimiento a las reglas generales del concurso, es una resolución político criminal equivocada.

5) Los aciertos del Anteproyecto de 1992.

Son muchos los aciertos de este Anteproyecto, que, sin embargo, precisamente por su tono profesoral e intelectual no parece tener vocación de Derecho vigente, no sólo por las importantes novedades que implican la atención a las nuevas realidades sino también por la mejora en la regulación de instituciones tradicionales.

A. Es de alabar la desaparición del encubrimiento de las formas generales de autoría y participación para su regulación específica en los tipos delictivos que corresponda. Así, por ejemplo, se modifica la regulación de la receptación en los arts. 299 y ss.

En cualquier caso, ha de rechazarse la expresión “blanqueo de dinero” en el Capítulo XVI en cuanto que es más propia de la jerga periodística que

de un Código penal. La expresión “blanqueo de dinero” que evidentemente no es una expresión técnica, supone que hay un dinero blanco y un dinero negro, lo que no debe suponer nunca el penalista ni el legislador. Haciendo un símil geográfico diríamos que dinero negro equivale a las aguas subterráneas que no son conocidas ni pueden ser utilizadas por el hombre mientras que, por el contrario, el dinero blanco sería equivalente a las aguas superficiales que puedan ser utilizadas por el hombre para el provecho colectivo.

La operación del blanqueo de dinero negro equivaldría a aquella operación por la que el agua subterránea desconocida y sin control, pasa a discurrir por la superficie para control y uso.

Pues bien, para el propietario del dinero las ventajas del llamado dinero negro residen exclusivamente en la liberación de la carga que supone contribuir al gasto público a través de los diferentes impuestos. Sin embargo, las desventajas son innumerables, en cuanto que en la mayor parte de las ocasiones el dinero negro tampoco puede ser correctamente controlado por su propietario, ya que tiene que estar invertido en operaciones anónimas, no identificables para el fisco, y, en consecuencia, tampoco para las partes, o en operaciones financieras ubicadas en el exterior del propio país, y, en todo caso sin la posesión de los instrumentos precisos para someter a los intervinientes a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos y, también en consecuencia, imposibilidad de exigir cumplimientos o de oponer facultades a través de los Tribunales de Justicia.

En estas circunstancias el dinero negro no puede ser utilizado en la actividad ordinaria de un número amplio de negocios para crear un patrimonio o una riqueza amparada por el Ordenamiento Jurídico, los Registros de la Propiedad y Mercantil y custodiada por los Tribunales de Justicia, debiendo discurrir el dinero negro por el fango de la marginación, siendo pasto en muchas ocasiones de estafadores y ladrones.

En resumen, el dinero negro tiene que ser necesariamente blanqueado en algún momento de la vida de su titular para poder disfrutar él, su familia y sus herederos de la riqueza creada. En dicho momento, el titular tiene dos opciones: la una, confesar el origen de dicha riqueza y, al menos, responder por delito fiscal o por cualquier otro delito que hubiera en el origen de la adquisición de ese dinero o proceder a lo que denominamos “blanqueo de dinero”. En este sentido, por blanqueo de dinero entendemos una estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas,

lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita aquí, y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza.

En este sentido, el blanqueo de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos los puntos de vista, ya que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica del país: inspección tributaria, inspección de trabajo, etc.

De este modo, una política criminal en relación con la persecución de los delitos económicos, o, como está hoy de moda, la persecución de los delitos de tráfico de drogas, que trate de obstaculizar al máximo el blanqueo de dinero, constituiría una política contradictoria.

En efecto, las Autoridades económicas de nuestro país han entendido perfectamente el valor económico que tiene la corriente subterránea del dinero negro existente y la posibilidad de darle utilidad hábilmente manejado. Así, la Hacienda pública ha financiado estos últimos años el déficit público mediante la oferta de opacidad fiscal para los pagarés del Tesoro como refugio del dinero negro, lo que constituye una de las muchas contradicciones que en el mundo económico se vive, ya que se enfrenta de un modo directo con la política de persecución del fraude fiscal.

Para coordinar ambas políticas se proyecta el ofrecimiento de un plazo para el blanqueo de este dinero invertido en pagarés del Tesoro, otorgando una auténtica amnistía fiscal para sus titulares. Por lo tanto, una obstaculización absoluta para el blanqueo del dinero negro implicaría una contradicción con esta otra política de carácter fiscal de la Hacienda Pública.

Y es que el blanqueo de dinero no hay que obstaculizarlo ni impedirlo, lo que hay que hacer es conducirlo. Es decir, se trata de una actividad que en sí misma carece de valoración negativa, que ciertamente tiene un enorme valor probatorio de la existencia de otros delitos previamente cometidos, pero que, sin embargo, implica una especie de arrepentimiento que si no va nunca acompañado de la contricción de corazón, sí significa una retractación o un replanteamiento de la actividad económica del sujeto para poder disfrutar de la riqueza conseguida.

El blanqueo de dinero es, por lo tanto, una actividad absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, salvo lo que tiene de valor indiciario de la comisión de un hecho delictivo.

La pretensión de que el encubrimiento o la receptación son una explícita criminalización del blanqueo de dinero, pone de relieve el problema semántico y de concepto que existe en relación con esta expresión común.

En realidad, el encubrimiento y la receptación son dos formas de participación en un hecho delictivo anterior que se castiga por lo que tiene atentado contra la propia Administración de justicia y por la gravedad que supone completar o agravar la lesión del delito encubierto.

Pero los delitos de encubrimiento y receptación subsisten aun cuando la actividad que se realice con el dinero del cual se aprovecha el delincuente o el receptor, mantuviera dicha riqueza fuera del control de la Hacienda pública, es decir, aun cuando no hubiera habido ninguna operación de blanqueo.

En conclusión, el blanqueo de dinero no constituye un acto delictivo en sí mismo y está simplemente relacionado con la política de represión del fraude fiscal.

B. Es de alabar también la regulación de los delitos contra la propiedad industrial, distinguiendo en el art. 277 si dicha propiedad ha sido registrada o falta la inscripción en el Registro, haciendo, por otra parte irrelevante la falta de concreción económica del perjuicio. Igualmente constituye un acierto el castigo del uso de signos distintivos de la industria y del comercio requiriendo para ello haber sido debidamente requerido por el titular.

También considero un acierto el delito de expresión que se recoge en el art. 279.2 castigando al que, con fines industriales o comerciales realice afirmaciones falsas sobre el establecimiento, los productos, la actividad económica o la situación financiera de otro, susceptibles de lesionar su capacidad competitiva. Se echaba en falta en el Derecho vigente, dada la vinculación del honor al concepto de dignidad del art. 10 de la Constitución y la imposibilidad o la ineficacia del art. 1.902 del Código civil para la protección de los intereses patrimoniales de las personas jurídicas en algunos casos, este delito de difamación realizada con fines industriales o comerciales.

También la regulación de los delitos relativos a la publicidad o el castigo del incumplimiento de las resoluciones de los organismos encargados de la defensa de la competencia (arts. 282, 284) o la revelación de secretos por parte de quienes están obligados legal o contractualmente a guardar reserva (art. 280), constituye un indudable acierto del Anteproyecto.

En el art. 263.3 se soluciona también el contencioso derivado de la falta de pronunciamiento del Derecho vigente sobre la persecución de los delitos

cometidos con ocasión de una insolvencia cuando está abierto el procedimiento civil de quiebra.

También la referencia a los delitos patrimoniales cometidos a través de la informática (arts. 248.1 y 279) es exponente de la intención de abarcar todos los supuestos que exige la nueva realidad económica.

Por último, el Anteproyecto colma la insoportable laguna de los delitos societarios en los arts. 239 y ss. recogiendo en este sentido la innovación que supuso el Proyecto de 1980.

**REFLEXIONES ACERCA DE LA REFORMA ESPAÑOLA
DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES
COLECTIVOS: DOS CASOS PARADIGMÁTICOS:
ARTS. 347 BIS (DELITO ECOLÓGICO) Y 348 BIS A)
(PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE
EN EL TRABAJO) DEL C.P. (*)**

DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN A LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES COLECTIVOS.
- II. DELITO ECOLÓGICO (ART. 347 BIS).
- III. PROTECCIÓN JURIDICOPENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (ART. 348 BIS A)).

(*) Este texto se corresponde al contenido de la conferencia pronunciada el 23-4-1992 en el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas, con motivo de la II Semana de Derecho Penal ("15 años de Derecho Penal democrático") organizada por el Área de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

I. INTRODUCCIÓN A LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES COLECTIVOS

Al hablar sobre los delitos contra los intereses colectivos hay que dilucidar dos cuestiones previas: su ubicación sistemática dentro de la clasificación de los delitos; y segunda cuestión, las posibles respuestas penales para la protección de aquellos intereses (colectivos o difusos).

1.^a Cuestión: *La ubicación sistemática de los delitos contra los intereses colectivos.*

Los delitos pueden clasificarse, desde una perspectiva doctrinal moderna, en delitos contra las *bases de existencia del sistema* y los ataques contra el *funcionamiento del sistema* (Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal*, P.E., 2.^a ed., 1991).

Entre los primeros, *delitos contra las bases de la existencia del sistema*, nos encontramos con los atentados contra bienes jurídicos *individuales* o *microsociales*. En este apartado se incluyen los *delitos* contra: la *vida* (homicidio, asesinato...), la *salud* (lesiones), *libertad y seguridad de las personas* (detenciones ilegales, allanamiento de morada), el *patrimonio* (hurto, robo, estafa, etc...). Estos delitos atentan contra los llamados bienes jurídicos “microsociales”, es decir, se refieren a las relaciones interpersonales y configuran la red social sobre la que se asienta el sistema.

Los *delitos contra el funcionamiento del sistema* se caracterizan porque recogen los ataques contra bienes jurídicos “macrosociales”, y tienen una relación directa con el funcionamiento del sistema e indirecta con las bases de éste. No se puede olvidar algo fundamental en esta clase de delitos, que se relacionan con el funcionamiento del sistema y se conectan con problemas de carácter político o económico-sociales, y es que será siempre criticable que se trate de solucionar por vía penal los fallos o disfunciones de carácter estrictamente político-social. Dentro de los *delitos* contra el *funcionamiento del sistema* se incluyen: 1º) Delitos contra *bienes jurídicos colectivos* (“salud pública”; “seguridad colectiva” —en el tráfico, medio ambiente y seguridad en el trabajo—; “socio-económicos”); 2º) Delitos contra *bienes jurídicos institucionales* (“garantías constitucionales”; “el ejercicio de los derechos de la persona”; “fe pública”; “administración de justicia” y “administración pública”); y 3º) Delitos contra *bienes jurídicos de control* (“Seguridad exterior e interior del Estado”).

Por razones de tiempo, nuestro objeto de estudio se limitará a destacar los aspectos fundamentales de determinados delitos contra bienes jurídicos colectivos, que en estos 15 años de Derecho Penal democrático han merecido especial atención por parte del legislador español. Me refiero a dos casos paradigmáticos: *el delito ecológico* (347 bis); y *el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo* (348 bis a)).

2.^a Cuestión: *Las posibles respuestas penales para la protección de los intereses colectivos o difusos.*

Antes de introducirnos en el estudio de estas figuras delictivas conviene tener presente que, a pesar del *carácter difuso* de los bienes tutelados en la mayor parte de estos delitos, el Derecho Penal cuenta con ciertos instrumentos técnicos para hacer frente a esta peculiar clase de delincuencia (Vid. SGUBBI, F., *Tutela penale di interessi diffusi*, en la *Questione Criminale*, 1975).

1º) El Derecho Penal puede actuar a nivel preventivo, adelantando la barrera de la intervención del poder punitivo al momento en que se ponga en peligro el bien jurídico sin esperar a la producción del daño (causación del resultado lesivo). Esto se puede llevar a cabo a través de tipos de delito de *peligro concreto*, sin excluir la discutible técnica de los delitos de *peligro abstracto*.

2º) El principio básico de la *personalidad de la responsabilidad penal* constituye potencialmente el mayor obstáculo para la operatividad del instrumento penal en la protección de los intereses colectivos. En el ámbito penal los daños han de vincularse a la investigación de una acción personal de un sujeto —*persona física*—, que da lugar al daño causalmente producido.

Sin embargo, el Derecho Penal tiene recursos técnicos para la tutela de aquellos intereses: las categorías de la dogmática jurídico-penal de naturaleza normativa como la *imprudencia* y la *comisión por omisión*.

3º) La lucha contra esta clase de delincuencia, vinculada frecuentemente al mundo económico y empresarial, podrá articularse también a través de la cláusula de la “*actuación en nombre de otro*” (art. 15 bis) o acudiendo a *medidas de seguridad* como consecuencias accesorias del delito.

No se puede ocultar, como veremos de inmediato, que el confiar todo a un control penal de los intereses colectivos, sin adoptar soluciones por instancias extrapenales, está condenado al fracaso.

II. EL DELITO ECOLÓGICO (347 BIS)

Hoy puede afirmarse que el medio ambiente es reconocido como un valor fundamental de la vida en sociedad, cuya protección interesa a toda la colectividad. La tutela del medio ambiente es algo relativamente reciente y está íntimamente relacionada con el desarrollo industrial. La sociedad actual ha tomado conciencia de la dimensión negativa que tiene para la colectividad un proceso de industrialización sin límite (STC 4-11-1982), y se aprecia una creciente preocupación por proteger jurídicamente el medio ambiente. En esta dirección resulta revelador lo establecido por el *art. 45 de nuestra Constitución*:

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Pues bien, la *L.O. 25-6-1983*, de Reforma Parcial y Urgente del CP, introduce un nuevo precepto (art. 347 bis) que incorpora a nuestro CP los delitos contra el medio ambiente. La reforma de 1983 intenta de esta manera cumplir con el mandato constitucional (art. 45.2 Const.), reconociendo la urgencia de crear el delito ecológico, ante la irreversibilidad de los daños causados en el medio ambiente, y sin olvidar el limitado alcance de la respuesta penal para una problemática tan compleja. Conviene señalar que la reforma del 11-12-1987 introduce una regulación específica de los incendios forestales (553 bis b)), que por su deficiente técnica legislativa no resulta aplicable.

El 347 bis, ubicado sistemáticamente en la Sección 2ª —dedicada a los *Delitos contra la salud pública y el medio ambiente* del Capítulo II (De los *delitos de riesgo en general*) del Título V, del Libro II, del CP declara:

“Será castigado con la pena de AM y multa de 175.000 a 5 millones de pesetas el que, *contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente*, provocare o realizare directa o indirectamente *emisiones o vertidos* de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en *peligro grave la salud de las personas*, o puedan *perjudicar* gravemente las *condiciones de la vida animal*, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la *industria* funcionara *clandestinamente*, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren *desobedecido las órdenes* expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado *información falsa* sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere *obstaculizado la actividad inspectora* de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originasen un *riesgo de deterioro irreversible* o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la *clausura temporal o definitiva del establecimiento*, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la *intervención de la empresa* para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.

Dentro del estudio del 347 bis distinguiremos los apartados siguientes: 1º) Bien jurídico; 2º) Tipo básico del 347 bis 1º; 3º) Tipos agravados de los párrafos 2º y 3º del 347 bis; y 4º) Las medidas de seguridad previstas en el 347 bis 4º.

1º) *El bien jurídico protegido en el 347 bis.*

La doctrina penal española considera unánimemente que el *medio ambiente* es el bien jurídico protegido en el 347 bis. Sin embargo, no se puede olvidar que la naturaleza pluridimensional de este bien jurídico suscita disputas doctrinales acerca de su contenido y de su ubicación sistemática. No cabe duda que estamos ante un bien jurídico que afecta a la colectividad, y que podría considerarse como un caso paradigmático de los intereses difusos. El medio ambiente está relacionado con: la salud pública (calidad de la vida de los ciudadanos), la seguridad colectiva (condición necesaria para el desarrollo de todas las personas); la solidaridad humana; y con el orden socio-económico (utilización racional de los recursos naturales), pero —como señala cierto sector doctrinal— tiene sustantividad propia.

La complejidad del medio ambiente y el reconocimiento de su propia autonomía ha sido tenida en cuenta por los autores de la PANCP 1983 y del Proyecto de CP de 1992, que han ubicado los delitos contra el medio ambiente —en el Título XIII del Libro II— entre los delitos contra el orden socioeconómico y los delitos contra la seguridad colectiva.

Por otra parte nuestro legislador ha optado, de acuerdo con las opiniones doctrinales más autorizadas, por proceder a una tutela penal del medio ambiente dentro del CP y no a través de una Ley especial. Existen razones más que suficientes para pronunciarse a favor de la tutela del medio ambiente en el CP: unificación y armonización de las disposiciones penales sobre la materia, además de facilitar una mejor y uniforme aplicación de las mismas (Vid. CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, en DJ, 37/40, 1983).

2º) *Tipo básico: 347 bis 1º CP.*

Dentro de los *elementos objetivos* del tipo merece especial atención el análisis de la conducta típica y particularmente el estudio de tres cuestiones: 1.— La acción típica; 2.— La remisión a leyes y reglamentos para delimitar la relevancia típica de la conducta (ley penal en blanco), y 3.— El resultado típico.

1.— La *acción típica* consiste en *provocar o realizar* directa o indirectamente *emisiones o vertidos* de cualquier clase, en la atmósfera, suelo o aguas..., contraviniendo las Leyes o reglamentos. Se trata de una *conducta de contaminación*.

La modalidad de “*provocar*” emisiones o vertidos no debe interpretarse en sentido normativo, identificable con el de provocación del art. 4.3º CP, sino de carácter objetivo y material de intervención mediata —poner las condiciones, facilitar...— en las emisiones o vertidos.

La otra modalidad de “*realizar*” la emisión o el vertido ha de entenderse como una clara referencia a la inmediatez de la ejecución, que puede ser directa o indirecta.

Aunque las expresiones “*provocar*” o “*realizar*” parecen aludir a la exigencia de conducta activa no debe considerarse excluida la modalidad de *comisión por omisión*: dejar que se produzca la emisión o el vertido o no poner los medios para evitarlo.

La acción de provocar o realizar se refiere a *emisiones o vertidos* de “cualquier clase”. El sentido gramatical de “*emitir*” (arrojar, exhalar, o echar hacia

fuera una cosa) y de “*verter*” (derramar o vaciar líquidos y también cosas menudas...) puede servir de punto de partida y es susceptible de ulterior desarrollo por la interpretación doctrinal, que tiene un amplio margen de juego en la referencia legal al provocar o realizar emisiones o vertidos de *cualquier clase*. Esta última referencia legal (“de cualquier clase”) se inserta en la criticable indeterminación que informa el contenido del 347 bis.

La emisión o vertido de cualquier clase ha de recaer en la *atmósfera, el suelo, las aguas terrestres o marítimas*, debiendo considerarse comprendidas las aguas subterráneas en las terrestres ya que el Código no distingue.

2.— El 347 bis requiere que la conducta típica de contaminación o polución se realice *contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente*. La doctrina penal dominante está de acuerdo en que estamos ante un supuesto claro de “*ley penal en blanco*”, es decir, un elemento del tipo para cuya determinación el CP se remite a una norma extrapenal, más concretamente administrativa. La remisión a una compleja normativa extrapenal, para determinar la relevancia típica de la conducta, cuestiona el principio de legalidad y suscita dudas acerca de la constitucionalidad de esta técnica legislativa. La complejidad de la normativa extra-penal se constata si comprobamos sólo algunas de las normas elementales sobre esta materia: *Leyes 22 de diciembre de 1972 y 6 de febrero de 1975 sobre contaminación atmosférica*; *Ley de 19 de noviembre de 1975 sobre derechos y residuos sólidos urbanos*; *Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985*; *Real Decreto legislativo de 28 de junio de 1986 de evaluación de impacto ambiental* y *R.D. de 30 de septiembre de 1988* que aprobó su reglamento; *Ley de Costas de 28 de julio de 1988*; y *Ley de 27 de marzo de 1989, de conservación de los espacios naturales, de la flora y la fauna*. No se puede ocultar por otra parte que, teniendo en cuenta la posible integración normativa técnica por parte de las Comunidades Autónomas, se puede considerar afectada la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal (art. 148.9º, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias de “gestión en materia de protección de medio ambiente”).

Sin embargo, a pesar de todos los inconvenientes apuntados, la doctrina penal mayoritaria considera que la técnica legislativa de ley penal en blanco es un recurso ineludible y básico en esta clase de delitos. En todo caso se echa en falta una *Ley General sobre el medio ambiente*, que aglutine y clarifique la dispersa normativa administrativa existente.

3.— El *resultado típico*. El 347 bis 1º configura un delito de *peligro concreto*: poner en “*peligro grave la salud de las personas*” o se pueda “*perjudicar*

gravemente las condiciones de la *vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles*”. Será preciso constatar que este peligro concreto es consecuencia de la emisión o vertido de cualquier clase realizado o provocado.

En cuanto al primer resultado, puesta en *peligro grave* de la *salud* de las *personas*, la doctrina penal entiende que se refiere al peligro para la *salud pública o colectiva* y se critica —con razón— el calificativo de “grave” referido al “peligro”, que es un elemento valorativo e indeterminado de difícil concreción. Estamos ante un caso típico de delito de peligro concreto.

El segundo resultado del 347 bis 1º se refiere a las conductas de contaminación que puedan perjudicar (peligro) *gravemente* las condiciones de la *vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles*. Es criticable, por su indeterminación, el haber utilizado el adverbio “*gravemente*”, y por la limitada tutela del medio ambiente que no alcanza al aire, suelo, etc... (Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Delitos contra el medio ambiente*, en AAVV, *La Reforma del CP de 1983*, V. II, 1985, pág. 830). En esta materia se denuncia la deficiente técnica legislativa, que provoca la confusión sobre el bien jurídico protegido, y que fundamenta la crítica doctrinal en el sentido de que mientras el peligro para la salud de las personas ha de ser concreto, el peligro sobre las condiciones de la vida animal o vegetal es un peligro abstracto-concreto (“de aptitud para”, *pueda perjudicar*) (Vid. TIEDEMANN, *Protección penal del medio ambiente en España y Alemania*, en *Poder económico y delito*, 1985, pág. 139).

3º) Tipos agravados.

1.— El 347 bis 2º establece la pena superior en grado si la *industria* funcionara *clandestinamente* (sin autorización), *desobedezca* órdenes expresas de la autoridad administrativa acerca de su actividad contaminante, aporte *información falsa* sobre los aspectos ambientales de la misma, u *obstaculice* la actividad *inspectora* de la Administración.

Sujetos activos serán quienes actúen en nombre de la industria, llevando a cabo las diversas conductas. Se echa en falta una tipificación expresa de las actuaciones irregulares de la Administración a través de sus representantes, cuya posible responsabilidad penal podrá determinarse en todo caso por los tipos penales existentes de cohecho o de prevaricación o por las reglas generales de la participación.

2.— El *párrafo* 3º del 347 bis establece también la pena superior en grado “si los actos anteriormente descritos —se entiende los previstos en el párrafo 1º—

originaren un *riesgo de deterioro irreversible o catastrófico*” de muy difícil concreción y necesitados de integración judicial.

La vaguedad e imprecisión de la técnica legislativa en esta materia permiten albergar serias dudas acerca de su utilidad, eficacia y de su efectiva puesta en práctica.

El art. 348, que tiene relación con los delitos contra la salud pública, establece una cualificación (pena R.m.) por el resultado de muerte.

4º) *Las medidas de seguridad.*

El párrafo 4º del 347 bis permite al Tribunal acordar la *clausura temporal o definitiva* del establecimiento y proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Cabe entender que estamos ante medidas de seguridad no criminales o “consecuencias accesorias del delito”, que se imponen por la peligrosidad objetiva demostrada en las actividades irregulares del establecimiento industrial, con la encomiable cláusula de salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

Es criticable que no se establezcan límites para la clausura temporal del establecimiento, que sí se hace en el 344 bis b), 2º CP y que le convierte en una medida inaplicable.

Breves consideraciones de política criminal sobre el delito ecológico:

1ª) Existía una *falta de concienciación* acerca de la gravedad de los atentados contra el medio ambiente. En efecto, ciertos sectores de nuestra sociedad estimaban que no se debían calificar como delitos los ataques contra el medio ambiente ni como delincuentes a quienes los realizaban. Hoy en día la situación ha cambiado y en esta nueva panorámica no es nada desdeñable el efecto preventivo general de la protección penal del medio ambiente.

2ª) No se puede olvidar la interdependencia y necesaria coordinación entre la normativa penal y administrativa en esta materia.

En cuanto a la regulación jurídica administrativa conviene superar en nuestro país su estado actual de dispersión en una insuficiente y desfasada legislación sectorial, debiendo propiciarse una *Ley General* del medio ambiente.

3ª) La actual tutela penal del medio ambiente por el art. 347 bis es, como hemos visto, bastante deficiente (incorpora numerosos elementos típicos valo-

rativos, de contenido indeterminado; con un sistema criticable de remisiones en los tipos agravados) e insuficiente (acogida de “recursos naturales”). No se tiene en cuenta la específica responsabilidad penal en esta materia de los funcionarios de la Administración, que ha de exigirse a través de las disposiciones relativas a la criminalidad de los funcionarios y de las reglas generales de participación previstas en el CP. Esta laguna se colma en el art. 306 del Anteproyecto de CP de 1992. Debería dedicarse un Título específico, como hace el CP alemán (título 28, párrafos 324 y ss.) o postulan la PANCP 1983 y el Anteproyecto CP de 1992, para los delitos contra el medio ambiente.

4.^a) Es preciso tener muy presente que en la tutela del medio ambiente ha de ocupar un lugar preferente la potenciación de medidas extrapenales de carácter preventivo, respetando el carácter de última ratio (intervención mínima) del Derecho Penal, es decir, que el poder punitivo del Estado ha de ejercitarse sólo frente a aquellos ataques más intolerables al medio ambiente.

5.^a) El futuro de la tutela penal eficaz del medio ambiente dependerá de que exista una policía judicial especializada para conseguir una efectiva investigación y lograr el adecuado enjuiciamiento de las conductas atentatorias contra el medio ambiente (Vid. CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *Introducción al delito ecológico*, en AAVV, *El delito ecológico*, Madrid 1992, pág. 36).

III. LA TUTELA PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (ART. 348 BIS A))

La LO de Reforma Urgente y parcial del CP, de 25 de junio de 1983, introduce un nuevo precepto, el 348 bis a), configurando la seguridad en el trabajo como un bien jurídico autónomo. Hasta entonces, como destaca ARROYO, “la seguridad y la higiene en el trabajo no encontraba protección penal como tales. El ordenamiento penal ofrecía tan sólo una tutela de la vida y de la integridad corporal frente a su destrucción o menoscabo imprudentes a través de los preceptos generales del homicidio y las lesiones imprudentes que pudieran cometerse en los accidentes de trabajo” (ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del trabajo*, 1988, pág. 61). El nuevo 348 bis a) incorpora al CP un delito de *peligro concreto* para la *vida e integridad física* de los trabajadores, donde el bien jurídico protegido es de carácter colectivo y se refiere a la *seguridad en el trabajo*, es decir, a la ausencia de riesgos para la vida y la

salud del trabajador, dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo.

Puede afirmarse, por tanto, que el nuevo 348 bis a) incorpora a nuestro CP la seguridad en el trabajo como bien jurídico colectivo al servicio de bienes jurídicos interpersonales como son la vida y la salud de los trabajadores.

El 348 bis a) castiga con las penas de A.M. o multa de 100.000 a 500.000 pesetas a “los que estando *legalmente obligados* no exijan o faciliten los *medios* o procuren las *condiciones* para que los *trabajadores* desempeñen una actividad con las medidas de *seguridad e higiene* exigibles, con *infracción grave* de las normas *reglamentarias* y poniendo en *peligro* su *vida o integridad física*”.

Aquí me limitaré a destacar los aspectos más relevantes de la figura delictiva del 348 bis a) (*Sujetos activos, conducta típica y resultado*), para concluir con las oportunas consideraciones de política criminal.

1.— *Sujetos activos.*

El 348 bis a) limita el círculo de posibles sujetos activos a los que están *legalmente obligados* a facilitar los medios o a procurar las condiciones para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles. Es sujeto activo de este delito sólo quien reúne la condición de titular ex-lege de cierto deber de seguridad, conforme al *Estatuto de los Trabajadores* de 1980 (arts. 4.2º y 19) y a la *Ordenanza General de Seguridad e Higiene* de 1971 (art. 7.1º y 2º), Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 1988. Están obligados en materia de seguridad en el trabajo —como señala Fernández Marcos— “el *empresario* y *todas aquellas personas* que por *delegación* de éste asumen en el esquema organizativo de la empresa facilidades de mando sobre los trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen a su cargo” (*La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, Madrid 1975, pág. 144). Doctrina penal y jurisprudencia consideran que el deber de seguridad recae sobre el *empresario* y los *encargados*, entendiendo por tales aquellas personas que efectivamente asumen y ejercen el poder de dirección empresarial que les convierten en garantes de la seguridad de los trabajadores. En realidad, no se trata —a efectos penales— de precisar sólo la fuente legal del deber de seguridad del empresario o del encargado sino —como destaca ARROYO— su fundamento material, es decir, tener en cuenta el hecho de la creación del riesgo para los trabajadores y la titularidad del empresario o del encargado con un poder fáctico de disposición sobre la organización de la empresa y sobre las personas

que en ella participan, las cuales tienen respecto de aquéllos una posición de dependencia (*Manual de Derecho Penal de trabajo*, cit., pp. 65 y ss.).

El titular de la empresa puede cumplir con su *deber general de seguridad* de tres formas: 1ª) Influyendo *inmediatamente* en los procesos materiales o dirigiendo personalmente a sus subordinados; 2ª) De manera *mediata*, es decir, ejerciendo su dirección a través de otra persona sin margen de autonomía; y 3ª) A través de la *delegación*, transmitiendo al delegado el deber de seguridad y quedando el delegante (el empresario) con el cometido de vigilancia, coordinación y control de las actividades del delegado (Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, tesis doctoral, Madrid, 1991, inédita, pendiente de próxima publicación). Puede afirmarse que, en un principio, los técnicos asesores en materia de seguridad, por carecer de un dominio (poder decisorio) que fundamente la posición de garante, no pueden ser sujetos activos. Por las mismas razones tampoco pueden serlo los vigilantes de seguridad y los miembros del Comité de seguridad e higiene.

2.— La conducta típica del 348 bis a) consiste en no exigir, no facilitar los medios (omisivas) o el no procurar las condiciones de seguridad exigibles que puede ser tanto activa como omisiva. Conducta *activa* como la de poner a los trabajadores en lugares y circunstancias que provoquen una situación de grave peligro para su vida o su salud (trabajar bajo un techo provisional mal acondicionado o con una instalación eléctrica peligrosa). Puede darse una *conducta omisiva* al no exigir o no facilitar los medios necesarios para la seguridad de la vida o salud de los trabajadores (no suspender la actividad laboral cuando se había observado que estaban rotos ciertos hilos del cable de la grúa).

El 348 bis a) requiere que la conducta típica implique una *infracción grave de las normas reglamentarias*. La doctrina critica la técnica de “ley penal en blanco” que se consagra en el 348 bis a), remitiéndose a normas reglamentarias sobre las condiciones o medios de seguridad e higiene en el trabajo, si bien en este caso se considera que el núcleo del injusto está determinado por el tipo penal. En todo caso, la doctrina penal es unánime al denunciar el calificativo de *grave* referido a la infracción de normas reglamentarias, dejando en manos del juez la concreción de un elemento determinante de la relevancia típica de la conducta. Más correcto hubiera sido calificar como grave el peligro y no la infracción.

Cabe criticar que la remisión formulada por el 348 bis a) se limite a las normas reglamentarias y no comprenda a las leyes ni a convenios colectivos de

eficacia general y ámbito estatal, donde se contemplan regulaciones sobre medidas o condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. La falta de una normativa coherente articulada sobre seguridad e higiene en el trabajo es denunciada por nuestra doctrina.

3.— *El resultado típico* se refiere a la puesta en *peligro* de la *vida* o de la *integridad física* de los trabajadores. Se critica el carácter restrictivo del legislador penal en cuanto alude sólo a la integridad física de los trabajadores, dejando fuera los peligros para la salud personal que no afecten a su dimensión física.

El 348 bis a) se refiere a un peligro específico (creado, incrementado o no evitado) para la vida o la integridad física de los trabajadores, como consecuencia de una infracción grave de las normas reglamentarias sobre seguridad e higiene en el trabajo. Dicho peligro y la mencionada conducta antinormativa han de relacionarse causalmente.

Consideraciones de *política criminal* sobre el 348 bis a):

1.— El 348 bis a) no ha alcanzado los objetivos que pretendía: tutelar la seguridad en el trabajo mediante un delito de peligro concreto para la vida o la integridad física de los trabajadores. Es un precepto que no se ha aplicado en la práctica. Cabe constatar que sólo el art. 565 (imprudencia) tiene cierta aplicación en la sanción de homicidios y lesiones imprudentes por infracción del nivel exigible de seguridad en el trabajo (T.S.: 50 casos entre 1981-88).

2.— Se debería ir, por razones de prevención general, a un *tratamiento unitario* en un Título o Capítulo del CP dedicado a la protección penal de los derechos de los trabajadores (Capítulo XIV del Título XII, Libro II del Proyecto de CP de 1992).

3.— El *fracaso* de la tutela penal de la seguridad en el trabajo, propiciada por el 348 bis a), es *deudor del fracaso de las instancias preventivas extrapenales*. Está pendiente de culminar en el proceso legislativo una *Ley básica de Salud Laboral* (Proyecto sobre prevención de riesgos para proteger la salud en el trabajo).

Otro factor del fracaso es el de la *pasividad* de las *instituciones judiciales* (Fiscalía y Magistratura de trabajo), *administrativas* (Inspección de trabajo), (Cfr. la Instrucción nº 7/1991, de 8 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, “*Criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden*

social'', en ADPCP 1992, pp. 337 y ss.) y de los propios representantes de los trabajadores (*Sindicatos*).

La pretensión de resolver la problemática de la seguridad en el trabajo sólo con el recurso al Derecho Penal, olvidando su carácter de última ratio y descuidando las elementales reglas de técnica legislativa, sin haber agotado vías extrapenales más eficaces, conduce inevitablemente —como le ha ocurrido al legislador español de los ‘80’ en la tutela de intereses colectivos— a postular una política criminal inconsecuente, ineficaz, y condenada de antemano al fracaso.

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA: 1977-1992

LUIS ARROYO ZAPATERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

SUMARIO

1. FASE DE LA EMERGENCIA REAL Y DE LA ESPERANZA EN LA TEMPORALIDAD. DE 1977 HASTA EL 23-F Y LA L.O. 2/1981.
2. LA LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE. NOVEDADES QUE INCORPORA.
3. PERÍODO DE LA MADUREZ CONSTITUCIONAL. EJECUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LAS LEYES ORGÁNICAS DE 1988.
4. DERECHO PENAL SUSTANTIVO DEL TERRORISMO EN LA LEY DE 1988 Y SU COMPARACIÓN CON EL PROYECTO DE 1992.

Revisar la legislación penal desde el año de las primeras elecciones democráticas hasta los albores de 1993, con un proyecto de CP sobre la mesa es una idea y una ocasión excelente por las que deseo felicitar a la Universidad y al Colegio de Abogados. Quince años son además de muchos años, los que definen para Ortega el alumbramiento de una nueva generación. En el tiempo de una generación, en 15 años, no sólo nos encontramos ante una cohorte de jóvenes que ya han nacido en la libertad. Han pasado tiempo y cosas que han hecho madurar y envejecer a los que protagonizaron la lucha por esa libertad. Política y Derecho penal han estado siempre en íntima relación, como pusiera de manifiesto mi maestro Marino Barbero, hace ya más de 15 años, pero no tan sólo en una relación material de contenidos reales de la política y del Derecho penal. La mediación entre Política y Derecho penal se realizaba también en nuestras conciencias: nuestra experiencia y la concepción del mundo que nos proporcionó esa experiencia formaba parte también de esa relación entre política y Derecho penal, “conformaba” esa relación.

El cambio de nuestra concepción del mundo, de nuestra comprensión de los problemas y las cosas es también un cambio en el Derecho penal. Aun cuando la ley en su literal se mantenga en iguales términos que las del pasado, la ley no es necesariamente la misma, ni sus problemas los mismos, cuando se abordan sus problemas desde nuestra actual conciencia de la historia y del presente. Y me permito esta reflexión teórica porque reflexionar sobre los problemas penales que me han sido encomendados es, a la vez, una reflexión sobre mis propios escritos durante estos 15 años, sobre todo en materia de terrorismo y de seguridad ciudadana.

Me voy a permitir citar una frase, para operar luego con ella, del autor de “La forja de un rebelde”, Arturo Barea, en sus escritos periodísticos desde el exilio londinense en el que murió y refiriéndose a España y a los españoles: “*Nuestra Patria se siente como un dolor agudo al que uno no llega a acostumbrarse*”. Los penalistas de mi generación, al menos los que han sido compañeros del mismo viaje a la libertad, han elaborado sus conceptos, criterios y valores desde ese sentir nuestra Patria como un dolor agudo.

Yo personalmente he sentido, incluso físicamente ese dolor agudo, como estudiante, al ver la cobardía de un compañero o de un profesor ante la arbitrariedad de la Dictadura, en una prisión, en un cine, o al presenciar fuera de España en 1975, la primera manifestación autorizada, lógicamente, curiosamente, también lógicamente, contra el gobierno de nuestro país. Muchas veces, y la última vez que experimenté ese dolor agudo fue el 23 de febrero de 1981, es decir, hace ya más de 10 años.

Nuestro reto es hoy, precisamente, el de acostumbrarnos a no tener que sentir dolor alguno ante el presente de nuestro Estado y Sociedad, acostumbrarnos a no sentir la angustia de la diferencia, de la inestabilidad, del miedo al retroceso, o la contravuelta, acostumbrarnos a la condición de “normal” de nuestro sistema de gobierno, de nuestra prensa, de nuestra policía, incluso de nuestros terroristas.

* * *

Pero examinemos ahora el tema que nos ocupa: El tratamiento penal del terrorismo desde 1977 a la actualidad.

Si el “espíritu de las leyes” y las condiciones sociales y políticas en las que éstas se aplican son en buena medida constitutivas del contenido de las leyes, no resulta procedente hacer referencia a una política jurídica antiterrorista anterior a la amnistía y elecciones generales de 1977. La política jurídica sobre el terrorismo en el período democrático se prepara precisamente en 1977 con los Reales Decretos-Ley números 1, 2 y 3, de 4 de enero de 1977, por los cuales se crea la Audiencia Nacional, se suprime el Tribunal de Orden Público, se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de terrorismo, y se introducen como “Anexo” en el Código penal las tres figuras de terrorismo que venían incluidas en el Código de Justicia Militar (294 bis a, b y c), con lo que estos tres delitos pasan a acompañar a los “delitos de terrorismo y de tenencia de explosivos” de los arts. 260-264 del Código penal. A modo de síntesis puede decirse que se mantienen los delitos de terrorismo con *nomen iuris* propio, pero su conocimiento se atribuye a la Audiencia Nacional, desapareciendo la competencia de la Jurisdicción Militar. No hay reforma del Derecho penal sustantivo en la materia.

Tras las reformas de 1977 se pueden distinguir varias fases. La primera puede denominarse la de la emergencia real del terrorismo en la inestabilidad propia de la transición política y, a la vez, de la esperanza en la temporalidad de ambos fenómenos. Este período alcanza hasta el 23-F y la subsiguiente Ley 2/1981. La segunda merecería llamarse de la exasperación de las medidas y de la frustración de la esperanza en la temporalidad del terrorismo, fase que se cierra con el reproche de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional en 1984. La tercera y última es la de la madurez constitucional, protagonizada por las dos Leyes Orgánicas 3 y 4 de 1984. Ahora nos encontramos en esta última y a la espera de un Proyecto de Código penal que prevé algunas modificaciones.

1. FASE DE LA EMERGENCIA REAL Y DE LA ESPERANZA EN LA TEMPORALIDAD. DE 1977 HASTA EL 23-F Y LA L.O. 2/1981

Pueden distinguirse tres subfasas dentro de ésta, la primera hasta la aprobación de la Constitución, esta misma y desde 1979 hasta la L.O. de 1981.

1.^a Hasta la aprobación de la Constitución.

Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, o Decreto-Ley antiterrorista, intitulado “de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos y bandas armadas”, que con algunas modificaciones es convertido en Ley 56/1978, de 4 de diciembre, con la misma intitulación que el anterior, y denominada vulgarmente Primera Ley antiterrorista. Esta Ley, de contenido eminentemente procesal, y de carácter temporal (1 año) se complementa con una reforma del Derecho penal sustantivo: Ley 82/1978, de 28 de diciembre. Por la misma se hacen desaparecer las figuras delictivas con *nomen iuris* propio del terrorismo (es decir, los arts. 260-262 y los tres del Anexo creado en 1977), a su vez, se crean nuevas figuras delictivas referidas a modos de actuar específico de las bandas armadas, bien *ex novo* (avisos falsos de bomba, 249 bis, omisión de denunciar determinados delitos, 338 bis, II), bien creando tipos cualificados (detenciones ilegales y “cárceles de pueblo”, 481 y 482 bis, amenazas o coacciones atemorizantes de población, 496 bis). Lo esencial desde el plano estrictamente penal es que con la supresión del término terrorismo y la objetivización del fenómeno en la categoría de “grupos y bandas armadas” se pretende prescindir de los “motivos” de la comisión de los delitos.

2.^a El texto constitucional.

La Constitución contiene dos cláusulas que afectan al tratamiento jurídico del terrorismo. Por una parte, el art. 13.3, por el que se establece que “quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”, y, por otra, el art. 55.2, por el que se autoriza a suspender, mediante Ley Orgánica, determinados derechos fundamentales “para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos de excepción permanente “*intuitu personae*”, que legitima en principio las excepcionales leyes procesales.

Debe hacerse notar que en los dos artículos citados hay una cierta corrección frente a la orientación de las leyes de 1978 citadas (antiterrorista y de

modificación del Código penal) pues, si bien incorpora el criterio objetivista de las bandas armadas, no renuncia al término terrorismo. Lo que sí es manifiesto es que la Constitución autoriza la excepcionalidad tan sólo frente a las bandas armadas o elementos terroristas y no frente a conductas delictivas de otra especie, que son, sin embargo, las que van a quedar abarcadas por la inmediata legislación de “seguridad ciudadana”.

3.^a Del Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana de 1979 hasta la Ley Orgánica de 1981.

Tras la entrada en vigor de la Constitución se continúa la acción legislativa antiterrorista, en un período que se abre con el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana, de 26 de enero de 1979, y que podemos considerar que se cierra con la Ley Orgánica inicialmente denominada de defensa de la Constitución, de 4 de mayo de 1981: Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero sobre protección de la Seguridad Ciudadana; Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre y sistema de comunicaciones con los abogados en casos de terrorismo (art. 51.2); Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la vigencia de la Ley Antiterrorista de 1978 y ampliación de competencias de la Audiencia Nacional; Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre prisión provisional; Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución sobre suspensión de derechos en la investigación de delitos de bandas armadas; Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (de defensa de la Constitución), que modifica el Código penal y del Código de Justicia Militar en materia de *terrorismo y rebelión* y es producto específico del 23-F.

2. LA LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE. NOVEDADES QUE INCORPORA

En 1984, bien entrada la legislatura socialista, toda legislación anterior se refunde y amplía en un texto único, la Ley Orgánica contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, de 26 de diciembre de 1984.

La nueva Ley sirve como finalidad a refundir toda la materia normativa sustantiva y procesal en un *corpus* único, si bien dejó subsistentes algunos delitos relacionados con el terrorismo introducidos en el Código penal por la Ley 82/1978. Con todo, la Ley introduce algunas novedades respecto de la legislación

anterior, de las cuales unas lo son *in totum* y otras son modificaciones de instituciones ya existentes: 1º. Se modifica el ámbito de aplicación de la excepcionalidad derivada del 55.2 de la Constitución, abarcando ahora no sólo al terrorismo sino también a la rebelión o, en términos coloquiales, al “golpismo”; 2º. Se hace excepción en la materia del principio de territorialidad de la Ley penal extendiendo la conjetura de los Tribunales españoles a los delitos cometidos por españoles o extranjeros cuando los responsables estén integrados en bandas armadas rebeldes o terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con éstas. Se establece la reincidencia internacional; 3º. Se prevé la disolución y clausura de asociaciones cuando los miembros activos de las mismas hubieren cometido delitos de los comprendidos en la ley, alcanzando a la suspensión cautelar durante el procesamiento; 4º. Introdujo la medida *cautelar* de suspensión de cargo público como consecuencia *automática* del auto de procesamiento; 5º. El sistema de responsabilidad de los delitos cometidos por medio de la prensa de los arts. 13 y 15 del Código penal queda excluido para los delitos de apología y provocación del terrorismo; 6º. Se da nueva redacción a la atenuación en los supuestos de disociación y de delación; 7º. Se incrementan las penas de todas las figuras delictivas, determinando la aplicación de los grados máximos, castigando la frustración con la pena del delito consumado; se establece una pena mínima de prisión mayor en grado máximo cuando se hubieren utilizado armas o explosivos con independencia del resultado producido; mantiene la figura de la colaboración y la pena *ad hoc*; tipifica una apología que desborda sus límites tradicionales.

Por su parte, en materia de restricción de garantías procesales, la Ley de 1984 reproduce de modo sustancialmente idéntico el régimen procesal y de suspensión de derechos fundamentales anterior de modo más sistemático, añadiendo la suspensión cautelar de asociaciones y de cargos públicos y, en positivo, judicializó la medida de clausura provisional de medios de difusión, aunque la mantiene, y mantiene también la prórroga de la detención gubernativa hasta 10 días con incomunicación y sus consecuencias, así como la exclusión del Juez de lugar en todo, incluido el *habeas corpus*, salvo por delegación de los Jueces centrales. Por último, la Ley de 1984 sometió su vigencia a un plazo temporal de dos años.

La Ley en su conjunto representa una exasperación de las penas y del sistema de restricción de derechos, un intento de responder a la violencia terrorista incrementando la conminación penal para forzar el abandono de la lucha armada en un corto plazo representado en el término de los 2 años. El efecto

real es el incremento de las penas en todo lo demás. El efecto pretendido y logrado es puramente simbólico. Su coste específico fue las sentencias del Tribunal Constitucional.

Las sentencias del T.C. 199/87, 16 de diciembre; 196/87, 11 de diciembre, sobre los recursos de inconstitucionalidad del País Vasco y Cataluña sobre la Ley Orgánica y la cuestión de inconstitucionalidad sobre la asistencia letrada al detenido regulada en el artículo 527 de la LECrim. dieron ocasión a la elaboración constitucional de buena parte de la política criminal antiterrorista, no sobre todo ello, pues al haber perdido la Ley su vigencia temporal el Tribunal no se pudo pronunciar sobre la declaración de ilicitud, disolución de asociaciones, definitiva y suspensiva, sobre la prisión y la libertad provisional y la suspensión cautelar de cargos públicos. En lo demás pueden destacarse los pronunciamientos siguientes:

1º. Constitucionalidad de la proyección de la excepcionalidad sobre rebeldes. 2º. Inconstitucionalidad de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales. 3º. Inconstitucionalidad de la aplicación del régimen excepcional a los apologistas del terrorismo. 4º. Reclamación del principio de concordancia práctica entre efectiva tutela e intervención judicial y suspensión de derechos, por lo que declara inconstitucional: a) Que la prolongación de la detención gubernativa pueda iniciarse sin previa y expresa autorización del órgano judicial; b) la excesiva duración de la prolongación de la detención hasta 10 días; c) la práctica de registro policial de domicilio sin previa autorización judicial no determinada en el caso concreto por la urgente excepcional e imprescindible necesidad; d) que el sistema de determinación gubernativa de la situación procesal de la comunicación no sea provisional y acompañado al tiempo de la solicitud de autorización judicial. 5º. Por último, declara inconstitucional la cláusula del cierre provisional de medios de comunicación como consecuencia de la admisión de querellas del Ministerio Público.

3. PERÍODO DE LA MADUREZ CONSTITUCIONAL. EJECUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LAS LEYES ORGÁNICAS DE 1988

Las L.O. 3 y 4 1988 afectan respectivamente al régimen sustantivo y procesal de la disciplina antiterrorista. Veamos primero la procesal para analizar

la sustantiva de modo más autónomo, en comparación con el texto del Proyecto de Código penal.

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo depura el régimen de suspensión de garantías en materia de enjuiciamiento del terrorismo de acuerdo con las sentencias del TC y lo introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del mismo puede destacarse lo siguiente: Mantiene la *suspensión automática del cargo público* como consecuencia del auto de prisión y mientras dure esta situación (348 bis). Mantiene asimismo la *suspensión de excarcelación* de presos preventivos por efecto de recurso del Ministerio Fiscal y durante 1 mes (504 bis). Modifica sustancialmente el sistema y tiempo de *prórroga de la detención y de la incomunicación*. El máximo es ahora de 3 más 2, condicionada la prórroga a si se solicita al Juez motivadamente en las 48 primeras horas y en las 24 siguientes el Juez la autoriza, es decir, la prórroga de la detención en por 2 días y en virtud de resolución judicial (520 bis 1).

La incomunicación y la consecuente privación de la libre *designación de abogado* se determina provisionalmente por la autoridad gubernativa si al tiempo lo solicita el Juez, quien debe pronunciarse en 24 horas, lo que judicializa plenamente su régimen y su control sin perjuicio de su efectividad material inmediata a la detención (520 bis 2). La incomunicación no excluye en su contenido el control judicial, directa o por delegación (520 bis 3).

Se autoriza la detención y *entrada en domicilio* por iniciativa policial en casos de excepcional o urgente necesidad (frente a la “excepcional urgencia y necesidad” de la STC), con inmediata dación de cuenta sobre causas, circunstancias y resultados al Juez (533).

Se mantiene la intervención de las *comunicaciones* en caso de urgencia por iniciativa policial, con inmediata comunicación al Juez, quien debe resolver en 72 horas (art. 579).

Se mantiene, por último, la competencia de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales (Disposición transitoria).

Del conjunto de este régimen procesal se puede hacer la siguiente valoración: Introduce, frente al anterior régimen, una aceptable judicialización, limitando la autonomía policial al momento de iniciativa de la intervención. La prórroga de la detención resulta aceptable por su limitación temporal y su control judicial. La Audiencia Nacional queda constitucionalmente normalizada, lo que se produce cuando dicha Audiencia y Juzgados se han acreditado

ampliamente en la vida española contemporánea, bien lejos de su mácula de origen. La incorporación de todo este régimen al articulado de la ordinaria Ley de Enjuiciamiento representa la asunción de la excepcionalidad como normalidad penal y procesal mientras el terrorismo sea, también, normal.

4. DERECHO PENAL SUSTANTIVO DEL TERRORISMO EN LA LEY DE 1988 Y SU COMPARACIÓN CON EL PROYECTO DE 1992

Los elementos más destacables de la regulación son los siguientes:

1. Introduce en el art. 10, 15º la *reincidencia internacional* en términos aceptables. La extraterritorialidad de los delitos de terrorismo y rebeldes quedó consagrada en la Ley Orgánica del Poder Judicial art. 23.4. En el Proyecto 92 se equiparan a estos efectos las sentencias extranjeras a las nacionales en el art. 66.2.

2. Salva de la Ley anterior la cláusula de *agravación de la pena*, determinando la aplicación en su grado máximo en todos los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, salvo que la circunstancia sea elemento constitutivo del tipo. Prescinde de la equiparación anterior del delito frustrado al consumado, duramente criticada. La agravación puede considerarse justificada como consecuencia del mayor grado de injusto que presenta sobre el delito en general la conexión con bandas armadas como peligro, además, para el sistema democrático. Cabe estimar que resultaría más adecuada una agravación facultativa. Omite la referencia a rebeldes.

Todo ello se mantiene en el Proyecto 92 en el art. 66.1, determinante de la pena superior en grado, que lo será en su mitad superior si resultare muerte o lesiones.

3. Remoja la redacción, ahora en los arts. 57 bis b y 98 bis, de la atenuación de la *disociación silenciosa* y de la atenuación y remisión en la *delación*, tanto en la determinación de la pena como a efectos de libertad condicional.

A pesar de la crítica que estos preceptos han merecido en su variante de *premio a la delación*, así como la no menos relevante crítica de su débil aplicación práctica en la escena terrorista española, frente a lo acontecido, por ejemplo, en Italia, debe aprobarse su mantenimiento por valor político criminal que

tiene como un instrumento más en la política de reinserción. Por ello debería ampliarse el beneficio de la libertad condicional a los supuestos del art. 57 *bis b* y *a*, es decir, los supuestos de la disociación silenciosa, posteriores a la condena.

El Proyecto 92 mantiene la cláusula para la determinación de la pena (art. 67), sin hacer referencia a no computar la agravación del art. 66. En su regulación de la libertad condicional no mantiene la cláusula del actual 98 bis, por la que en los supuestos de disociación y delación prescinde de todos los requisitos salvo del cumplimiento de 1/3 de la pena.

Por último, el art. 94 proyecta el conjunto del tiempo de cumplimiento de la pena, ahora 3/4, sobre el total de las penas impuestas, lo que virtualmente excluye la libertad condicional en los casos de acumulación de condenas, es decir, prácticamente en todos los casos salvo en el de condena única por colaboración.

4. La tipificación de la *asociación terrorista* pasa de la Ley especial al Código penal en su lugar sistemático, el art. 174, incorporando a éste un número 3, por el que a los dirigentes de bandas y sus grupos se les castiga con prisión mayor en grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 y a los meros integrantes a prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000. Por cierto, que de estas multas y su elevación a 500.000 a 2.500.000 ptas. se olvidó la Ley 3/89. Responde al sistema de pena mínima de prisión mayor, en toda su extensión o grado máximo.

En el Proyecto 92 se mantiene este sistema de incriminaciones en el art. 530, con penas de prisión de 8 a 14 y de 6 a 12, más inhabilitación de hasta 15 y 14 años(!), penas que para las asociaciones ilícitas comunes son en el caso de los dirigentes de 2 a 4 años de prisión, más multa, y en el de los meros integrantes de 1 a 3 años y multa.

5. En el 174 bis a, reintroduce el tipo de la *colaboración*, conminada con prisión mayor y multa (de 500.000 a 2.500.000 ptas.) con un catálogo *ad exemplum* de formas de colaboración más depurado que el anterior.

Proyecto 92 lo mantiene en el art. 532 con pena de prisión de 5 a 10 años y multa. La novedad radica aquí en que frente a la reprochable equiparación punitiva actual (prisión mayor) entre integrante de la organización y colaborador, ahora para los primeros la prisión es de 6 a 12 y para los segundos de 5 a 10, con lo que se salva el reproche que en su día dirigí al precepto. Se mantiene no obstante la absurda formulación actual que define la colaboración como “facilitarla” y no como “prestarla”.

Debe recordarse que la figura de la colaboración responde tanto al grado de desvalor añadido de la colaboración con el terrorismo, consistente en la prestación sistemática de actos preparatorios ciegos, como a la función práctica de captar con pena elevada supuestos de difícil encaje probatorio en la ejecución o conductas de favorecimiento de delitos no ejecutados, no por ello equiparables a los leves actos preparatorios genéricos.

6. En el 174 bis b, incluye lo que la Ley de 1984 calificaba normalmente de “*delito de terrorismo*”: el que integrante o colaborador de banda armada realice cualquier delito que contribuya a la acción terrorista o rebelde usando armas de fuego o medios explosivos o incendiarios, con independencia de cuál sea el resultado producido. La pena prevista es de prisión mayor en grado máximo, y para los promotores, organizadores o dirigentes del hecho la reclusión menor. La función de este precepto consiste en resolver el problema enojoso de determinar la condición de miembro de banda armada. Así, entre miembro y colaborador sitúa al individuo que, probándose en todo caso que colabora, usa armas y comete otros delitos; no es ni el mero colaborador ni el mero integrante de la banda sorprendido “sin nada”, es el terrorista en acción, el terrorista *tout court*, y para éste se dispone la pena más grave, prisión mayor en su grado máximo, que será reclusión menor en el mismo grado si se trata de dirigente.

Este tipo y su referencia a la irrelevancia del resultado producido fue interpretado por el autor de estas líneas en su día y ha sido aceptado en general en el sentido de que no era irrelevante el grado de ejecución, sino irrelevante tan sólo cual fuera el delito efectivamente consumado, muerte, lesiones, daños, etc. Se trataba así de evitar el despropósito de castigar con reclusión menor a quien es sorprendido dirigiendo la preparación de unas amenazas condicionales lucrativas. Pero para que no haya duda de que tan correcta interpretación no es la deseada por el legislador, el Proyecto 92 lo aclara expresamente en el art. 531.

7. El art. 233, párrafo tercero, contiene la cláusula de *atentado*, un tipo agravado por el que se dispone la pena de reclusión mayor en su grado máximo para terroristas o colaboradores que atenten contra miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Civiles de Seguridad, si resultare muerte o lesiones y con reclusión mayor en los demás casos. El Proyecto 92 no reproduce esta cláusula, pues el resultado agravatorio se consigue ya con el art. 501.

Hasta aquí el sistema sustantivo de represión del terrorismo en el Código penal vigente producto de la Ley de 1988 y sus variantes en el Proyecto 92. Sobre

todo ello el Proyecto 92 incorpora novedades generales que tienen trascendencia directa para los delitos de terrorismo: 1º) En el artículo 77, equivalente al actual 70,2º, es decir, en los supuestos de *concurso real* de delitos castigados con pena de hasta 20 años (así, atentados contra miembros de Fuerzas de Seguridad, funcionarios o cargos públicos del 501, asesinato común del 145) el *máximo de cumplimiento de pena* no será de 20 años (equivalente a los 30 del derecho vigente), sino de 25 años, si fueran condenados por dos o más delitos de los anteriores, y de 30 años cuando alguno de ellos estuviere castigado por la Ley con más de 20 años (es decir, atentado con resultado de muerte). 2º) El art. 78.4, que representa un añadido al art. 71 actual, dispone que en los supuestos de concurso ideal —un solo hecho constituye 2 o más delitos— se sancionará en todo caso por separado cuando con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones. Así, si una sola bomba causa 2 muertos corresponderán 2 penas de 20 años, al menos. En síntesis, el Proyecto comporta como novedades en este punto: a) Tanto en concurso real como ideal se acumulan las penas y se cumplen hasta los límites máximos de 25 a 30 años (77 y 78); y, b) los cómputos de tiempo de cumplimiento para libertad condicional y demás beneficios en los delitos llamados de terrorismo se referirán siempre a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias y no sobre el máximo ordinario de cumplimiento lo que en la práctica viene a excluir a los autores de los delitos terroristas más graves de la libertad condicional y de los demás beneficios automáticos.

En definitiva, el cuadro de tratamiento penal del terrorismo en el Proyecto de Código Penal de 1992 se caracteriza por los siguientes elementos: a) Exclusión de toda referencia a los rebeldes. b) Imposición de la pena superior en grado en todo delito relacionado con la actualidad de grupos terroristas que llega a la mitad superior de ésta si resulta muerte o lesiones (art. 66). c) Atenuación para la disociación y la delación, pero sin efectos para la libertad condicional (art. 67). d) Tipificación de la asociación terrorista (529 y 530) con pena doble respecto de las de asociación común, equivalente a la prisión mayor actual para los miembros y en su grado máximo para los dirigentes. e) Tipificación del delito de colaboración (art. 532) con la pena equivalente a prisión mayor, “reducida” respecto de la del mero miembro de banda. f) Tipificación del delito “de terrorismo” (art. 531) o delito cometido por integrante o colaborador de banda armada usando arma de fuego o explosivos con independencia del resultado, castigándolo con prisión de 6 a 14 años y, si es dirigente, de 10 a 15, es decir, equivalente a las actuales de prisión menor o reclusión menor. g) Aplicabilidad genérica de la agravación en el atentado (art. 501) con pena

de 20 a 25 años si resulta muerte y de 15 a 20 si lesiones. h) En los supuestos de concurso ideal, si los delitos que se producen son dos o más de lesiones u homicidio dolosos, se penan por separado y se cumplen sucesivamente (art. 78.4). i) La acumulación de penas determina en los delitos más graves una elevación del máximo de cumplimiento ordinario de 20 años a 25 y 30, según los casos (art. 77). j) La libertad condicional se proyecta sobre un cómputo de cumplimiento de 3/4 de la suma del tiempo total acumulado de las condenas (art. 94).

* * *

Y ahora, para concluir sobre el conjunto de la legislación penal vigente y sus modificaciones previstas en el Proyecto en relación al régimen de tratamiento del terrorismo derivado de la Ley de 1988, creo que se puede manifestar lo siguiente: En primer lugar, resulta aceptable desde el punto de vista de los derechos fundamentales, pues ha corregido los excesos en que se incurría en el sistema anterior, judicializando todo el sistema, salvo en el momento concreto de la iniciativa de la adopción de la medida, limitando la prórroga de la detención a un tiempo razonable, no peligroso para los derechos más fundamentales del detenido y con control judicial. En segundo lugar, el sistema de tipificación de delitos y penas mantiene un grado de represión muy elevado, aunque necesario, y sin tratamientos desproporcionados. Todo ello se adecúa a las transformaciones que ha experimentado en España el terrorismo, el sistema judicial y policial y las relaciones entre terrorismo y sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Me ocupé por primera vez del terrorismo en **La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo**, en *Cuadernos de Política Criminal* n° 15, 1981, págs. 379 y ss., y, más tarde, en **Terrorismo y sistema penal**, en *Reforma Política y Derecho*, dir. por Clemente Auger, Ministerio de Justicia, 1985, págs. 153 y ss. Para todo lo posterior, incluidas las referencias bibliográficas, v. TERRADILLOS BASOCO, **Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal**, Madrid, Tecnos, 1988.

OTRA VEZ: LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

(AL MISMO TIEMPO, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DELITOS CON
OBJETO PLURAL INEQUÍVOCAMENTE ILÍCITO, SOBRE LOS DE ACTIVIDAD
Y SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 15 DEL
CÓDIGO PENAL)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- A. La categoría de los “delitos con objeto plural inequívocamente ilícito”.
- B. La supuesta prevalencia de lo moral sobre lo económico en los delitos contra la propiedad intelectual.
 - 1. El argumento de la no exigencia de perjuicio patrimonial.
 - 2. El argumento del plagio.

C. Conclusión. Los derechos de explotación como bien jurídico protegido prioritariamente por los delitos contra la propiedad intelectual.

III. LAS INFRACCIONES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO SUPUESTOS DELITOS DE ACTIVIDAD.

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

V. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección 3ª del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal, ha introducido en ese texto legal los arts. 534 bis a) y sgs. en los que se abandona el hasta entonces vigente sistema de tipificación, como norma penal en blanco, de los delitos contra la propiedad intelectual, para pasar a configurarlos como un catálogo cerrado de conductas delictivas. De algunos problemas de esta nueva Ley penal me he ocupado recientemente en otro lugar ⁽¹⁾. En lo que sigue voy a abordar ulteriores cuestiones.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A. La categoría de los “delitos con objeto plural inequívocamente ilícito”

El art. 534 bis a) constituye el “tipo básico”; el 534 bis b), en cambio y como se deduce directamente de la letra de la Ley (“quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior”), carece de vida propia y sus distintos supuestos sólo entran en juego para agravar la pena de quien previa o simultáneamente realiza (o ha realizado) alguno de los supuestos previstos en el 534 bis a).

Ciertamente que los delitos contra la propiedad intelectual pueden consistir en la “comunicación pública”, “*sin distribución previa de ejemplares*” y sin la autorización de los correspondientes titulares, de, por ejemplo, una obra audiovisual. Pero los antecedentes de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (LPI) y de la Ley Orgánica 6/1987, así como la propia letra de la Ley penal —“importare, exportare o almacenare *ejemplares*”, art. 534 bis a), último párrafo, “cantidad o valor de las copias ilícitas”, art. 534 bis b) 2 a)— ponen de manifiesto que el núcleo de las conductas prohibidas —tanto por la frecuencia de su realización como por su potencialidad de defraudación patrimonial— está integrado por una modalidad comisiva que tiene como objeto material del delito *copias o ejemplares* ilegales. Esa modalidad pertenece a una categoría

(1) Cfr. Gimbernat, *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990, págs. 306-312.

de delitos que hasta ahora ha pasado desapercibida como tal categoría y que voy a denominar “delitos con objeto plural inequívocamente ilícito”, que tienen en común que se realizan *sobre una pluralidad de cosas o una cantidad indeterminada de mercancías*, que ostentan, ab initio o en un momento posterior, un *inequívoco carácter delictivo*. Como ejemplos de esta clase de delitos pueden mencionarse, por lo menos en algunas de sus formas de realización, el tráfico de drogas, la falsificación de moneda, el contrabando y, también y finalmente, los delitos contra la propiedad intelectual.

Como ya he señalado, entre los comportamientos más graves que los arts. 534 bis a) y sgs. tratan de impedir figuran los de hacer llegar al público —y es en ese momento cuando se produce el daño patrimonial para los distintos titulares— ediciones piratas o plagarias de libros, fonogramas o videogramas. Pero como ese comportamiento ilícito penal no surge espontáneamente, sino que, por formar parte de un largo proceso, viene precedido necesariamente de otras actividades tales como las de reproducir, importar, exportar o almacenar copias no autorizadas, de ahí que el legislador —porque tienen un carácter inequívocamente delictivo— haya optado por tipificar esas conductas previas como delitos de peligro abstracto, estableciendo una sanción unitaria para todas las fases del proceso. A la misma técnica legislativa responde la punición, como delitos de peligro abstracto, de la fabricación o importación de moneda falsa, de la elaboración de drogas o de la introducción en España de cartones de Marlboro: esos comportamientos tienen un significado tan concluyente que en la falsificación de moneda por ejemplo, y una vez impresos los billetes fraudulentos de 10.000 pesetas, carecería de todo sentido politicocriminal que el Derecho penal tuviera que permanecer con los brazos cruzados sin poder intervenir hasta que el delincuente, al expender el dinero ilegítimo en un supermercado, decidiera lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado. Por los mismos motivos, en los delitos contra la salud pública o de contrabando, el Derecho penal tampoco espera: le basta para que la conducta sea plenamente delictiva con que las sustancias psicotrópicas se fabriquen o se almacenen, con que los géneros estancados se importen, sin que sea necesaria su venta ni, con ello, la lesión real del interés jurídico protegido.

La conclusión de que algunas modalidades —las más frecuentes y las de mayor gravedad— de los delitos contra la propiedad intelectual pertenecen a la categoría de los “delitos con objeto plural inequívocamente ilícito” nos va a servir de ayuda para determinar cuál es el interés jurídico que aquéllos protegen. De esta cuestión paso a ocuparme a continuación.

B. La supuesta prevalencia de lo moral sobre lo económico en los delitos contra la propiedad intelectual

Un sector de la doctrina ha mantenido la tesis de que en las infracciones de los arts. 534 bis a) y sgs. lo decisivo es, no el factor patrimonial, sino el personal del derecho de autor, formulándose la propuesta de que, por pertenecer el derecho moral a los derechos de la personalidad, los delitos contra la propiedad intelectual sean extraídos del Título XIII ("Delitos contra la propiedad"), que es donde ahora figuran, para pasar a formar un nuevo Título integrado sistemáticamente dentro de o en torno a los delitos contra el honor, el estado civil o la libertad y seguridad ⁽²⁾. Todo ello —la prevalencia de lo moral sobre lo económico— se fundamenta con los dos siguientes argumentos.

1. El argumento de la no exigencia de perjuicio patrimonial

a) Se dice, en primer lugar, que como en varias de las conductas tipificadas en los arts. 534 bis a) y 534 bis b) no es necesario perjuicio patrimonial

(2) Cfr. Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1988, pág. 155: "Su lugar adecuado [sc. de los delitos contra la propiedad intelectual] podría encontrarse... inmediatamente antes de los delitos contra el patrimonio y después de otros bienes jurídicos más personalísimos, como son la libertad y la seguridad" (en el mismo sentido, Díaz y García, *Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido*, ADPCP 1990, pág. 854); Queralt, *Addenda al Derecho penal español*, Parte Especial, vol. II, Barcelona 1988, pág. 17: "En consecuencia, debería procederse a extraer... de los delitos contra el patrimonio en general este delito [sc. contra la propiedad intelectual] e incluirlo entre las infracciones contra los derechos de la personalidad"; Roldán, *Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, LL 1988 (núm. 1.943), pág. 6: "Mi opinión, por tanto, es que los delitos contra las creaciones intelectuales deben identificarse con título legislativo propio o, en su defecto, con un capítulo individualizado dentro del título relativo a los delitos contra la libertad"; Quintero, en: Gómez Benítez/Quintero, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid 1988, págs. 110, 112; Bustos, *Addenda al Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Barcelona 1989, pág. 25: "Luego habría que concluir que en la actualidad con la reforma y modo consecuente con la Constitución y la Ley de Propiedad Intelectual el bien jurídico protegido es un derecho personalísimo del autor y, por tanto, se trata de un delito que debe quedar excluido de los delitos contra el patrimonio y colocado sistemáticamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que aparece como una forma de la libertad de expresión. Sólo en el caso de las agravaciones especiales del art. 534 bis b) el legislador considera el interés patrimonial"; Ferré, *Delitos contra los derechos de autor* [trabajo en prensa en ADPCP 1991, fascículo I, del que cito de la paginación del manuscrito con la amable autorización del autor], págs. 9/10.

En contra, con razón como más adelante veremos, Quintano, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo III: Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, 2ª ed., puesta al día por García Valdés, Madrid 1978, pág. 583; "De aceptarse, por el contrario, las adversas extremas posturas de sedicente espiritualidad, de quienes ven en estos delitos atentados inmediatos a la personalidad, habría que trastocar toda la sistemática penal, y encuadrarlos en los de contra las personas, con lo que entiendo se ampliaría de modo monstruoso su radio de acción, en perjuicio, no sólo de la dogmática, sino de la claridad de conceptos... La sublimación personalista de lo intelectual... [es] ... pura teoría, cuando no pura retórica".

alguno, de ahí se sigue que la única razón que puede explicar la punición de esos comportamientos es que con ellos se están lesionando, no los derechos patrimoniales —que no resultan afectados en nada, por ejemplo, por una mera reproducción sin comercialización posterior—, sino sólo y exclusivamente el derecho moral del autor, que sería, por consiguiente, el interés protegido prioritario⁽³⁾.

Los que así argumentan ignoran, por una parte, que la reproducción (art. 18 LPI), y el almacenamiento, importación o exportación de copias [como actividades obviamente encaminadas a la distribución (art. 19 LPI)], figuran entre los derechos de explotación (arts. 17 y sgs. LPI), y no entre los derechos morales recogidos en los arts. 14 y sgs. LPI. Desconocen, también, que la razón por la cual se castiga la reproducción o el almacenamiento reside, no en la lesión de derecho moral alguno, sino en que ello está destinado a desembocar en una distribución, esto es: *en un perjuicio económico* si las copias llegan al público. Pasan por alto, además, que el castigo de la fabricación o el almacenamiento de mercancías ilegales es la técnica seguida por el legislador en otros delitos de estructura semejante (los que hemos llamado con objeto plural inequívocamente ilícito), y que nadie hasta ahora había tenido la ocurrencia de afirmar que los delitos de peligro abstracto: la elaboración de droga o la impresión de moneda falsa, protegen un bien jurídico distinto —¿cuál podría ser éste si no es, respectivamente, la salud pública o la seguridad del tráfico jurídico?— del que tutela el correspondiente delito de lesión (expedición de la moneda, entrega de la droga). Y olvidan, finalmente, que la Ley penal protege indiscriminadamente contra la reproducción y el almacenamiento de copias ilegales

(3) Cfr., en este sentido, Queralt, *Addenda 1988*, pág. 17: “En efecto, la nueva redacción se fundamenta en un derecho de autor... concebido como derecho de la personalidad. La prueba se manifiesta en que en el art. 534 bis a) se contiene una conducta punible sin que se hable para nada de perjuicio económico: contiene la protección de un derecho moral”; Roldán, LL 1988 (núm. 1.943), pág. 7: “... tampoco la reproducción ilegal que contempla el art. 534 bis a) puede entenderse sólo —ni siquiera prioritariamente— en términos patrimonialistas” por “la razón fundamental” de que “el delito del art. 534 bis a) se consuma con la mera actividad reproductora, no requiriéndose la producción de perjuicio patrimonial alguno”; Quintero, en: Gómez Benítez/Quintero, *Protección*, 1988, pág. 30; Bustos, *Addenda*, 1989, págs. 24/25; Soto Nieto, *Delitos contra los titulares de la propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, pág. 390; Boix, en Cobo y otros, *Derecho penal*, Parte Especial, 2ª ed. (1990), pág. 943: “La no exigencia de perjuicio en determinados supuestos acentúa la vertiente moral del derecho protegido. Ello es, sin duda, acertado, frente a las posiciones que persisten en patrimonializar fundamentalmente el derecho de autor”; Díaz y García, ADPCP 1990, págs. 834 y sgs., 838; Ferré, ADPCP 1991, pág. 8: “Inclusive puede hablarse de una ligera preeminencia de los derechos morales sobre los derechos de explotación, lo que explica que en el tipo básico no se exija un perjuicio económico aunque se afecten derechos de explotación (ej. reproducción ilegal de una obra que aún no ha sido puesta a la venta)”.

—como tales actividades y aunque no haya perjuicio ulterior— a sujetos pasivos (cesionarios, intérpretes, productores de fonogramas) a los que la LPI no reconoce derechos morales de autor, de donde se sigue, necesariamente, que esas conductas se castigan, no por la lesión de un derecho moral que esos sujetos pasivos no ostentan, sino por la amenaza a uno patrimonial que sí que les corresponde.

2. El argumento del plagio

a) En segundo lugar, se acude al argumento de que incluso en el tipo básico del 534 bis a) figura como conducta incriminada la de “plagiar”, lo que confirmaría la prevalencia de lo personal sobre lo patrimonial, dado que esta actividad afectaría al derecho moral, pero no al de explotación del autor⁽⁴⁾.

b) Pero, independientemente de que el CP no distingue y protege a todos los titulares de la propiedad intelectual contra una ilícita explotación de sus obras —tanto si esa explotación consiste en una reproducción idéntica de la obra como si consiste en una reproducción plagaria—⁽⁵⁾, este argumento tampoco puede convencer, ya que —como paso a demostrar a continuación— la conducta que castiga el art. 534 bis a) no es un plagio sin más, sino sólo *un plagio realizado para ser explotado posteriormente*.

aa) Ello deriva, en primer lugar, de la ubicación sistemática de la expresión “plagiare” en el 534 bis a), en cuanto que antecede a “distribuyere” o “comunicare”, de donde se deduce que el plagio —como la “reproducción”— que se castiga es el que *está destinado a una ulterior distribución o comunicación*,

(4) Cfr. Roldán, LL 1988 (núm. 1.493), pág. 6: “En la construcción de los nuevos tipos penales, la reforma ha acogido, en cambio, una opción claramente personalista. Ha establecido una serie de figuras delictivas que lesionan inequívocos derechos morales del autor. Así, ... el plagio”; Bustos, *Addenda 1989*, pág. 24; Boix, en: Cobo y otros, *Derecho penal*, PE, 2ª ed. (1990), pág. 944: “La conducta básica consiste desde la perspectiva moral en plagiar”; Díaz y García, ADPCP 1990, págs. 842, 844; Ferré, ADPCP 1991, pág. 17: “En el tipo básico se intenta proteger el aspecto personal con la persecución del plagio”.

(5) Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero (A. 1129) de 30 de mayo (A. 3492) de 1984, así como la de 9 de junio de 1990 (A. 5251) consideran delito contra la propiedad intelectual el plagio, para su distribución, de obras fonográficas, incluso para el supuesto de que se hayan liquidado los derechos de los autores de la música y de la letra de las canciones grabadas. Aunque en todas esas resoluciones se aplicó el art. 534 párrafo primero, en su versión anterior a la reforma de 1987, la última sentencia —la de 9 de junio de 1990— es posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por lo que si el TS hubiera estimado que el plagio de obras fonográficas había dejado de ser delito después de la reforma, debería haber confirmado la sentencia absolutoria de la Audiencia —en lugar de ello, revocó la sentencia de instancia y condenó por defraudación de la propiedad intelectual— en aplicación del principio de retroactividad de las leyes penales favorables.

prescindiendo de si estas dos últimas actividades se han realizado o no efectivamente.

bb) Lo que acabo de afirmar no constituye, por otra parte, novedad alguna, sino que únicamente confirma que sigue siendo válida —también después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1987— la tesis de mi maestro, Quintano Ripollés, de que un plagio que afecta sólo al derecho moral, pero no al de explotación del titular, de que un plagio, por consiguiente, que no va a ser distribuido ⁽⁶⁾ ni comunicado públicamente ⁽⁷⁾ en el sentido de la LPI, es una conducta atípica ⁽⁸⁾, lo que se sigue directamente del principio *general* de interpretación teleológica de que una conducta *formalmente típica no es*, sin embargo, *punible*, si, por más que literalmente cumpla con todos los requisitos legales, no obstante y en el caso concreto no lesiona el bien jurídico protegido.

De ahí que, a pesar de ser formalmente típica en el sentido del art. 344 la conducta de comprar una importante cantidad de droga (“tráfico”), no sea punible, excepcionalmente, si en el caso concreto *ello no supone peligro alguno para el bien jurídico protegido* de la salud pública, que es lo que sucede cuando el adquirente es un agente (provocador) de Policía, quien, al comprar, no sólo no daña, sino que preserva la salud pública, porque ese comportamiento está dirigido precisamente a retirar del mercado las sustancias peligrosas ⁽⁹⁾. De ahí también que, a pesar de ser literalmente subsumible en el art. 269 (falsificación de la firma del Jefe del Estado o de los ministros), “sea irrelevante en Derecho”, sin embargo y tal como exponía, con razón, Quintano, “el acto de fingirse la firma de un ministro” para incorporarla a “las hojas del álbum de autógrafos por mera vanagloria de coleccionista”, pues para que el hecho sea

(6) Art. 19 LPI: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”.

(7) Art. 20.1 LPI: “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”.

(8) Véase Quintano, *Tratado III*, 2ª ed., 1978, págs. 612 (“... suplantaciones o plagios que permanezcan en la esfera exclusivamente privada... difícilmente pueden adquirir rango criminal. Tal sería el caso... del enamorado que, parvo de Minerva, plagiar sonetos de cualquier poeta para obsequiar a su amada”), 616 (“Sería insensato... exigir responsabilidades penales... al poco inspirado amante que en sus epístolas dirigiera a la amada estrofas de un poeta insigne”).

(9) Que el agente provocador no incurre en estos casos en responsabilidad criminal es correcta y unánime doctrina del TS (“el agente llamado provocador... con su actuación permite el descubrimiento de las infracciones delictivas y su no agotamiento”, sentencia de 27 de febrero de 1990, A. 1633). Para un examen de la jurisprudencia hasta 1982, véase Ruiz Antón, *El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP 1982, págs. 137 y sgs.

punible “es menester que la firma se inserte en algún documento susceptible de incorporarse al tráfico jurídico” ⁽¹⁰⁾, es decir y con otras palabras: *susceptible de atacar el bien protegido por el art. 269 de la seguridad del tráfico jurídico*. Y de ahí, finalmente y tal como hemos expuesto anteriormente y por lo que se refiere al objeto de este trabajo, que, a pesar de estar abarcada por el tenor literal del art. 534 bis a), carezca de relevancia jurídicopenal la conducta imaginada por Quintano del pretendiente que, para conquistar a su amada, le dirige unos versos plagiados, pues aunque ello lesione el derecho moral del verdadero autor del poema, no afecta, sin embargo, a sus derechos de explotación, cuya lesión, potencial o real, es requisito sine qua non para que concurra un delito contra la propiedad intelectual: la ubicación sistemática de esos delitos en el Título XIII exige, para que pueda hablarse de un hecho punible, *la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido*, es decir: de un derecho patrimonial (que en el caso de los delitos que nos ocupan es el de explotación), *no siendo preciso*, en cambio, que con ello se lesione, también y accesoriamente, un derecho moral.

cc) A la misma conclusión de que el plagio no destinado a la explotación es una conducta impune se llega teniendo en cuenta que la “usurpación de la condición de autor sobre una obra” [art. 534 bis b). 1 c)], esto es: el comportamiento, no de quien imita (plagia) un poema de, por ejemplo, Rafael Alberti, sino de quien va aún más lejos y se atribuye una obra del poeta *tal y como la ha creado* ⁽¹¹⁾, sólo es punible, dado que el 534 bis b) 1 c) tiene que ir nece-

(10) Quintano, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV: Infracciones contra la comunidad social, coordinado por Gimbernat, Madrid 1967, pág. 564.

(11) Mantener, como hace Roldán LL 1988 (núm. 1.943), pág. 7 (a quien siguen: Jufresa/Martell, *Los delitos contra los derechos de autor*, RJC 1991, pág. 636, y Ferré, ADPCP 1991, pág. 32, mostrándose indeciso Díaz y García, ADPCP 1990, págs. 844, 845; en contra, contundentemente, Arroyo/García Rivas, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz, Madrid 1989, pág. 1.995 y 1.995 nota 27) que con la “usurpación de la condición de autor” no se tipifica, como mantengo en el texto (y anteriormente mantuve en Estudios, 3ª ed., 1990, págs. 310/311), el *plagio total*, esto es: la conducta de quien, por ejemplo, hace pasar como suya una obra de García Márquez, sino —eso opina Roldán— justamente todo lo contrario: la de quien escribe una novela, y, para “aprovecharse de su fama y mérito intelectual”, atribuye su propia obra a García Márquez, supone una interpretación de la que lo menos que se puede decir es que no respeta el principio de legalidad. El 534 bis b) 1 c) presupone (“quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior”) que la conducta del sujeto activo sea subsumible, *asimismo y sin excepción posible*, en el tipo básico del 534 bis a), y si yo publico una novela mía atribuyéndosela a García Márquez, es evidente que no estoy distribuyendo una obra literaria “sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual”, ya que el titular de esos derechos sobre esa obra mía soy precisamente yo, y no el novelista colombiano; en tal caso no puede haber delito de los arts. 534 bis a) y sgs., porque me estoy limitando a hacer uso del nombre: Gabriel García Márquez contra la voluntad de éste, pero ni los nombres y apellidos constituyen una “obra literaria, artística o científica”, ni consiguientemente existe sobre ellos derecho de propiedad intelectual alguno: en tal caso únicamente puede haber, como mantienen, con razón, Arroyo/García Rivas, op. cit., pág. 1.995, delitos de falsedad (por faltar a la verdad sobre quién es el autor de un determinado libro) y de estafa (por engañar a los compradores, haciéndoles creer que adquieren una novela del Nobel colombiano).

sariamente conectado al tipo básico del 534 bis a), si esa obra usurpada se “reproduce”, es decir, se obtienen copias de ella, o se distribuye o comunica públicamente. Por consiguiente: Si lo más grave —usurpar *íntegramente* la obra de otro— sólo es punible, como se deriva inequívocamente de la letra de la ley, si esa lesión del derecho moral va unida a una puesta en peligro (“reproducción”) o a una lesión (“comunicación”, “distribución”) de los derechos de explotación, entonces con mayor motivo será igualmente impune la conducta de quien, sin llegar a usurpar la obra, “sólo” la plagia con un fin —como en el ejemplo del amante poco inspirado construido por Quintano— que excluye la explotación económica.

C. Conclusión. Los derechos de explotación como bien jurídico protegido prioritariamente por los delitos contra la propiedad intelectual

De todo lo expuesto, y resumiendo, se sigue: *Todas* las conductas castigadas en los arts. 534 bis a) y sgs. afectan a los *derechos económicos* de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto (“reproducción”, “almacenamiento”⁽¹²⁾), bien de lesión (“comunicación”, “distribución”). Esta afirmación rige igualmente para el “plagio”, que sólo es punible cuando supone un riesgo o menoscabo de los derechos de explotación, siendo irrelevante jurídicopenalmente cuando no está destinado a ser distribuido ni comunicado públicamente. Por consiguiente, el ataque a los derechos personales —por ejemplo, la infracción del derecho de divulgación [art. 534 bis b). 1 c)]— únicamente se castiga en el caso de que vaya vinculado, al mismo tiempo, al riesgo o lesión de intereses patrimoniales. En cambio, la vulneración de derechos morales en, por así decirlo, estado químicamente puro⁽¹³⁾, es decir: sin trascendencia eco-

(12) De ahí que no pueda plantearse la cuestión —aunque se la plantean la Circular núm. 2/1989, de 20 de abril, de la Fiscalía General del Estado, reproducida en ADPCP 1989, pág. 686; Delgado Porras, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid 1988, pág. 125; Quintero, en Quintero/Gómez Benítez, op. cit., págs. 75 y sgs.; Polaino, PJ núm. especial IX, pág. 431; Ferré, ADPCP 1991, pág. 23— de un posible concurso entre, por una parte, el almacenamiento (e incluso la importación y exportación) y, por otra, el encubrimiento o la receptación: el almacenamiento de copias reproducidas ilegalmente no es un comportamiento postdelictivo (esto es: posterior a la consumación), sino que es, por el contrario y en sentido técnico, un acto preparatorio de la “comunicación” o “distribución” finales. Estas dos últimas conductas constituirían en un delito de estructura ordinaria las de consumación; pero como aquí estamos en presencia de uno con objeto plural inequívocamente ilícito, de ahí que el legislador, como hace en otros hechos punibles semejantes, haya optado por tipificar expresa y excepcionalmente los actos preparatorios, amenazando con una penal igual todas las fases del proceso que finaliza con la lesión del bien jurídico.

(13) Con razón se refería Quintano, *Tratado III*, 2ª ed. (1978), pág. 605, “al ensamblaje de lo ético y lo económico que forzosamente ha de tener no poco de artificioso, siendo fuente de las máximas dificultades al tratar de precisarse los límites de tan heterogéneos valores, que en la realidad existencial se presentan indisolublemente unidos las más de las veces”.

nómica alguna, por ejemplo: del derecho del autor a retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, o del de acceder al ejemplar único o raro de la obra que se halla en poder de otro (art. 14,6º y 7º LPI) no ha sido tipificada como delito por el legislador penal y sólo es constitutiva de un ilícito civil. Concluyo: Como los delitos contra la propiedad intelectual afectan *siempre* a derechos de explotación, y como las infracciones de derechos morales sin repercusiones económicas no constituyen *nunca*, por sí solas, conductas delictivas, de ahí que sea evidente que aquellos delitos se han creado para proteger *prioritariamente* intereses patrimoniales y sólo *secundaria y esporádicamente* los de índole personal ⁽¹⁴⁾.

III. LAS INFRACCIONES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO SUPUESTOS DELITOS DE ACTIVIDAD

A. La circunstancia de que algunas de las modalidades de los delitos contra la propiedad intelectual están configuradas como de peligro abstracto, sin que sea requisito del tipo la producción de un perjuicio patrimonial, sin que sea requisito típico, por consiguiente y expresándolo con mayor rigor, la vulneración del derecho de explotación, ha hecho surgir la tesis de que nos encontramos ante delitos de actividad ⁽¹⁵⁾, en los que, por ello, no sería imaginable ni la tentativa ni la frustración ⁽¹⁶⁾.

(14) Con diferentes matices, y a veces vacilaciones, esta es también la tesis que mantienen en lo esencial: Carmona, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1988, págs. 192/193, 196/197; *la misma*, Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por Cobo, tomo XIII: Propiedad industrial e intelectual. Libertad sexual. Incendios forestales, Madrid 1991, págs. 127, 128/129; Delgado Porras, *Panorámica*, Madrid 1988, pág. 117; Arroyo/García Rivas, *Comentarios*, 1989, págs. 1.990/1.991; Muñoz Conde, *Derecho penal*, Parte Especial, 8ª ed., Valencia 1990, pág. 305; Morillas, *Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal*, PJ núm. especial IX, pág. 423; Polaino, *Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, págs. 426/427; Soto Nieto, PJ núm. especial IX, págs. 370/371, 382, 397.

(15) Así, Carmona, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, 1988, págs. 348/349; Quintero, en Gómez Benítez/Quintero, *Protección*, 1988, págs. 30, 34, 113, 118, 119; Circular 2/1989 de la F.G. del E. ADPCP 1989, pág. 679; Vega Vega, *Derecho de autor*, Madrid 1990, pág. 239: "El modo de describir las conductas del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual nos lleva a conformarlos como delitos formales o de simple actividad, sin que se requiera la producción de ningún resultado ulterior —esto es, daño o perjuicio moral o patrimonial—, para que pueda considerarse consumado el delito. La acción estará consumada, pues, cuando se haya ejecutado íntegramente alguna conducta básica prevista en la ley"; Ferré, ADPCP 1991, pág. 18 nota 36, pág. 26.

(16) En este sentido, por ejemplo, Carmona, op. cit., pág. 349; Quintero, op. cit., pág. 119; Circular de la F.G. del E. cit. ADPCP 1989, pág. 679.

Independientemente de que, como veremos más adelante, una cosa es el resultado material del delito y otra muy distinta la lesión efectiva del bien jurídico protegido, antes de tomar posición sobre esta cuestión quiero hacer algunas precisiones sobre lo que entiendo por delito de actividad.

B. A diferencia de los delitos de resultado, en los que se puede distinguir, al menos teóricamente, entre un comportamiento, un resultado y una relación de causalidad entre aquél y éste, en los delitos de actividad, en cambio —eso se dice—, no tiene sentido establecer o no establecer relación causal con resultado alguno, dado que tales delitos se agotan en un movimiento corporal. Así, Mezger⁽¹⁷⁾ escribe: “En los llamados delitos simples de actividad el tipo juridicopenal se agota en el movimiento corporal del agente, sin exigirse «resultado externo»”. Y Baumann/Weber argumentan que ellos no incluyen al resultado en su concepto de acción, porque “si así fuera el caso, entonces ese concepto de acción sería idóneo para los delitos simples de actividad. Precisamente éstos [sc. porque no tienen resultado] nos obligan a extraer del concepto de acción el resultado del actuar”⁽¹⁸⁾.

Pero si existieran acciones consistentes en una mera actividad sin resultado alguno, si todo quedase reducido a algo que no trasciende del (o al⁽¹⁹⁾), sujeto,

(17) Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2ª ed., Munich y Leipzig 1933, pág. 97.

(18) Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9ª ed., Bielefeld 1985, pág. 203. Cfr., además, Cobo/Vives, *Derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Valencia 1990, pág. 293, quienes estiman que “en los tipos [sc. de actividad] que no exigen una producción [sc. del resultado], la conducta típica se halla constituida exclusivamente por la objetivación de la manifestación externa de voluntad”.

(19) Mi concepto de comportamiento (cfr. Gimbernat, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990, págs. 189/190 y passim) como “relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales” debe ser en parte corregido en el sentido que expongo a continuación. En prácticamente todos los comportamientos tipificados por el Derecho penal la relación con el mundo exterior consiste en incidir sobre éste provocando o permitiendo modificaciones. Pero a veces, y muy ocasionalmente, lo que el Derecho penal considera delictivos son comportamientos en los que lo que se castiga no es incidir sobre el mundo exterior, sino que el mundo exterior, a consecuencia de un movimiento o de un no-movimiento del sujeto, incida en éste. Así, cuando el sujeto pone en marcha mediante una actividad (comportamiento) que ondas sonoras o luminosas tengan acceso a través de sus sentidos a las zonas corticales de su cerebro, produciéndose las correspondientes percepciones sensoriales (resultado), que es lo que sucede en los *comportamientos* tipificados como delitos contra la intimidad o de descubrimiento de secretos; pues éstos consisten en que el autor, realizando las *actividades* de apoderarse de los papeles de otro (art. 497 CP), de interceptar comunicaciones telefónicas, o de utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido (art. 497 bis), obtiene percepciones sensoriales (*resultado*) que violan el secreto o la intimidad del sujeto pasivo.

Por consiguiente, amplío mi concepto del comportamiento (como presupuesto no normativo del delito) en el sentido de que la relación del sujeto con el mundo exterior puede consistir, además de en producir resultados en éste, también en que sea el mundo exterior el que produzca resultados en el sujeto.

entonces ello tampoco podría perjudicar a nadie; y si no perjudica a nadie, no se entiende qué legitimación puede tener entonces el Derecho penal para intervenir y sancionar. En realidad, los delitos de actividad no se caracterizan por que no producen un resultado, sino únicamente porque el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad. Decir que delitos tales como la violación o el allanamiento de morada consisten —y se agotan— en la actividad de acceder carnalmente a otra persona o de entrar en una morada ajena, supone una visión parcial que sólo contempla el acontecimiento desde la perspectiva del agente. Pero desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, esas actividades causan en el mundo exterior el resultado de una persona accedida carnalmente o de una morada invadida en contra de la voluntad de su morador, y es porque aquellas actividades *producen estos resultados* por lo que el Derecho penal interviene. Con otras palabras: Los delitos de actividad no se distinguen de los de resultado en que aquéllos no, pero éstos sí producen modificaciones en el mundo exterior: las dos categorías consisten en una actividad en relación de causalidad con un resultado, pero mientras que en las segundas es imaginable teóricamente —y en eso se distinguen unos de otros— la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado (por ejemplo: entre el envío del paquete-bomba y la muerte de la víctima a consecuencia de la explosión) y, con ello, también posibles problemas (causales) sobre a qué actividad ha de ser reconducido el resultado, en los delitos de actividad, en cambio, el resultado *siempre* tiene lugar *simultáneamente* con la actividad desplegada por el agente, y, por ello, la constatación de la relación de causalidad entre acción y modificación del mundo exterior —que en estos delitos, exactamente igual que en los de resultado, es un elemento del tipo— nunca puede presentar problema alguno (¿qué duda puede haber de que el resultado: persona carnalmente accedida o morada allanada, fue causado precisamente por el sujeto que realizó la actividad de acceder carnalmente o de entrar en la vivienda ajena?).

C. Por todo ello, la frase de v. Liszt ⁽²⁰⁾, frecuentemente criticada cuando no ridiculizada ⁽²¹⁾, de que “los delitos que se cometen mediante la palabra hablada” tienen un resultado consistente en la “provocación de ondas en el

(20) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2ª ed., Leipzig 1884, pág. 108.

(21) Por, entre otros: Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe I, Tübingen 1930, pág. 161; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), pág. 525; Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft, Marburg 1964, pág. 7; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3ª ed., Berlin-Bonn-Munich 1981, pág. 61; Bockelmann/Volk, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., Munich 1987, pág. 44. Cfr. también Eb. Schmidt, Soziale Handlungslehre, Engisch-Festschrift, Frankfurt a. M. 1969, pág. 343.

aire y en procesos fisiológicos en el sistema cerebral de la víctima” no hace sino expresar con rigor cuál es el sustrato material (ontológico) que tiene que concurrir *necesariamente* para que un acontecimiento pueda ser desvalorado (normativamente), *como comportamiento*, por el Derecho penal. Después de haber expuesto en la 2.^a edición de su Lehrbuch su concepto de acción (§ 28)⁽²²⁾, v. Liszt incluye su denostada frase que acabo de citar en un ulterior epígrafe (§ 29)⁽²³⁾ dedicado a estudiar el tema: “acción y resultado”, y lo único que con esa frase quiere decir es —nada más, pero también nada menos— que todos los delitos —también los de actividad— tienen —y se castigan por— un resultado que causan. Si hubiera que criticar algo, ello sería que un siglo largo más tarde todavía haya autores que piensen que puede haber delitos sin resultado, desconociendo u olvidando las sabias palabras de v. Liszt: “Después de lo dicho, es absolutamente incorrecto distinguir entre delitos *materiales* y *formales*, incluyendo en los primeros a aquellos en los que se produce un resultado externo y en los últimos a aquellos en los que no es éste el caso”⁽²⁴⁾.

D. Los autores⁽²⁵⁾ que mantienen que la “reproducción” de ejemplares ilegales del art. 534 bis a) es un delito de actividad porque, al no ser necesario perjuicio patrimonial alguno, lo que se castiga es una mera conducta sin resultado ulterior, confunden la lesión (*ideal*) del bien jurídico protegido —que en la simple conducta de reproducción no tiene lugar efectivamente, porque se trata de un delito de peligro abstracto— con el resultado *material* del delito que vaya si existe en el comportamiento que nos ocupa: el resultado es algo tan visible y tangible como las copias fraudulentas consecuencia de la actividad prohibida de reproducir.

Pero que la conducta típica de reproducir tenga un resultado tan fácilmente perceptible como lo son los ejemplares ilícitos no nos dice nada aún sobre si estamos ante un delito de resultado o uno de actividad; pues, como acabamos de ver, la diferencia entre una y otra categoría reside no en que uno produzca y otro no una modificación —ya que ambos la producen—, sino en si es imaginable una distancia espacio-temporal entre actividad y resultado. Y como, por una parte, la acción de apretar el botón o el mando a distancia que ponen en movimiento la fotocopidora o la máquina duplicadora de videogramas o fonogramas, y, por otra, el resultado de esa acción, a saber: los ejemplares

(22) V. Liszt, op. cit., págs. 104-107.

(23) Op. cit., págs. 107-109.

(24) Op. cit., pág. 108 nota 1 (subrayados en el texto original).

(25) Referencias supra nota 14.

ilegales, no se producen simultáneamente, de ahí que estemos ante un delito de resultado y que, en consecuencia, sean concebibles tanto la tentativa como la frustración⁽²⁶⁾. Pues si el sujeto oprime el botón destinado a activar el mecanismo reproductor de la obra pirateada, y no obstante no se pone en funcionamiento porque se produce un corte de electricidad o porque la máquina sufre una avería, entonces es evidente que ha practicado *todos* los actos ejecutivos (oprimir el botón) que deberían producir el resultado (las copias ilegales), fracasando por una causa ajena a su voluntad, y, con ello, es evidente también que estamos ante una —en sentido técnico— “frustración” de la conducta típica de “reproducir”.

E. Por consiguiente y resumiendo: Los delitos contra la propiedad intelectual, incluso las modalidades que no exigen lesión efectiva de los derechos de explotación, se consuman con la producción de un resultado —algo que es común tanto a los delitos de actividad como a los de resultado— que no tiene por qué coincidir espacio-temporalmente con la actividad previa desplegada; por ello es imaginable —y punible— la realización de *todos los actos ejecutivos* con ausencia de resultado, es decir: es imaginable —y punible— la frustración.

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A. Sobre la base de que los delitos contra la propiedad intelectual se exteriorizan, en ocasiones, mediante, por ejemplo, la imprenta u otras formas mecánicas de reproducción, Quintero⁽²⁷⁾, Arroyo/García Rivas⁽²⁸⁾, Vega Vega⁽²⁹⁾,

(26) Los delitos de actividad admiten la tentativa —realización de *parte* de los actos ejecutivos— pero no la frustración —realización de *todos* los actos ejecutivos—. Pues si en una violación, por ejemplo, el autor ha realizado todos los actos ejecutivos, entonces —*necesariamente* y al producirse la actividad simultáneamente con el resultado— ha accedido carnalmente a la víctima, *consumando* con ello el delito; y si no ha realizado todos los actos ejecutivos, entonces es que se encuentra todavía en el campo de la tentativa.

(27) Véase op. cit., págs. 115 y sgs.

(28) Cfr. op. cit., pág. 1.991.

(29) Cfr. op. cit., págs. 197 y sgs. (pág. 197: “la fórmula contenida en el art. 15 del CP” determina “el mecanismo mediante el cual se produce esta transmisión de responsabilidad, en los supuestos que sea aplicable por tratarse de infracciones contra el derecho de autor cometidas por la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad”).

Boix⁽³⁰⁾ y Carmona⁽³¹⁾ mantienen la tesis de que, cuando en un delito de los arts. 534 bis a) y sgs. se dan los presupuestos del art. 13 CP⁽³²⁾, la responsabilidad por participación delictiva viene determinada conforme a lo previsto en el art. 15⁽³³⁾.

B. Esta tesis, que defiende la aplicabilidad sin excepciones del art. 15 a los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por alguno de los procedimientos a los que se refiere el art. 13, no puede convencer y debe ser sometida a las dos restricciones que expongo a continuación.

1. El art. 15 concentra la responsabilidad en quien “realmente... haya[n] sido [autor] del texto, escrito o estampa publicados o difundidos”, y sólo cuando ese “autor real” no puede ser perseguido penalmente se abre la responsabilidad en cascada contra, respectiva y subsidiariamente, “directores de la publicación”, “editores” y, finalmente, “impresores”.

Por consiguiente, el art. 15 parte de que existe un autor que ha escrito un texto o ha dibujado una estampa delictivos, y cuando ello es así, la regulación del CP tiene su buen sentido, pues es evidente que el *principal responsable* de la infracción es precisamente el que ha concebido el escrito o el dibujo en cuestión, y que, a la vista de las dificultades que en estos supuestos plantearía la aplicación de las reglas generales de los arts. 14 y 16, es equitativo también que, al tener que elegir, sean el escritor o el dibujante —si es que es posible someterles a un procedimiento penal—, y no otros eventuales partícipes, aquéllos sobre los que debe recaer la exclusiva responsabilidad criminal.

(30) Véase op. cit., pág. 942: “... siendo de aplicación el sistema específico del art. 15, o el general, según los casos”.

(31) Véase Comentarios XIII, dirigidos por Cobo, 1991, pág. 141: “... el régimen específico de responsabilidad establecido en este artículo [sc. en el 15 CP] operará cuando proceda”.

(32) que dispone: “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores”.

(33) que dispone: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8º de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal según el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores. Se entiende por impresores, a efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal”.

Como es sabido, el principal campo de aplicación de los arts. 13 y 15 son los delitos contra el honor (injurias, calumnias, desacatos), en los que, en efecto, existe siempre, por definición, una persona que ha ideado el escrito o la estampa difamadores, y, por los mismos motivos y *en principio*, no existe inconveniente alguno en que esos artículos rijan también para el delito contra la propiedad intelectual consistente en un *plagio*, ya que en este último supuesto igualmente tiene que haber un autor que materialmente haya concebido la imitación delictiva.

En cambio, cuando la infracción contra la propiedad intelectual consista en una “reproducción” entran en juego las reglas generales de los arts. 14 y 16, quedando marginados los arts. 13 y 15. Y ello por las dos siguientes razones:

a) En primer lugar, porque en la “reproducción” delictiva, esto es: en la obtención no autorizada de copias, por ejemplo: en la publicación en un periódico de un artículo de carácter cultural sin el permiso del titular de la propiedad intelectual, ya no aparece evidente quién es el principal responsable de la infracción: ¿el que tuvo la idea de reproducir ilícitamente el escrito, la persona que ha obtenido el original del artículo, el director del periódico que ha ordenado su inserción...? Por eso, porque no existe una persona a quien atribuir la intervención *decisiva* en el delito, en tales casos deben entrar en juego las reglas generales, respondiendo penalmente todos aquellos que hayan participado objetivamente en el hecho punible: reproducción ilícita, siempre, naturalmente, que su contribución objetiva haya sido abarcada por el dolo⁽³⁴⁾.

b) Además y en segundo lugar, a la “reproducción” no le es aplicable el art. 15 porque *simplemente no se dan sus presupuestos*: ese precepto parte de que existe un autor-delincuente que ha injuriado, calumniado o plagiado, mientras que en la “reproducción” ilícita el autor real del texto no es un delincuente, sino todo lo contrario: es precisamente la víctima del delito que ve cómo publican sin su autorización su obra intelectual.

c) Por consiguiente y resumiendo: Sólo el plagio, pero no la reproducción, es susceptible de regirse por las reglas excepcionales de los arts. 13 y 15.

(34) Esa exigencia del dolo, por aplicación directa del llamado principio de culpabilidad recogido, entre otros, en el art. 1 CP, rige también, naturalmente y por lo demás, para la responsabilidad en cascada del art. 15: la responsabilidad subsidiaria sólo es posible si, además de reunir en sus personas la condición de, respectivamente, directores, editores o impresores, éstos conocían el carácter delictivo del escrito o estampa publicados (Así, con razón, la más reciente doctrina del TS: cfr., por todas, la sentencia de 4 de octubre de 1988, A. 7659).

C. Pero ni siquiera todo plagio está sometido a esas reglas. Lo está únicamente la imitación fraudulenta que se publica como artículo en un producto que, como lo pueden ser un periódico o una revista, en todo lo demás tiene perfecta cobertura legal, y que, por ello, no puede ser considerado in totum como “copia ilícita” en el sentido de, por ejemplo, el art. 534 bis b) 2 a); pero cuando el delito contra la propiedad intelectual *se manifiesta como delito con objeto plural inequívocamente ilícito*, es decir: cuando tiene como objeto material copias íntegramente plagiarias o ilegalmente reproducidas, entonces el art. 534 bis a) deroga tácitamente al art. 15 —rigen, por consiguiente, los arts. 14 y 16— y establece, *además*, unas reglas específicas de responsabilidad en virtud de las cuales se aplican las penas correspondientes al autor no sólo a los ejecutores materiales de la impresión de libros, videogramas o fonogramas plagiarios o reproducidos sin autorización, sino también a quien los “distribuye” [art. 534 bis a) párrafo primero], esto es: pone a disposición del público los ejemplares previamente impresos, o los importa, exporta o almacena [art. 534 bis a) párrafo segundo].

Lo mismo rige, por lo demás y aunque hayan sido cometidos, por ejemplo, mediante la imprenta, para otros delitos con objeto plural inequívocamente ilícito: así, para la *impresión* de monedas falsas, donde el régimen no es el de los arts. 13 y 15 —porque en ese caso, y en contra de lo dispuesto en los arts. 283 y 314, sólo respondería, en principio, el que dibujó la “estampa” del billete falsificado—, sino el de los arts. 14 y 16, estableciéndose también reglas específicas de responsabilidad⁽³⁵⁾, entre otras razones porque la falsificación de moneda, como la impresión de copias ilegales de obras literarias, artísticas o científicas, se suele llevar a cabo en plantas clandestinas, donde no existen —ni por ello tiene sentido hablar de— directores de publicación o editores.

D. De todo lo expuesto, y resumiendo, se sigue: En los delitos contra la propiedad intelectual los arts. 13 y 15 sólo son aplicables a algunos casos de

(35) El art. 314 CP, aplicable al Título III (“De las falsedades”) del Libro II (por consiguiente y también al ejemplo con el que estamos operando de la impresión de billetes falsos), dispone lo siguiente: “El que fabricare, introdujere o facilitare cuño, sello, marca, signo, dibujo, filigrana, papel filigranado, tinta especial o cualquier otra clase de sustancias, materias útiles, máquinas o instrumentos destinados conocida o exclusivamente a las falsificaciones de que se trata en este título, será castigado con las mismas penas señaladas a los falsificadores”. [Este art. no recoge un inconstitucional delito de sospecha si, de acuerdo con el principio del TC (sentencia de 8 de junio de 1988) de “conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución”, se entiende en el sentido de que las conductas previstas en el art. 314 han de estar dirigidas dolosamente a prestar una colaboración *efectiva* en una falsificación].

plagio y nunca a la reproducción. Cuando el delito tiene por objeto copias íntegramente plagiarias o ilícitamente reproducidas, entonces, a pesar de que se ha utilizado “la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción”, la responsabilidad criminal viene determinada por los arts. 14 y 16 y por las reglas específicas del 534 bis a) que impone una pena unitaria, además de a los impresores, a los que distribuyen, importan, exportan o almacenan.

V. EPÍLOGO

Para progresar —y la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual supone un progreso frente al Derecho derogado— el legislador a veces tiene que reformar, y toda reforma significa entrar en una etapa de inseguridad jurídica en la que faltan criterios de referencia, porque la jurisprudencia y la doctrina científica anteriores o han dejado de ser aplicables o sólo lo son en parte, y porque los nuevos preceptos traen consigo nuevos problemas hasta entonces desconocidos. El presente trabajo pretende dar —o, al menos, iniciar— una solución a algunos de esos nuevos problemas, y contribuir así a la seguridad jurídica y, con ello, al afianzamiento de uno de los valores básicos de todo Estado de Derecho.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DERECHO GARANTIZADOR Y COMO ALTERNATIVA AL DERECHO PENAL*

JOSÉ SUAY RINCÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y EL PAPEL DEL DERECHO GARANTIZADOR.
2. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO GARANTIZADOR: CAUSAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE SU INSUFICIENCIA.
3. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO ALTERNATIVA AL DERECHO PENAL.
4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DERECHO GARANTIZADOR: PLANTEAMIENTO ACTUAL, INSUFICIENCIAS Y POSIBLES REMEDIOS.

(*) A la hora de redactar estas líneas, he procurado, en la medida de lo posible, mantener el tono propio de las conferencias, siempre más directo, vivo y dinámico que el de los trabajos de investigación.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y EL PAPEL DEL DERECHO GARANTIZADOR

Existen en Derecho determinados planteamientos de teoría general, según los cuales las normas están para ser incumplidas. Dicho de otro modo, sin incumplimiento, el Derecho no sería, en rigor, necesario. El Derecho existe y se justifica sólo en la medida en que se produce su incumplimiento.

Si así fuera, si atendiéramos a este planteamiento, habría que decir, realmente, que nuestro Derecho goza de muy buena salud. Pocos países habrá en nuestra área cultural en que el grado de incumplimiento de sus normas sea tan elevado como en España.

La cosa es tan evidente, que no se necesitan grandes estudios estadísticos para llegar a esta conclusión. Tales estudios, por lo demás, se limitarían a confirmar lo que resulta opinión prácticamente unánime, o con muy escasos detractores.

En determinados ambientes es, incluso, relativamente frecuente la afirmación de que España es un Estado de Derecho, pero atemperado por el principio de inobservancia de las normas.

Desde luego, éste es un tema muy grave y preocupante. ¿A cuento de qué, sin embargo, viene esta introducción?, podrían preguntarse ustedes.

Pues bien, si esto es así, si el panorama es tal como se acaba de exponer, el Derecho sancionador en su conjunto tiene mucho que ver con ello. Las causas, probablemente, sean muchas. Una de ellas, sin embargo, es bien clara y, además, es la de las más importantes: *ni el Derecho penal, ni el Derecho administrativo sancionador han estado a la altura de las circunstancias, ni uno ni otro ha sabido proporcionar respuestas eficaces para hacer frente al grado de incumplimiento tan generalizado que se registra en nuestro ordenamiento jurídico.*

Derecho penal y Derecho administrativo sancionador forman conjuntamente el bloque denominado Derecho garantizador. Éste tiene una bien sencilla razón de ser: el Derecho no pretende ser un mero programa ideal de pautas de conducta y no deja, por tanto, su suerte al albur o al capricho de los destinatarios de sus normas; por el contrario, aspira a ser realmente efectivo, aspira

a encauzar verdaderamente las conductas individuales y a imponer sus criterios de comportamiento en la vida social.

Por ello, no se contenta sólo con sentar unas determinadas reglas de juego. El Derecho también establece mecanismos de autoprotección. Se protege a sí mismo y reacciona enérgicamente frente a su incumplimiento.

Pues bien, el sector del Derecho que tiene, justamente, ese objeto, la autoprotección, es el sector del Derecho garantizador, formado, en la actualidad, en los países de nuestra área cultural, por el bloque conjunto del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

2. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO GARANTIZADOR: CAUSAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE SU INSUFICIENCIA

Que el Derecho penal no ha sido suficiente por sí mismo para asegurar o imponer el orden en la vida social es algo a todas luces evidente. Realmente, la propia existencia de un Derecho administrativo sancionador, que surgió como un Derecho alternativo, un auténtico Derecho para-penal (*Nebenstrafrecht*), así lo atestigua. ¿A qué se debe, sin embargo, el fracaso del Derecho penal?

Las causas históricas que explican la insuficiencia del Derecho penal son de diversa índole.

Por de pronto, habría que citar causas de orden estrictamente técnico. El Derecho penal, producto de la filosofía de la Ilustración y del movimiento codificador, ha descansado y sigue descansando todavía sobre la idea del Código, un Código —el Código penal— contemplado como un cuerpo de normas compacto y cerrado, que pretende aglutinar en su seno nada menos que todos los ilícitos sin excepción, como expresión de los valores sociales vigentes en un momento dado.

Resultado de esta visión, la consecuencia es muy fácil de deducir. La necesidad de reformar el Código a fin de introducir los ilícitos que la sociedad va exigiendo como respuesta a los nuevos valores que asume, dará al traste con las posibilidades del Derecho penal. Una norma tan rígida como el Código no está en condiciones de colmar las aspiraciones de una sociedad que, como la nuestra del siglo XIX, está en continuo y permanente cambio.

El Código penal tiene perdida esta carrera de antemano. Ni el Derecho penal, así pues, ni los jueces penales, que son los órganos encargados de aplicarlo, están preparados. No pueden bastarse a sí mismos para tan formidable operación.

Pero hay más. Todavía moviéndonos dentro de las causas técnicas, aunque cambiando el enfoque y pasando al plano propiamente procesal, está claro que aquí las cosas tampoco marchan. El proceso penal es un proceso largo y complicado, toda una auténtica carrera de obstáculos, inútil e inservible, especialmente, cuando de lo que se trata es de combatir las infracciones de menor entidad (los denominados delitos-bagatela).

Las reformas operadas desde dentro del propio sistema procesal penal no han arrojado los resultados apetecidos. Los experimentos, como es perfectamente sabido, han sido muchos en los diversos lugares. El último de ellos está a punto de ensayarse en nuestro propio país, con la apenas aprobada Ley de medidas urgentes de la reforma procesal. No se ha sido capaz, sin embargo, de acertar con esa “fórmula mágica” llamada a purgar los males endémicos del proceso penal.

Todos estos intentos, por lo demás, han sido frecuentemente tachados de inconstitucionales, por mermar las garantías de los acusados; y cuando han superado el control de constitucionalidad, lo han hecho por muy estrecho margen y con no pocas dificultades.

En numerosos países, especialmente los anglosajones, ha costado mucho digerir las insuficiencias del sistema penal, las rigideces del Código y los defectos del proceso penal. Han tratado de reaccionar por todos los medios, pero al final han tenido que rendirse ante la evidencia. En tales países, estaba muy arraigado, venía a ser una especie de dogma, el principio de la división de poderes, que obligaba a concentrar todas las funciones represivas en manos del juez, del juez penal, concretamente.

En otros países, sin embargo, la cosa ha sido más fácil, porque no sólo causas técnicas, sino también causas de carácter político, explican históricamente la insuficiencia del sistema penal.

En España, por ejemplo. España ha tenido casi siempre, a lo largo de los siglos XIX y XX, Gobiernos débiles, quíerece decir, Ejecutivos poco representativos y perfectamente conscientes de su escaso arraigo social. Así las cosas, nuestro Poder Ejecutivo, nuestros Gobiernos, nunca han sabido ni querido

entregar a los jueces la totalidad del aparato represivo. Han desconfiado de ellos —la desconfianza hacia los jueces ha sido y es un elemento clave para poder entender nuestro sistema constitucional—; y han preferido, por el contrario, mantener buena parte de ese aparato represivo en sus propias manos, temerosos siempre frente a cualquier reacción social.

Regímenes tan dispares entre sí como la II República y el régimen de Franco si algo tienen de común, es precisamente esto: el miedo a desprenderse de la totalidad del aparato represivo. La Ley de la Defensa de la República de 1931 y la Ley de Orden Público de 1959 constituyen inmejorables testimonios de lo que se acaba de decir.

A todas estas causas técnicas y políticas de origen histórico, que explican la insuficiencia del sistema penal, hay que sumar una ya mucho más reciente: el propio Derecho penal en la actualidad ha renunciado a concentrar por sí mismo todo el aparato represivo. Si en un modelo puro de división de poderes, al juez corresponde en exclusiva la función de juzgar y de condenar, hoy está claro que ese modelo está en crisis.

El Derecho penal ya no pretende ostentar el monopolio de la función represiva. Muy por el contrario, prefiere limitar su intervención a lo mínimo imprescindible, ocuparse sólo de aquello de lo que realmente ningún otro sector del ordenamiento puede hacerse cargo. Es lo que técnicamente se conoce por el nombre de principio de intervención mínima o principio de subsidiariedad penal. Ello obliga a buscar auxilio, colaboradores a los jueces penales, en el ejercicio de las tareas represivas.

¿Qué colaboradores? El colaborador natural va a encontrarse en la Administración Pública. Las Administraciones Públicas van a ver reconocida una cuota del *ius puniendi* del Estado. Una cuota cada vez mayor.

3. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO ALTERNATIVA AL DERECHO PENAL

En España, la Administración va a contar con un destacado poder sancionador desde el principio, debido a las causas políticas que antes expusimos.

En otros países, como en Italia o Alemania, el constitucionalismo decimonónico y la realización del principio de la división de poderes, como también

se destacó, hizo del juez penal el único órgano legitimado para ejercer funciones represivas. Sin embargo, en el siglo XX hubo que empezar a rectificar las cosas y entregar parte de los ilícitos penales a la Administración, mediante procesos masivos de despenalización, que en realidad no eran tales, despenalización en sentido propio, sino trasvase o transformación de ilícitos penales en meros ilícitos administrativos.

Por una de esas extrañas paradojas de la historia, resulta que España, con un pasado nada respetuoso ni con la libertad ni con el principio de la división de poderes, estaba en mejores condiciones que muchos países para afrontar este cambio en el planteamiento del Derecho administrativo sancionador.

Y otra paradoja más. Todo esto que, en apariencia, parece un atentado gravísimo al principio de la división de poderes, resulta que ahora en el contexto actual, es, en última instancia, una garantía más para el ciudadano, ya que en los países de hoy —salvo alguna excepción, como el caso de Austria— sólo el juez penal está habilitado para privar de libertad a un individuo, el bien más precioso del hombre después de la propia vida. Reduciendo el papel del juez penal, se recortan también las posibilidades de perder la libertad.

En conclusión, así pues, la consolidación del principio de subsidiariedad penal en un Estado social y democrático de Derecho es la culminación de un amplio proceso histórico que ha conducido a atribuir a la Administración una cuota importante del *ius puniendi* del Estado, a la consagración definitiva del Derecho administrativo sancionador.

4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DERECHO GARANTIZADOR: PLANTEAMIENTO ACTUAL, INSUFICIENCIAS Y POSIBLES REMEDIOS

Nuestra Constitución, aunque de forma muy tímida, sin que apenas pueda casi percibirse, se hace eco, del planteamiento descrito y reconoce la existencia de ese poder sancionador alternativo al del juez penal. Fundamentalmente, en el art. 25.

Pero hay más. Porque, por encima de este tímido reconocimiento en el plano constitucional, que es si se quiere lo más anecdótico en este caso, la realidad pone de relieve lo verdaderamente importante, a saber, que el Derecho

administrativo sancionador lleva ya mucho tiempo que no sólo desempeña funciones de mero auxilio; la Administración Pública no es una simple colaboradora del juez penal.

En efecto, el Derecho administrativo sancionador ha ido paulatinamente ganando protagonismo, hasta incluso poderse decir —aunque la afirmación es polémica— que se ha convertido en el corazón del sistema, desplazando del mismo a los jueces penales.

La evolución registrada por el tradicional Libro III del Código penal, sobre las faltas, y en particular las denominadas faltas “contra los intereses generales y el régimen de poblaciones”, es el mejor testimonio de ello: desde su introducción en el Código de 1848, pasando por su inaplicación práctica y llegando ahora a su supresión, tras la última reforma de 1989 por su solapamiento con el poder sancionador de la Administración.

Hoy en día, las sanciones administrativas existen prácticamente en todos los campos de la vida social. No se limitan como antaño a los ámbitos puramente domésticos de la Administración.

Las sanciones administrativas, además, tienen muchas veces un contenido aflictivo mayor que el de las propias sanciones penales. Por ejemplo, las multas frecuentemente son de más elevada cuantía; otras, incluso, son de cuantía indeterminada. Por ejemplo, la inhabilitación no tiene sólo carácter temporal. Muchas sanciones administrativas desembocan en la interdicción definitiva de ejercer determinada profesión: la separación de servicio a un funcionario, la expulsión de un colegio profesional, el cierre de una empresa o de un establecimiento comercial.

Pues bien, pese a todo este formidable aparato represivo y pese a la tremenda carga aflictiva aneja a muchas sanciones administrativas, hay que decir que con el Derecho administrativo sancionador, ha ocurrido exactamente igual que con el Derecho penal. Tampoco ha estado a la altura de las circunstancias, tampoco ha sabido proporcionar la respuesta eficaz que la sociedad necesita y demanda.

El nivel de incumplimiento de las normas sigue siendo muy elevado. Ejemplos en la mente de todos, como puede ser el medio ambiente, el urbanismo o el Derecho tributario o fiscal son suficientemente ilustrativos.

¿Qué causas podrían aquí explicar la insuficiencia del sistema administrativo-sancionador?

Por de pronto, podría tratar de invocarse una. La Administración Pública, como los jueces penales, están sujetos a muy estrechos límites y tienen que respetar un elevado número de garantías en el ejercicio del *ius puniendi*.

Estas limitaciones y garantías, sin embargo, son del todo lógicas en el caso que nos ocupa. A la Administración se le entrega, sí, parte del poder sancionador, y se quiebra con ello el principio de la división de poderes, pero obviamente, no para que ejerza ese poder a su total capricho, sino sometido a ciertas reglas y condiciones.

¿A cuáles? A las sanciones administrativas, en lo esencial, les son de aplicación los mismos principios y garantías que los propios de las sanciones penales.

No sólo es ésta una afirmación lógica y perfectamente comprensible. Es una consecuencia obligada, impuesta hoy directamente por la Constitución; un imperativo constitucional, como tiene reconocido nuestra jurisprudencia, la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional.

Es, además, la tónica dominante en Derecho comparado. No hace falta más que examinar la legislación de países como Italia, Alemania y Portugal. Y asimismo, la doctrina sentada por los Tribunales europeos de más alto nivel, como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo o como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Por tanto, en este sentido, nada o muy poco puede hacerse. Simplemente, asumir y dar por inevitable este planteamiento. Arrancar y partir de él.

Otra causa, sin embargo, puede explicar también las insuficiencias del sistema administrativo-sancionador. En ello existe un consenso prácticamente unánime en la doctrina y aquí sí es mucho, lo que, en cambio, puede hacerse.

La Constitución —y la jurisprudencia constitucional elaborada en torno a ella— establece, como hemos visto, la dirección que ha de seguir el Derecho administrativo sancionador: obliga a que las sanciones administrativas se rijan por los mismos principios que los de las sanciones penales.

No dice, sin embargo, mucho más. No precisa cuáles de esos principios, ni con qué grado e intensidad. Es más, señala que los principios penales son de aplicación a las sanciones administrativas “con ciertos matices”, expresión que permite, incluso, eludirlos en algunos casos, siempre que, por supuesto, exista justificación suficiente.

Ante el silencio de la Constitución, el panorama que presenta nuestro Derecho positivo es muy confuso. No se sabe exactamente qué principios son aplicables y sus límites, en qué campos o casos concretos operan.

Tal falta de claridad ha producido la paralización del Derecho administrativo sancionador; este Derecho no ha terminado de ponerse en marcha. Se echa de menos, concretamente, una Ley que con carácter general establezca las reglas que han de disciplinar el poder sancionador de la Administración.

En su momento, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 supuso un tremendo avance. Estableció un procedimiento sancionador común, que había de regir en todos los sectores de la vida social, salvo que una Ley especial fijara uno específico; lo que sucedió en algún caso (com función pública, régimen penitenciario, consumo, tráfico, disciplina de mercado), pero no fue ni mucho menos frecuente; antes bien, lo contrario.

Después de la Constitución, sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo se ha hecho insuficiente. Diversas disposiciones de la Carta Magna inciden de manera directa sobre el procedimiento sancionador (por todas, el art. 24, en especial, a partir de la jurisprudencia constitucional dictada en torno a él). Pero no sólo esto; junto a las reglas procedimentales estrictamente dichas, es necesario establecer otras de carácter sustancial (a partir del art. 25).

En otros países, estos pasos ya se han materializado. En Alemania, Italia o Portugal, por ejemplo, las propias Leyes de despenalización que transfieren ilícitos del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador han establecido esa disciplina general para las sanciones administrativas.

En España, el hueco estaba por cubrir, pese a que la necesidad de dicha disciplina constituye un clamor prácticamente general en la doctrina. Quizás el único punto donde exista el acuerdo total.

Pues bien, hay que decir que el paso está a punto de darse. El Boletín Oficial de las Cortes Generales del día 4 de marzo de 1992 publica el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Dicho Proyecto ha empezado ya su tramitación parlamentaria. El Título IX, compuesto de los artículos 125 a 136, lleva por denominación "De la potestad sancionadora", y tiene por objeto establecer de una vez por todas la regulación general de las sanciones administrativas ⁽¹⁾.

(1) Seguramente, sin embargo, el texto en cuestión es demasiado parco. Desde luego, no aborda todos los problemas que las sanciones administrativas plantean, ni siquiera la mayor parte de esos problemas. Quizá sea ésta la principal objeción que puede reprochársele.

Por otra parte, en mi primer artículo sobre sanciones administrativas, ya puse de manifiesto la necesidad de que una Ley general ordenara la actividad sancionadora de la Administración (*Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, "Revista de Administración Pública", n.º 109, 1985).

Sin entrar en este momento en consideraciones de carácter puntual que no vienen al caso, la aparición de un texto de estas características debe merecer en términos generales un juicio favorable.

En primer lugar, viene a colmarse una laguna importante, una laguna reconocida por la propia doctrina, que ha sido la primera en denunciar las carencias existentes y en reclamar una disciplina general para las sanciones administrativas.

En segundo lugar, sin embargo, más allá de ello, mérito del texto es también reconocer la especificidad de las sanciones administrativas. El legislador prevé unas reglas propias para esta institución. Se aparta del régimen general previsto para los actos administrativos y establece para las sanciones administrativas una regulación independiente.

Más lejos todavía. Leyendo los diversos preceptos que integran el Título IX, dedicado a la potestad sancionadora, se percata uno rápidamente que la intención primera del legislador ha sido la de establecer para las sanciones administrativas un conjunto de principios inspirados en el Derecho penal como punto de partida.

No podía ser de otra manera, ciertamente. Se trata, como antes se dijo, de un imperativo constitucional. Ahora bien, pese a todo, el mérito del legislador no puede ser desconocido.

En nuestro país, asimismo, a nivel de legislación ordinaria, las sanciones administrativas encuentran en el Derecho penal su principal fuente de inspiración, y se conforman y regulan con los principios provenientes de ese Derecho.

Aparte de esto, en lo que ha sido el hilo conductor de nuestra conferencia, ha aumentado la claridad, y ello puede ser el revulsivo que el Derecho administrativo sancionador necesita para salir de su estancamiento. Quizás pueda ahora estar a la altura de las circunstancias. Y sin prescindir de las garantías de los ciudadanos, pueda ahora proporcionar esa respuesta eficaz que motivó su aparición como alternativa al Derecho penal.

EL DERECHO PENAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

CARLOS M. ROMEO CASABONA

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

SUMARIO

- I. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN.
 1. El derecho a la intimidad en la actualidad.
 2. Los cauces de protección sectorial de algunas manifestaciones de la intimidad.
 - 2.1. La protección de la intimidad en su manifestación como reducto de la personalidad.
 - 2.2. Protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida.
 - 2.3. La protección de la intimidad en relación con el procesamiento de datos a través de las nuevas tecnologías de la información.
 - 2.4. Perspectivas.

II. DELITOS PATRIMONIALES EN CONEXION CON SISTEMAS INFORMÁTICOS Y DE TELECOMUNICACIÓN.

1. Introducción.
2. Manipulación de datos informatizados.
 - 2.1. Su encuadre en los tipos delictivos patrimoniales del Código penal vigente.
 - 2.1.1. El delito de hurto.
 - 2.1.2. El delito de estafa.
 - 2.1.3. El delito de apropiación indebida.
 - 2.1.4. Los delitos de falsificación de documentos.
 - 2.2. Conclusiones y perspectivas de reforma.
3. La piratería o copia ilegal de programas.
 - 3.1. Protección a través de la legislación civil.
 - 3.2. Protección en el ámbito penal.
4. Espionaje informático.
 - 4.1. Protección penal.
 - 4.2. Perspectivas de reforma.
5. Sabotaje informático.
 - 5.1. Incriminación de estas conductas.
 - 5.2. Propuestas de reforma.
6. Agresiones en el soporte material informático.

I. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN

1. El derecho a la intimidad en la actualidad.

La preocupación por la protección jurídica de la intimidad se ha visto acrecentada en los últimos decenios al comprobar la multiplicación y potencialidad de los procedimientos susceptibles de vulnerarla, como son los medios técnicos de captación y transmisión de la imagen y del sonido, así como los de acumulación y procesamiento de la información. Quizá debido a que la intensificación de este fenómeno ha sido relativamente reciente, no se ha sentido hasta el presente una especial necesidad de delimitar el concepto del objeto de tutela, con el fin de establecer los procedimientos de protección más adecuados. Por otro lado, las concepciones y relaciones sociales actuales han ido mermando paulatinamente el reducto de la esfera íntima; las exigencias derivadas de un mayor intervencionismo estatal al tiempo que la satisfactoria realización de las libertades públicas propias de un Estado social y democrático de derecho, han puesto en primer plano —frecuentemente en detrimento del derecho a la intimidad— la legitimidad de la captación cada vez mayor por parte de las administraciones públicas de información sobre aspectos más o menos íntimos o reservados de los ciudadanos con el fin de poder realizar sus funciones y prestar sus servicios de forma más eficaz, al igual que el derecho a la información y la libertad de expresión ⁽¹⁾.

Ante esta realidad la delimitación de lo que constituye la intimidad se convierte en una necesidad insoslayable. Por tanto, su concepción patrimonialista o autonomista (el famoso derecho “a ser dejado solo”, de la concepción decimonónica norteamericana), ha tenido que ir dejando paso a su clara adscripción como derecho inherente de la personalidad, incluso reforzado como derecho humano (así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 12) o derecho fundamental (por ejemplo, la Constitución española de 1978, art. 18), pero que trasciende incluso al ejercicio de otros derechos públicos o privados. A esta característica hay que añadir la de su relatividad contextual y carácter difuso, su dinamicidad y el hecho de ser compartido en

(1) V. Carlos M. Romeo Casabona, *El derecho a la intimidad en la sociedad actual*, en “Boletín Fundesco”, nº 128, 8 y s. (1992).

ocasiones, pues el acceso de terceros a la esfera íntima no hace perder necesariamente siempre esa naturaleza, en particular cuando el afectado se ha visto obligado a compartirla.

En síntesis podemos entender por intimidad aquellas manifestaciones de la personalidad individual (o familiar) cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros (entendiendo por tales tanto los particulares como el Estado)⁽²⁾. Consecuentemente el derecho a la intimidad supone también el reconocimiento de esa reserva o de ese control sobre terceros, debiendo resaltar que incluimos no sólo el conocimiento sino también el desenvolvimiento en sí mismo, lo cual amplía su ámbito y por ello puede ser objeto de debate, que soslayamos aquí. Es evidente que cuando el interesado no dispone de ningún mecanismo legítimo de control sobre terceros la manifestación de la personalidad afectada ha salido de su esfera íntima, y que en este caso su protección sólo es posible en la medida en que se afecte a la propia imagen o al honor, que se encuentran muy estrechamente vinculados con aquélla, incluso se reconoce que tienen una zona común⁽³⁾. De la intimidad hay que distinguir la llamada privacidad, concepto introducido recientemente en nuestra legislación, en concreto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 1992, cuando expresa que “la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global [que la intimidad], de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”. No podemos entrar ahora en un análisis crítico de este concepto, pero sí conviene señalar que esta concepción que se apunta es tan sólo una de las que pueden ser vulneradas por la utilización abusiva de datos informatizados, así como que con ésta pueden atacarse también otros intereses personales del individuo más allá de la intimidad o de la privacidad así entendida, como es el ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades públicas, sin necesidad de acudir a un entrecruzamiento de datos.

(2) Que no es fácil acotar el concepto de intimidad en cuanto bien jurídico, lo ponen de manifiesto Aurora García Vitoria, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983, 17 y ss.; Pilar Gómez Pavón, *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989, 29 y ss.; Fermín Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, 118 y ss.

(3) V. Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., 136 y ss.

2. Los cauces de protección sectorial de algunas manifestaciones de la intimidad.

La intimidad así entendida encuentra tres cauces principales de protección, con instrumentos jurídicos diversos en su naturaleza y alcance. De ellos vamos a ocuparnos a continuación, haciendo notar no obstante, que dado lo inevitable de la relatividad del objeto de protección a que aludíamos y su hasta cierto punto carácter difuso, su protección se concreta en ciertas manifestaciones de la personalidad, las más significativas.

2.1. La protección de la intimidad en su manifestación como reducto de la personalidad.

En primer lugar estarían las intromisiones ilegítimas en aquella esfera de la intimidad que queda directa y exclusivamente reservada al propio interesado (o a su familia), quien tiene en sus manos la decisión sobre la magnitud del ámbito protegido, dentro de ciertos límites. La protección de esta proyección de la intimidad en nuestra legislación corresponde en gran medida a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyos arts. 7 y 8 señalan, respectivamente, cuáles son esas intromisiones ilegítimas y cuáles no lo son; ley que, por cierto, caracteriza estos derechos (por tanto, también el derecho a la intimidad personal y familiar) como irrenunciables, inalienables e imprescriptibles (art. 1.3) ⁽⁴⁾.

En el ámbito penal podrían destacarse algunos delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos, en concreto cuando el hecho consiste en el apoderamiento de papeles o cartas de otro (art. 497 del Código Penal) ⁽⁵⁾ o en la interceptación de las comunicaciones telefónicas o captación del sonido con instrumentos técnicos (art. 497 bis; art. 192 bis); incluso, en cierta medida, también los delitos de injurias (sobre todo el art. 458 n° 2) y de allanamiento de morada (art. 490) podrían afectar a la tutela de la intimidad, como, también desde otra perspectiva, el delito sobre la protección de la correspondencia (art. 192).

Puesto que en cierta medida el delito de captación de las comunicaciones telefónicas privadas o del sonido con instrumentos técnicos pretende responder

(4) V. Jaime Vidal Martínez, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo, Madrid 1984.

(5) Art. 497 del CP: "El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas. Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas (...)"

a la mayor vulnerabilidad de la intimidad en relación con ciertas tecnologías, es oportuno detenerse brevemente en el análisis de los efectos protectores que ha supuesto la introducción de los arts. 497 bis y 192 bis en el CP ⁽⁶⁾. La primera duda surge sobre el alcance del bien jurídico protegido. Se está de acuerdo en que se protege la intimidad de las comunicaciones orales, y ello lo refrenda la alusión a la utilización de medios técnicos para la captación del sonido; sin embargo, cuando el primer inciso del art. 497 bis se refiere a las comunicaciones telefónicas, es cierto también que incluye en primer lugar y sin discusión la captación de conversaciones telefónicas, esto es, orales, pero también otras comunicaciones, también telefónicas, que afectando a la intimidad (o a los secretos), consisten en la transmisión de escritos por medio del télex y el telefax, así como de datos entre dos terminales de ordenador, siempre que en todos estos supuestos se utilice la línea telefónica como vía de comunicación y transmisión entre remitente y receptor.

La acción típica la expresa el CP con interceptar las comunicaciones telefónicas de otros o utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido; por tanto, cualquier otro procedimiento de captación del sonido que no se valga de medios técnicos no está cubierto por el tipo penal. Es preciso actuar sin el consentimiento del interesado, esto es, de todos los que intervienen en la comunicación o conversación, salvo si el secreto o aspecto relativo a la intimidad afecta tan sólo a una de las partes y es la que presta el consentimiento. Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera (art. 497 bis), o únicamente la Autoridad, funcionario público o agente de éstos (art. 192 bis). El tipo subjetivo está constituido en ambos delitos por el dolo; además, el art. 497 bis requiere un elemento subjetivo de lo injusto (no exigido para la modalidad del art. 192 bis), consistente en la intención de descubrir los secretos o la intimidad de otros. Para que se produzca la consumación del delito es preciso interceptar la comunicación telefónica o captar el sonido por los medios indicados, no siendo suficiente la instalación de aparatos o instrumentos técnicos, sin perjuicio de su consideración para la existencia de la tentativa del delito. Divulgar o revelar lo descubierto o la información obtenida da lugar a un tipo agravado (art. 497 bis, último inciso, y art. 192 bis, párrafo 2º). En cuanto a la grabación ilegal como medio de obtención de prueba, es decir, sin la debida autorización judicial, salvo lo previsto legalmente en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución (art. 192 bis), entiende que no es admisible ni el hecho ni el medio de prueba como tal ⁽⁷⁾.

(6) Por Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre.

(7) V. STC 29 de noviembre de 1984.

A pesar de la cobertura que ha pretendido darse con estos delitos, se han detectado ya algunas carencias, como que no incluye la captación de la imagen por procedimientos técnicos, ni la de datos informáticos, utilizando para ello procedimientos técnicos o no, a salvo de la interferencia de los mismos a través de la línea telefónica, ya apuntada, sin perjuicio de que esa misma conducta realizada en otras líneas específicas de transmisión de datos difícilmente quedaría abarcada por el tipo. Por otro lado, y en este caso en relación con el tipo del art. 497 bis, tampoco se daría éste cuando se accede a conversaciones de otros sin la intencionalidad inicial específica de descubrir los secretos o la intimidad de otros (p. ej., de forma accidental), pero con posterioridad se descubren por el mismo 'captador' o por un tercero.

El Proyecto de CP de 1992 pretende colmar estas lagunas, ampliando y actualizando los tipos delictivos de los actuales arts. 497 y 497 bis, que se unifican en uno solo. El art. 198 del Proyecto incluye ya la grabación (y transmisión) de la imagen o "de cualquier otra señal de comunicación"; se suprime la interferencia de las comunicaciones telefónicas, puesto que es suficiente con la mención a las conductas de captación del sonido; además del apoderamiento de papeles o cartas, del CP actual, sin la menor duda inadecuado en la actualidad, añade "cualesquiera otros documentos o efectos personales". En cuanto al elemento subjetivo de lo injusto, es más correcto el texto previsto, al requerirse la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. A diferencia del Anteproyecto, que no lo mencionaba⁽⁸⁾, el Proyecto de 1992 ha previsto la incriminación del comportamiento señalado más arriba, que no cubre el actual art. 497 bis, es decir, el que con conocimiento de ilícito origen y sin haber tomado parte en el descubrimiento, difunda o revele lo descubierto por terceros (art. 198.3, p. 2º). En cuanto a las previsiones del Proyecto sobre la protección de datos, me ocuparé de ellas más abajo.

2.2. Protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida.

En este ámbito se encuentran aquellos aspectos de la intimidad que por prescripción de la ley o por la propia naturaleza de las relaciones interindividuales o sociales facultan el acceso a terceros, pero que están obligados por ley a mantener su confidencialidad. De ello se deriva el deber del secreto profesional o el oficial de los funcionarios públicos, cuyo cumplimiento el afectado puede exigir, e incluso reclamar las responsabilidades a que hubiera lugar. La

(8) V. art. 194 del Anteproyecto de CP presentado por el Ministro de Justicia en abril de 1992.

infracción del secreto aparece con carácter general en el ámbito civil en la citada Ley Orgánica de 1982 (art. 7.4), de forma sectorial en algunas leyes o disposiciones sobre materias administrativas⁽⁹⁾, mientras que en el penal sólo en algunos casos, como el del administrador, dependiente o criado (art. 498)⁽¹⁰⁾, del abogado o procurador (art. 360) y de los funcionarios públicos (art. 364 y ss., 367)⁽¹¹⁾. El generalizado sentimiento de que el secreto profesional ha de contar con una adecuada protección penal, de la que carece en la actualidad nuestro CP, es atendido por el Proyecto del CP de 1992 (art. 199)⁽¹²⁾, manteniendo los delitos correspondientes cometidos por funcionarios públicos (arts. 394 y ss.).

2.3. *La protección de la intimidad en relación con el procesamiento de datos a través de las nuevas tecnologías de la información.*

Por sus especiales implicaciones, podríamos mencionar aparte la protección de la intimidad en relación con ficheros o archivos, principalmente cuando han sido procesados informáticamente⁽¹³⁾. En estos casos el alcance de la intimidad se centra sobre todo, aunque no solamente (pues siguen vigentes algunos de los aspectos mencionados más arriba), en que el afectado debe aportar información privada que le concierne, pero se le reconoce una cierta capacidad de control sobre la misma. Dicho control puede consistir en la pertinencia o no de la información solicitada para el objetivo perseguido, que cuando entra de lleno en el núcleo de la intimidad (los llamados datos sensibles o supersensibles, relativos al origen racial, opiniones políticas, adscripciones sindicales, convicciones religiosas u otras convicciones, la salud, vida sexual), la

(9) V. p. ej., la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, art. 50.2.a (infracción muy grave: el incumplimiento del deber del secreto estadístico).

(10) Art. 498: "El administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas".

(11) No se olvide tampoco el delito de vulneración de correspondencia privada (art. 192 CP, en especial el párrafo 2º), ni desde otra perspectiva ajena a la intimidad, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (arts. 135 bis a, bis b, bis c y bis d; y arts. 53 a 56 del CP Militar). Por otro lado, la Ley 9/1968, de 5 de abril, reformada por Ley 48/1978, de 7 de octubre, sobre Secretos Oficiales.

(12) Consiste en revelar los secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, y en divulgar los secretos de otra persona por parte del profesional que incumpla su obligación de sigilo o reserva.

(13) V. Javier Boix Reig, *Protección jurídico-penal de la intimidad e informática*, en "Poder Judicial" nº Especial IX, 39 y ss. (1989); Fulgencio Madrid Conesa, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia 1984; Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., 45 y ss. y 289 y ss.; Esteban Sola Reche, *La protección penal de la intimidad informática*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna", nº 11, 186 y ss. (1991).

aportación de información queda vedada o muy limitada, y siempre con garantías reforzadas en cuanto a su utilización. Esta llamada intimidad informática confluye con la llamada libertad e identidad informáticas, sobre protección de datos personales, tengan o no carácter íntimo, por lo que conviene tener presente que son dos intereses de protección diferenciados ⁽¹⁴⁾, aunque en ocasiones se solapan y confluyan como decimos, en gran parte como consecuencia de las facultades de control que suelen ser reconocidas al respecto.

La Constitución refrenda esta protección bifronte en el art. 18.4, que se remite a una ley que limite el uso de la informática “para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el *pleno ejercicio de sus derechos*”. El mandato constitucional ha sido —por fin— cumplido por la reciente Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) ⁽¹⁵⁾, que colma una importantísima laguna legal de nuestro ordenamiento jurídico ampliamente sentida por la opinión pública. Hasta entonces la protección civil en lo que se refiere tan sólo a la intimidad la suministraba con carácter temporal la Ley de 1982, en su disposición transitoria primera, que ha sido derogada por la LORTAD, la cual dedica el art. 17 al derecho a ser indemnizados los afectados que como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en dicha Ley por el responsable del fichero, sufran un daño o lesión en sus bienes o derechos, aunque no parece pertinente la limitación de responsabilidad a los comportamientos indebidos del responsable del fichero, sino también por parte de los empleados que no actúen de conformidad con aquél. Aparte de alguna disposición sectorial aislada referida a la actividad administrativa, la tutela de los datos se obtenía hasta la promulgación de esta Ley a través del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, vigente en nuestro país, sin entrar ahora en las serias reservas y polémica sobre su aplicabilidad directa o, cuando menos limitada, que suscitó ⁽¹⁶⁾, puesto que obligaba a un desarrollo legal interno (art. 4º). También habrá que tener presente en su momento la (todavía, según nuestras noticias) Propuesta de

(14) V. Sola Reche, *La protección penal de la intimidad informática*, cit., 196.

(15) LO 5/1992, de 29 de octubre. Su entrada en vigor está prevista a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Disp. Final Cuarta; publicada en el BOE de 31 de octubre de 1992).

(16) V., p. ej., Carlos M. Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Fundesco, Madrid 1988, 32. A este respecto, y en la misma línea, la STS 30 de abril de 1990 señaló: “La aplicación directa del Convenio de 28 de enero de 1981... se halla supeditada, como establece su artículo 4.1, a la adopción por cada Parte, en su derecho interno, de las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos a que se refiere el Convenio, previsión coincidente con la del artículo 94.1 e) de la Constitución Española sobre la posible exigencia de medidas legislativas para la ejecución de los Tratados o Convenios”.

Directiva de la Comunidad Europea, sobre la misma materia. La legislación no penal en materia de protección de datos cumple, o ha de cumplir, una función eminentemente preventiva de abusos en relación con la utilización de aquellos, fundamentalmente, lo que implica la adopción de medidas sobre la obtención y tratamiento de los datos.

Por lo que se refiere a la protección penal de los datos informatizados, ésta es nula mientras no se reflejen en papeles o cartas susceptibles de apoderamiento (art. 497 CP), o no se intercepten en el curso de su transmisión de un terminal a otro por cable -línea- telefónico, si se acepta la propuesta interpretativa sugerida más arriba del art. 497 bis CP, sin perjuicio de que si son autores los funcionarios públicos puedan ser castigados más fácilmente a través de los delitos que protegen el secreto de éstos. En consecuencia, es deseable e inevitable la incorporación al CP de algún delito sobre esta materia, en relación con el cual el principio de intervención mínima debe aclarar qué formas de agresión y contra qué aspectos de los que son portadores los datos merecen protección penal y cuáles no. El Proyecto de Código Penal de 1992 prevé un delito relativo al apoderamiento sin autorización de datos reservados de carácter personal o familiar de otro registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado (art. 198.2). Contamos ya con los antecedentes del Proyecto de 1980 (art. 199) y de la Propuesta de 1983 (art. 189), pero, en principio, la conducta típica queda mejor definida en la versión del Proyecto, aunque persiste una remisión implícita a la Ley Orgánica sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (art. 3, d, y 11) cuando se alude “al que sin estar autorizado”. Por otro lado, el Proyecto contrae su protección a la intimidad personal o familiar, en cuanto que la acción ha de recaer sobre “datos reservados”, habiendo renunciado, por consiguiente, a otras manifestaciones de la protección de los datos, como es la llamada “identidad informática”, que garantiza no sólo —como bien instrumental— la “libertad informática” sino el libre ejercicio de otros derechos y libertades públicas de los individuos; ello contrasta con la Propuesta de 1983, que incluía la manipulación de la información obtenida; no obstante, la LORTAD establece mecanismos preventivos frente a éste y otros comportamientos abusivos. Sin embargo, parece insuficiente su planteamiento actual, al menos en relación con dos comportamientos especialmente graves, que pueden afectar no sólo a la intimidad, sino también a otras facetas de los datos personales: la utilización de los mismos por el que acceda a ellos sin autorización, aunque sea para sí, puesto que el “apoderarse” con que se describe la acción típica es dudoso que cubra la sola utilización de los datos, en el sentido

de mera captación intelectual de su contenido y significado y no su aprehensión material; así como la alteración intencionada de los datos personales, dada la potencialidad altamente dañosa que implica este comportamiento. No creo que con ello se rebase el principio de intervención mínima, ni que en atención a este principio sea conveniente introducir otros hechos, que tienen la cobertura adecuada como infracciones administrativas en la LORTAD (art. 43). Por consiguiente, el art. 198.2 debería concluir con la siguiente frase: “*o los utilizar o modificar en perjuicio de otro*”. Con la presencia del elemento subjetivo se restringiría suficientemente el delito. Debería establecerse un *tipo culposo* para el encargado o responsable del fichero, además de los comportamientos dolosos cometidos por éstos que se recogen (art. 198.4), cuando los hechos dolosos a que alude el art. 198 fueran cometidos por terceros como consecuencia de imprudencia grave de dicho encargado o responsable, de modo semejante al delito que se establece en otro lugar para la autoridad o el funcionario en relación con los secretos (art. 399).

2.4. *Perspectivas.*

Para terminar señalemos que el concepto de intimidad está todavía lejos de haber sido acuñado con claridad, puesto que es muy evolutivo al hallarse condicionado por el contexto histórico, social, cultural y tecnológico. Por otro lado, parece imprescindible deslindar con la máxima nitidez posible, la intimidad de la privacidad, así como los derechos y bienes emergentes en relación con los datos informatizados de carácter personal, para lo cual es preciso un detallado estudio de la LORTAD, al que no podemos dedicarnos en este trabajo. Y, paradójicamente, frente a la creciente voracidad social sobre el acceso a las parcelas más reservadas del individuo, como hemos visto justificada dentro de ciertos límites, como consecuencia inevitable del ejercicio de las libertades públicas del Estado Democrático de Derecho y del funcionamiento eficaz del Estado Social, presenciamos una tendencia cada vez más firme de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, manteniendo un núcleo exclusivo, así como mecanismos de protección para su ámbito compartido, lo que, por cierto, no es sino otra consecuencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

II. DELITOS PATRIMONIALES EN CONEXIÓN CON SISTEMAS INFORMÁTICOS Y DE TELECOMUNICACIÓN

1. Introducción.

La incorporación de la tecnología informática también al mundo empresarial y económico ha abierto un nuevo campo a la delincuencia de índole patrimonial, quizá no tan llamativo como los atentados a la intimidad personal y demás derechos fundamentales del individuo conectados con las bases de datos públicas y privadas, pero de una innegable trascendencia para el normal desenvolvimiento del tráfico económico⁽¹⁷⁾. Aparte de los diversos problemas que presenta la manifestación de esta nueva delincuencia (entre los que se encuentra, en primer lugar, la difícil detección de esta clase de atentados, al ampararse sus autores precisamente en las características tecnológicas de los medios informáticos), están otros de índole técnico-jurídica, concretamente en que en ocasiones resulta problemático encuadrar estas conductas en los delitos tradicionales contra el patrimonio, si no se quieren vulnerar las garantías que se derivan de la vigencia del principio de legalidad en nuestro sistema jurídico. Las conductas más significativas desde esta perspectiva podrían agruparse en estas cuatro modalidades principales: a) manipulaciones de datos y/o programas, o 'fraude informático'; b) copia ilegal de programas; c) obtención y utilización ilícita de datos, o 'espionaje informático'; d) destrucción o inutilización de datos y/o programas, o 'sabotaje informático'; e) agresiones en el *hardware* o soporte material informático, principalmente 'hurto de tiempo del ordenador'⁽¹⁸⁾.

(17) En esta parte me baso fundamentalmente en mi trabajo anterior *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 35 y ss., debidamente actualizado. V. con carácter general en la bibliografía española, Mirentxu Corcoy y Ujala Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, en "Revista Jurídica de Catalunya", 133 y ss. (1988); Juan José González Rus, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", monográfico nº 12, 107 y ss. (1986), el mismo, *tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, en "Poder Judicial", nº Especial IX, 39 y ss. (1989); M^a Luz Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, *passim*; Enrique Ruiz Vadillo, *Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica*, en "Poder Judicial", nº Especial IX, 53 y ss. (1989).

(18) Clasificación que fue propuesta por Lampe y posteriormente asumida por Sieber (indiscutible primer especialista europeo en la materia) en su obra capital. V. Ernst-Joachim Lampe, *Die strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität*, en "Goldammer's Archiv für Strafrecht", 1 y ss. (1975); Ulrich Sieber, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2ª ed., Köln 1980, 39 y s.

Esta clasificación responde, según indica SIEBER ⁽¹⁹⁾, no sólo a un criterio sistematizador vinculado a las características del procesamiento automático de datos, sino al mismo tiempo a una separación de diversos tipos criminológicos de conducta. Veamos brevemente cada una de ellas.

Como ya he adelantado, el hilo conductor implícito en toda la discusión que se propone a continuación radica en la trascendente cuestión de si los tipos penales actuales que van a ser objeto de examen permiten una interpretación extensiva, basada en una visión evolutiva o progresiva de los mismos, de forma que las conductas a las que dedicamos nuestra atención queden abarcadas por esos tipos delictivos, o, si por el contrario, estamos incurriendo en analogía perjudicial para el reo, contraria a uno de los basamentos irrenunciables del Derecho penal español, como es el principio de legalidad de los delitos, si se tratase efectivamente tan sólo de ‘hechos semejantes’ ⁽²⁰⁾.

En Derecho comparado encontramos el correspondiente reflejo de la preocupación existente porque las conductas dolosas que hemos agrupado en torno a las agresiones realizadas contra medios o sistemas informáticos o a través de los mismos queden cubiertas por la ley penal sin ninguna concesión a posibles lagunas punitivas. La OCDE, en su estudio sobre los aspectos penales de la criminalidad económica perpetrada en conexión con ordenadores, ha recomendado en esta dirección a los países miembros de dicha organización el aseguramiento de la punición, incluso por medio de iniciativas legislativas, de la mayor parte de los comportamientos que estamos tratando ⁽²¹⁾.

Algunos países han tomado iniciativas en este sentido, incluyendo nuevos tipos penales específicamente referidos a conductas relacionadas con agresiones en conexión con sistemas informáticos, lo que hace pensar que los tipos penales tradicionales relacionados con aquéllas no satisfacían plenamente en sus objetivos protectores. Las diversas reformas se podrían agrupar en dos técnicas legislativas principales: la primera consiste en la creación de ‘tipos de equivalencia’, es decir, introducción de nuevos tipos penales que complementen a los ya existentes corrigiendo en la descripción de la acción típica las carencias detectadas en aquéllos (p. ej., en lo relativo a los modos o formas de realización de la acción y en el objeto material de la misma). Presenta la ventaja de

(19) Sieber, *lug. cit.*

(20) A este respecto, no parece decisivo el concepto de autor del que se parta, pues siempre será necesario que él mismo o su “instrumento” (persona o cosa) realicen la acción típica. V., sin embargo, Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit. 136.

(21) V. OECD, *Computer Related Crime: Analysis of Legal Policy*, París 1986.

concreción del tipo y vinculación a bienes jurídicos merecedores de protección penal muy bien perfilados, lo que es estimable en aras de la seguridad jurídica; pero su contrapartida consiste en que es fácil incurrir en excesivo casuismo o prolijidad, a la vez que se corre el riesgo de dejar sin cobertura determinadas conductas dignas de la intervención penal y otras nuevas que se pongan en práctica al hilo de los constantes avances tecnológicos en este sector. El otro procedimiento consiste básicamente en la descripción de conductas normalmente peligrosas para el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos y sus diversos componentes, esto es, se protege aquél y éstos en cuanto tales por la potencialidad de producir una lesión a ciertos bienes jurídicos. Junto con la ventaja de asegurar una amplia cobertura penal frente a conductas indeseables, presenta el inconveniente de la pérdida de perspectiva de los bienes jurídicos que se desean proteger y de conferir una protección tal vez excesiva en este campo, lo que supone, respectivamente, riesgos para la seguridad jurídica y de sobrepasar el principio de intervención mínima al que ha de ceñirse el Derecho Penal en su concepción actual. Una reforma penal en nuestro país (en general en relación con la delincuencia vinculada a las modernas tecnologías de la información), debería tener en cuenta, en mi opinión, estas observaciones, aunque en principio me inclino a favor de la primera de las dos técnicas citadas, por ser mayores sus ventajas que sus inconvenientes y poder ser evitados éstos con cuidadosa redacción de los tipos penales.

Como ejemplo de la primera vía, citemos en primer lugar, el Código Penal alemán ⁽²²⁾. En Portugal la reforma del Código penal culminada en 1982 ha introducido en su sistema punitivo varias infracciones delictivas relacionadas con la informática, que se aproxima al modelo alemán ⁽²³⁾. En la misma línea se sitúan el Código Penal austriaco y Canadá, donde también se reformó el Código Penal en 1985 ⁽²⁴⁾. Un ejemplo de la segunda opción legislativa lo encontramos en Francia, por medio de una todavía reciente Ley de modificación

(22) En la *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, promulgada el 15 de mayo de 1986 y en vigor desde el 1º de agosto del mismo año.

(23) No ha de extrañar que se le califique de modelo, puesto que aunque la reforma alemana se aprobó varios años más tarde que la portuguesa, aquella venía siendo objeto de debate parlamentario y doctrinal públicos ya en la década de los setenta.

(24) *Criminal Law Amendment Act*, de 20 de junio de 1985. Como ejemplo de técnica legislativa en el sistema anglosajón se incluye el texto de la Section 387 (1.1): "Comete daños quien voluntariamente: a) destruye o altera datos; b) hace ininteligibles, inútiles o inefectivos datos; c) obstruye, interrumpe o interfiere el uso legal de datos; o d) obstruye, interrumpe o interfiere a una persona en el uso legal de datos o deniega el acceso a datos a una persona que esté autorizada para ello". La pena no será superior a diez años (Sect. 387.5). V. al respecto, D.K. Piragoff, *Combating Computer Crime with Criminal Laws*, en H.W.K. Kasperen (ed.) "Strafrecht in de Informatiemaatschappij", Amsterdam 1986, 110.

del Código Penal en materia de delincuencia vinculada con las nuevas tecnologías de la información ⁽²⁵⁾. En los Estados Unidos, los Estados federados han introducido también en sus respectivos Códigos Penales nuevos delitos relativos a la delincuencia vinculada a sistemas informáticos; y, como competencia federal, el *United States Code* incluye un catálogo más reducido de delitos ⁽²⁶⁾.

De todas formas, una hipotética revisión del Código Penal en relación con las conductas analizadas en este trabajo debería realizarse en el contexto de una reforma más amplia atenta a la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en ciertos bienes jurídicos que podrían ser lesionados sin que los hechos se adecúen a los tipos respectivos existentes en la actualidad, lo cual parece necesario y corrobora la nutrida actividad legislativa de otros países de nuestro mismo entorno jurídico-cultural, como he manifestado en otro lugar ⁽²⁷⁾. Por otro lado, debe afrontarse en una confección de un Código Penal de nueva factura, necesidad inaplazable que es sentida de forma unánime por la doctrina, pues es la única manera de lograr una unidad de perspectiva y de coherencia en un Código como el actual que, arrancando en sus cimientos de 1848, ya no se reconoce a sí mismo. A ello pretende dar respuesta el Proyecto de CP 1992, y en concreto, con la incorporación de algunas figuras delictivas nuevas relacionadas con esta materia, que serán objeto de comentario más abajo, al igual que ya he realizado más arriba con las correspondientes en relación con la protección penal de la intimidad.

Por último, no hay que olvidar una importante reflexión muy repetida y sabida, y es que los instrumentos jurídicos son una vía para la protección de los bienes jurídicos, pero no la única ni la más eficaz. Para prevenir estas conductas parece más eficaz apostar por la adopción de medidas de seguridad y de protección materiales, tecnológicas (valiéndose de procedimientos informáticos) y laborales, en su caso, en intensidad proporcional al valor intrínseco de los sistemas informáticos que se posean y de su importancia operativa para el funcionamiento de la empresa, entidad o administración pública afectadas ⁽²⁸⁾.

(25) Ley n° 88-19 de 5 de enero de 1988. V. Michèl Vivant (ed.), *Lamy Droit de L'Informatique*, París 1989, 1.505 y ss.

(26) *Counterfeit Acces Device and Computer Fraud and Abuse Act*, en vigor desde el 12 de octubre de 1984.

(27) V. al respecto más extensamente, Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 32 y ss., 106 y ss., 137 y s. y 172 y s.

(28) V. sobre el particular, Thomas Fischer, *Computer-Kriminalität, Gefahren und Abwehrmassnahmen*, P. Haupt, Bern 1979, 29 y ss.; Michele M. Correr/Pierpaolo Martucci, *I reati commessi con l'uso del computer*, Cedam, Padova 1986, 46 y ss.; Thomas Dehn/Werner Paul, *Vorbeugung bei Computerviren*, en "Computer und Recht" (1989), 70 y s.

2. Manipulación de datos informatizados.

La manipulación de datos informatizados constituye la forma más frecuente de aparición del llamado delito informático en las sociedades de alto desarrollo tecnológico y forman también el núcleo del mismo desde un punto de vista criminológico ⁽²⁹⁾. La manipulación consiste en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o están ya contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, siempre que sea con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero ⁽³⁰⁾. Constituyen lo que se conoce como *fraude informático*. Las manipulaciones recaen por lo general en modificaciones de la contabilidad de la empresa, de facturaciones de bienes, relación de pagos de salarios, pensiones o ayudas sociales y retenciones vinculadas con los mismos, estado y movimiento de cuentas de clientes bancarios, intereses de los mismos, balances, inventarios, etc. Tales alteraciones pueden producirse, como decía, en las distintas fases en que puede ser dividido el manejo de los datos: a) en la entrada o introducción de los mismos en el programa correspondiente, o *'input'*; b) en el programa mismo; y, c) en la salida de los datos, o *'output'*, una vez procesados convenientemente por el ordenador. Las tres modalidades de manipulación han encontrado su correspondiente reflejo en la realidad. De todas formas, algunas de ellas pueden realizarse de forma distinta, como son las manipulaciones a distancia con la ayuda de la telemática y las efectuadas en cajeros bancarios automáticos, valiéndose para ello de las llamadas tarjetas de crédito, cuando están provistas de una banda magnética.

2.1. Su encuadre en los tipos delictivos patrimoniales del Código penal vigente.

La peculiaridad del medio empleado en las manipulaciones de datos informatizados, el hecho de que en realidad la acción recae sobre elementos incorpóreos e intangibles (recuérdese, p. ej. la Transferencia Electrónica de Fondos), y de que no se actúa directamente sobre personas sino sobre máquinas, plantea la dificultad del encuadre o adecuación de estas conductas en los tipos delictivos contra el patrimonio correspondientes. Con tal fin, vamos a proceder a continuación a un análisis dogmático de los tipos penales patrimoniales de enriquecimiento más significativos recogidos en el Código penal vigente

(29) V. en este sentido, Lampe, *Die strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität*, cit. 2; Donn B. Parker, *Fighting Computer Crime*, New York 1983, *passim*.

(30) Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 47. El ánimo de lucro es el elemento diferenciador de manipulaciones conectadas con bienes jurídicos diferentes. V. otras definiciones, p. ej., Wolfgang Steinke, *Kriminalität durch Beeinflussung von Rechnerabläufen*, en "Neue Strafrechtzeitschrift", 295 (1984).

español, comparándolos con las modalidades más problemáticas de manipulaciones de datos informatizados⁽³¹⁾.

2.1.1. *El delito de hurto.*

El objeto en el que recae la acción, en el delito de hurto, ha de ser una *cosa mueble ajena*, lo que implica analizar el concepto de cosa (mueble)⁽³²⁾. Ha de tratarse de cosas corporales, en las que sea posible su aprehensión o apoderamiento material, quedando excluidas las incorporeales o inmateriales. Trasladada esta apreciación a las manipulaciones del llamado dinero contable, escritural o documental, por medio de ordenadores, la conclusión lógica es que no caben estos delitos aplicados a las mismas: en estos casos se está actuando sobre cosas inmateriales, se trata no de una cosa material (dinero en metálico), sino de un derecho de crédito en favor de su titular. A la misma conclusión podemos llegar cuando lo que se sustrae por este procedimiento son bienes que se facturan a un cliente ficticio, siempre que no se produzca una aprehensión material de los mismos por el autor del hecho. Por estas razones, el delito de hurto no ofrece de *lege data* los medios adecuados para la represión penal de estas manipulaciones realizadas con ánimo de lucro⁽³³⁾.

Un comportamiento semejante es el de la utilización de tarjetas de terceros sin su consentimiento provistas de banda magnética en cajeros automáticos con el fin de obtener dinero en metálico. Hace ya tiempo⁽³⁴⁾ que he apuntado

(31) Sobre lo que sigue, v. más ampliamente Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 47 y ss.

(32) V. por todos sobre la cuestión en Derecho español, González Rus, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, cit., 130 y ss.

(33) De esta opinión, González Rus, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales*, cit., 133 y ss. En la literatura alemana, Rainer von zur Mühlen/Rainer Scholten, *Computer-Manipulationen aus strafrechtlicher Sicht*, en "Neue Juristische Wochenschrift" 1642 (1971); Sieber, *Computerkriminalität*, cit., 198; de opinión contraria, Steinke, *Kriminalität durch Beeinflussung von Rechnerabläufen*, cit., 297. En Francia, la jurisprudencia considera el dinero contable (*monnaie scripturale*) como "entrega en metálico"; v. por todos, Jean Pradel/Christian Feuillard, *Les infractions comises au moyen de l'ordinateur*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", 311 (1985).

(34) V. Carlos M. Romeo Casabona, *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil", n° 26, 303 y ss. (1987), y en "Actualidad Penal" n° 39, 1825 y ss. (1987); el mismo, *Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos*, en "Poder Judicial" n° especial IX, 109 y ss. (1989). V. sobre esta materia también, Enrique Bacigalupo Zapater, *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados*, en últ. lug. cit., 85 y ss.; Luis Román Puerta Luis, *Las tarjetas de crédito en el campo penal*, últ. lug. cit., 97 y ss.; Cándido Conde-Pumpido Touron, *Las tarjetas de crédito como instrumento para la comisión de un delito: dos sentencias*, últ. lug. cit., 133 y ss.; Antonio Gil Martínez, *Algunos supuestos delictivos de tarjetas de crédito y cajeros automáticos*, últ. lug. cit., 141 y ss.; Norberto J. de la Mata, *Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular*, últ. lug. cit., 151 y ss.

que el hecho es subsumible en los delitos de apoderamiento, en concreto en el delito de hurto, pero transformado en el de robo con fuerza en las cosas por la utilización de llaves falsas (art. 504 n° 4° CP), al estimar que la tarjeta es en sí misma (o, mejor: cumple la función de) una 'llave', en el sentido del art. 510 n° 2° CP⁽³⁵⁾.

2.1.2. *El delito de estafa.*

El bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio considerado en su *totalidad*, lo que comprende en nuestro Derecho todo tipo de cosas —muebles e inmuebles— o derechos⁽³⁶⁾. Con esta observación quedan, en principio, solventadas las dificultades que acabamos de apreciar en relación con el delito de hurto y el dinero contable, créditos y otros derechos de contenido patrimonial, que son objeto de protección a través del delito de estafa y a los cuales se suelen dirigir aquellas manipulaciones.

El engaño y el subsiguiente error que caracterizan al delito de estafa⁽³⁷⁾ han de recaer y originarse sucesiva y exclusivamente en un individuo, mediante el nexo psicológico que se crea entre el engañado y el autor⁽³⁸⁾. A partir de aquí es fácil sostener que estos elementos del tipo faltarán casi siempre en las manipulaciones informáticas, particularmente cuando se realizan en la fase de la programación o procesamiento de los datos, pues aquéllas recaen sobre el ordenador sin la intervención de persona alguna a la que realmente se engañe y se induzca a error. En efecto, por lo que se refiere a la manipulación informática como objeto del engaño, es necesario que dicha maniobra sea captada, percibida física

(35) La jurisprudencia ha suscrito la línea argumental de esta tesis en la STS 21 de septiembre de 1990. V. ya el mismo criterio en la SAP Segovia 27 de noviembre de 1987, y en la Consulta n° 2/1988 del Fiscal General del Estado.

(36) V. por todos, Miguel Bajo Fernández, *El delito de estafa*, en "Comentarios a la Legislación Penal: La Reforma del Código penal de 1983", t. V, vol. 20, Madrid 1985, 1.160 y ss.

(37) Según reza el art. 528 del CP: "Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero".

(38) No se sostiene, por tanto, que haya de tratarse necesariamente de una relación física, como pretende deducir de lo expuesto Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, cit., 417 y ss. En su opinión no es preciso un nexo psicológico entre el que engaña y el que realiza el acto de disposición patrimonial, sino que es suficiente con la aptitud del engaño ("engaño bastante", art. 528 CP) para producir dicho error, aunque tal no se produzca (p. 361 y ss.). En mi opinión la aptitud del engaño es incuestionable, pero en el sentido de excluir del tipo aquellos engaños no idóneos, no adecuados, lo que es diferente de la necesidad de que ese engaño —idóneo, apto— haya generado un error en el caso concreto, que conduce al acto final de disposición patrimonial por quien ha sufrido el engaño. El propio texto legal exige que se induzca a realizar un acto de disposición: esa inducción ha de provenir necesariamente de la conducta engañosa que ha dado lugar a un efectivo error, el error 'une' engaño y el acto de disposición.

o visualmente por una persona, una captación del contenido de los datos manipulados, de forma que como consecuencia de la misma se modifique su representación intelectual sobre la realidad que ha sido falseada ⁽³⁹⁾. No cabe duda, por consiguiente, que ésta es una exigencia esencial para que el engaño pueda existir en general y, lógicamente también, en las manipulaciones informáticas. Así tal requisito no se dará normalmente en el responsable del departamento de informática de una empresa o banco, al igual que sucede con el operador u otros empleados que tienen un acceso meramente mecánico a los datos y programas, sin alcanzar a ver su contenido ni comprender el sentido exacto de los mismos, ni tener capacidad de ejecución o revisión de las operaciones del ordenador. Estas personas no pueden ser engañadas en tales condiciones.

De todas formas, no siempre está excluida la posibilidad de la percepción del objeto del engaño en el sentido del tipo del art. 528. Ello depende en gran medida del sistema de trabajo y toma de decisiones adoptados por la empresa o institución en la que se utiliza el instrumental informático, en concreto, que la orden incorrecta deba ser ejecutada o supervisada por otro empleado; así como de los métodos de control de cuentas y auditorías y del propio tratamiento y procesamiento de datos. En estos casos sí que podrá concurrir este elemento del tipo. Sin embargo, el reconocimiento de la presencia del engaño incluso cuando han sido adoptados procedimientos regulares de control depende precisamente de cómo se efectúen los mismos. En primer lugar, un control sistemático de todos y cada uno de los procesos en los que son manejados los datos sería materialmente imposible o implicaría unos costes a todas luces desmesurados y desproporcionados con los objetivos de racionalidad en la gestión propuestos. En consecuencia, el control se limita a un muestreo de aquéllos y a los resultados finales de las operaciones contables. Esto significa ya de entrada que las posibilidades de descubrir las eventuales manipulaciones fraudulentas perpetradas por algún empleado se reducen considerablemente, con lo cual no se produce la percepción o captación por parte del auditor de la manipulación de esos datos necesaria para el engaño, y su representación errónea de la situación no estará apoyada en ese engaño, que no se ha llegado a producir ⁽⁴⁰⁾. Si por el contrario, descubre la manipulación y con ello el engaño, no se habrá producido el error, pero sí la tentativa de estafa; téngase en cuenta, no obstante, que precisamente por las especiales características operativas del ordenador,

(39) V. Sieber, *Computerkriminalität und Strafrecht*, cit., 204 y ss.

(40) Lampe, *Strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität*, cit., 3; Sieber, *lug. cit.*, 2/12.

el resultado de eliminación de deudas, abono de créditos, etc., suele ser instantáneo, y en consecuencia el descubrimiento de la manipulación será posterior al mismo, lo que no permitirá por sí solo la concurrencia de la estafa.

Por su parte, el error ha de recaer sobre *otra persona* y ha de ser originado por el engaño. Este engaño, nos dice el Código penal, ha de ser “bastante para producir error en otro”, es decir, que no todo engaño ha de considerarse idóneo para el mismo, sino que ha de ser suficiente, adecuado para producirlo, lo cual ha de medirse de acuerdo con las circunstancias del caso. Se trata aquí de la relación de causalidad entre error y engaño. En conclusión, se puede afirmar que este elemento del tipo del delito de estafa frecuentemente estará ausente en las manipulaciones de datos informatizados, bien por faltar su presupuesto, el engaño, bien porque éste no recae en la formación de la voluntad de una persona, en su representación de la realidad, como requiere el error, sino en las operaciones automatizadas del ordenador ⁽⁴¹⁾. Cuando interfiere en el proceso una tercera persona a causa de la división del trabajo en el seno de la empresa o de los controles periódicos a que se encuentra sometido el personal de la sección de procesamiento de datos, si se ha producido el engaño en los términos expuestos más arriba, sí que podrá generar aquél el error, si esta interferencia ocurre en un momento intermedio entre el engaño y el acto de disposición, lo cual no siempre sucede, pues con frecuencia depende del azar ⁽⁴²⁾.

Queda por ver otro elemento que ha de concurrir en el delito de estafa, el *acto de disposición patrimonial*. Sólo podrá darse, en primer lugar, si como veíamos, participa en la gestión de los datos resultantes un empleado responsable antes de que las transferencias dinerarias sean realizadas por el propio ordenador como consecuencia de las órdenes dadas por el autor de las manipulaciones; o, también si es un empleado el que tiene que cargar los abonos ficticios, a la vista de los datos transmitidos por el ordenador una vez tratados informáticamente (*output*). En consecuencia, es necesario que el disponente haya tenido acceso al contenido de los datos informatizados mediante su lectura para que el engaño se haya podido materializar, o lo que es lo mismo, que coincida la condición de disponente y engañado; circunstancia ésta que no siempre se produce, especialmente si, como suele practicarse en las

(41) En este sentido, Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit., 142; Lampe, *Strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität*, cit., 3; Klaus Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona 1985, 132.

(42) V. Theodor Lenckner, *Computerkriminalität und Vermögensdelikte*, C.F. Müller, Heidelberg 1981, 27.

grandes empresas e instituciones bancarias y de ahorro, existe una división funcional del trabajo. Pero, en muchas ocasiones este acto de disposición es realizado directamente por el ordenador (p. ej., abonando una cantidad de dinero en una cuenta preparada a tal fin), de modo que el acto de disposición ya no habrá sido realizado tampoco por una persona.

Por todo lo expuesto, el delito de estafa tampoco reúne las características típicas necesarias para un adecuado castigo de las manipulaciones de datos informatizados, pues o no concurren los elementos del tipo del delito o se origina un engarce desnaturalizado entre los mismos.

2.1.3. *El delito de apropiación indebida.*

El delito de apropiación indebida (art. 535 CP) presenta algunos elementos comunes a los delitos de hurto y de estafa ⁽⁴³⁾, y en esa medida tropieza con las dificultades expuestas. Por otro lado, esta forma de trabajo a través del ordenador exclusivamente, plantearía con frecuencia una seria duda acerca de la presencia de otro elemento típico peculiar del delito de apropiación indebida: haber “recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título”, etc.; esto no ocurre respecto a programadores, analistas, alimentadores de datos, etc., que no ejercen la custodia o administración del dinero u otros bienes, ni toman decisiones sobre los mismos y son, sin embargo, los que tienen de una u otra forma acceso a los datos informatizados como consecuencia de su actividad profesional ⁽⁴⁴⁾.

2.1.4. *Los delitos de falsificación de documentos.*

La obtención de un enriquecimiento patrimonial con perjuicio de tercero mediante el ordenador supone al mismo tiempo una alteración de la realidad contable de la entidad afectada. En este sentido se plantea también la posibilidad de que dicha alteración de la verdad constituya un delito de falsificación de documentos, lo que justifica su estudio, aunque en sentido estricto no constituye un delito patrimonial ⁽⁴⁵⁾.

Lo primero que hay que averiguar es si los datos contenidos en un ordenador poseen la naturaleza de un documento. Desde una perspectiva penal, se

(43) V. José A. Sáinz-Pardo Casanova, *El delito de apropiación indebida*. Barcelona 1978, 51 y ss.

(44) Igual sucede en el Derecho alemán: Lenckner, *Computerkriminalität und Vermögensdelikte*, cit., 28 y ss.; Sieber, *Computerkriminalität*, cit., 247 y ss., 2/13 y ss.

(45) Art. 306 del CP: “El que, con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, cometiere en documento privado alguna de las falsedades designadas en el art. 302, será castigado con la pena de prisión menor”. Según los casos, cabría plantearse también otras modalidades delictivas de falsedad documental, pero la cuestión central queda suficientemente analizada con el delito del art. 306.

ha venido considerando tradicionalmente como documento únicamente el escrito, es decir, cuando el pensamiento humano se ha recogido en un soporte material por signos escritos legibles ⁽⁴⁶⁾.

Si ahora trasladamos estas observaciones a la manipulación de datos informatizados, nos encontramos, una vez más, con no pocas dificultades. En primer lugar, un programa no encarna en sí mismo un pensamiento o una declaración de voluntad *concretos de una persona determinada*, sino que, como es sabido, constituye un *instrumento* de trabajo para tratar informáticamente el pensamiento humano. Por tanto, debemos excluirlo ya de entrada de la noción de documento. No sería, por consiguiente, susceptible de encuadrar en este delito la manipulación de los datos mediante la del programa.

Sí que reflejan, por el contrario, un pensamiento humano los datos introducidos en la llamada fase “*input*” en cuanto suministran información de una realidad concreta. Lo mismo puede decirse de la fase del “*output*”, o salida de datos, pues no importa que éstos hayan sido tratados o procesados por el ordenador mediante el programa; el pensamiento humano existe con independencia de su manera y origen de formación ⁽⁴⁷⁾.

Indudablemente los signos eléctricos recogidos en una cinta o disco magnéticos no constituyen en sí mismos un documento en sentido penal: ni reúnen las características del escrito que sea legible o visualizable, ni de esa idea implícita en el concepto de documento de ser un objeto dotado de cierta materialidad, que no queda satisfecha con la mera existencia de ese disco o cinta ⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, esa visualización o percepción es posible desde el momento en que se utiliza el ordenador, puesto que aparecen reflejados en la pantalla del mismo de forma escrita. De todos modos, hasta ahí tampoco puede considerarse documento, al no contar todavía con un soporte duradero susceptible de traslación.

En consecuencia, y admitiendo la hipótesis acabada de mencionar, sólo cuando esos datos informáticos manipulados son reproducidos por la impresora

(46) V. Enrique Casas Barquero, *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona 1984, 226 y ss.; Enrique Orts Berenguer, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. (coord. Tomás Vives Antón), Valencia 1988, 227 y ss.

(47) De otra opinión, Lampe, *Die strafrechtliche Behandlung*, cit., 8.

(48) A esta conclusión llegan también Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit., 140. Por otro lado, téngase en cuenta que, por argumentos semejantes a los propuestos en el texto, no existirá nunca delito de falsedad cuando la alteración recae tan sólo en la banda magnética de una tarjeta de crédito con el fin de ser utilizada en un cajero automático; v. al respecto, más ampliamente, Romeo Casabona, *Utilización abusiva de tarjetas de crédito*, cit., 315 y s.

del ordenador estaremos ante un documento falso en sentido jurídico-penal. De todas formas, a pesar de esta interpretación funcional, que podría ser discutida, no es suficiente en gran número de casos, en los cuales las operaciones que originan la inexactitud contable que dará lugar a su vez al perjuicio patrimonial se realizan complementariamente 'dentro' del mismo ordenador, sin que exista un reflejo externo de las mismas.

Condición del documento en sentido jurídico-penal es también su *atribuibilidad a una persona* por cualquier procedimiento, así como la identificación de su autor ⁽⁴⁹⁾. En estos supuestos el que ha manejado el ordenador, ha introducido los datos o, simplemente, ha dictado las órdenes para el procesamiento de los mismos, asume el resultado obtenido y se convierte de este modo en una declaración de voluntad suya (teoría de la declaración de la voluntad), en su propio pensamiento, pero esa persona no siempre coincide con el manipulador.

2.2. Conclusiones y perspectivas de reforma.

La comparación de la adecuación de los tipos penales tradicionales de enriquecimiento patrimonial ilícito con las conductas de manipulación de datos informatizados ha querido mostrar la situación insatisfactoria de *lege data* en que se encuentra el Derecho penal español para incriminar tales conductas debido a la falta de alguno de los elementos del tipo, lo que trae consigo una clara desprotección del bien jurídico del patrimonio. En las hipótesis más optimistas dicha adecuación típica depende de la concurrencia de determinadas circunstancias contingentes, cuando no del azar, pero queda descartada la seguridad de una incriminación con carácter general ⁽⁵⁰⁾. Otra conclusión de *lege data* conduciría a una interpretación forzada de los tipos penales, que muy frecuentemente abocaría en la analogía prohibida; la rigidez que muestran aquéllos impide, además, una interpretación teleológica de los mismos que atendiera al bien jurídico agredido/protegido, o una interpretación evolutiva o progresiva de algunos elementos del tipo, sobre todo los que se refieren a las modalidades de realización de la acción. Por fin, esta situación es muy semejante en Derecho comparado, particularmente en aquellos países que presentan afinidades con el nuestro en el ámbito de los delitos patrimoniales o de falsedades documentales, a la vez que una estrecha vinculación con el principio de legalidad.

(49) V. Casas Barquero, *El delito de falsedad en documento privado*, cit., 253 y ss.

(50) De semejante parecer, para el derecho comparado, Sieber, *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester 1986, 42.

A la vista del riesgo de lagunas punitivas en nuestro Derecho positivo en relación con la manipulación de datos informatizados, el único camino practicable que nos queda es el de acudir a propuestas de reforma legislativa, a una adaptación de la legislación penal vigente a estas nuevas formas de criminalidad con el fin de despejar las dudas sobre su tipicidad, sin desdeñar tampoco los beneficiosos efectos de prevención general que se derivarían de una adecuada incriminación de estas conductas de enriquecimiento injusto valiéndose del ordenador, ni la necesidad de adoptar medidas preventivas de otra naturaleza no jurídica. Esto debe realizarse introduciendo en el Código penal una nueva figura delictiva, próxima a la de la actual estafa⁽⁵¹⁾, introduciendo en el nuevo tipo los elementos necesarios que suplan los fallos de cobertura de aquélla, en concreto, los elementos del engaño, subsiguiente error y acto de disposición patrimonial: el delito de fraude informático, en cuyo contenido, estructura y engarce con los demás delitos de estafa no puedo ocuparme aquí⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾. Para ello habrá que combinar diversos puntos de vista, entre los que desempeñan un factor decisivo de orientación la atención al bien o bienes jurídicos protegidos o

- (51) V. sin embargo, crítica con este planteamiento, pues lo encuentra demasiado limitado a la vez que estima que el fraude informático tiene cabida en el actual delito de estafa, Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, cit., 619, aunque finalmente lo acepta como función simbólica (621).
- (52) A ello he dedicado algunas páginas en *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 106 y ss. En concreto, proponía como posible tipo penal el siguiente: "Comete también estafa el que con el fin de obtener un enriquecimiento injusto (o bien: el que con ánimo de lucro) para sí o para tercero en perjuicio de otro... altere de cualquier modo el resultado del correcto procesamiento de los datos en conexión con un aparato técnico" (pp. 115 y 117). Como se verá más abajo, el Proyecto CP 1992 introduce un tipo de estafa informática que parte de la misma concepción y estructura que el que propuse entonces, asumiendo que más depurado y sencillo técnicamente que el mío.
- (53) Sobre reformas legislativas de este tenor puede mencionarse, p. ej., la República Federal Alemana, en cuyo Código Penal se han introducido varios delitos que tratan de incriminar de una forma más adecuada los ilícitos de carácter patrimonial cometidos en relación con el uso de ordenadores, a través de la reciente reforma de su Código penal: *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, de 15 de mayo de 1986, que entró en vigor el 10 de agosto del mismo año. En relación con este estilo se ha incluido la 'estafa informática' (§ 263 a). V. más ampliamente sobre esta reforma, Hans A. Engelhard, *Computerkriminalität und deren Bekämpfung durch strafrechtliche Reformen*, en "Datenverarbeitung im Recht", 165 y ss. (1985); Theodor Lenckner/Wolfgang Winkelbauer, *Strafrechtliche Probleme im modernen Zahlungsverkehr*, en "Wistra", 84 y ss. (1984); Manfred Möhrenschrager, *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (2. WiKG). *Entstehungsgeschichte und Überblick*, en "Wistra", 123 y ss. (1986); el mismo, *Das neue Computerstrafrecht*, en "Wistra", 128 y ss. (1986); Ulrich Sieber, *Informationstechnologie und Strafrechtsreform*, Köln 1985, *passim*; Klaus Tiedemann, *Stand und weitere Entwicklung der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, en "Juristenzeitung", (1986); Ellen Schlüchter, *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Heidelberg 1987, 84 y ss.; y Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 90 y ss. En Francia, por Ley n° 88-19 de 5 de enero de 1988, se han introducido varios delitos en el Código Penal (art. 462); v. al respecto, Michel Vivant (ed.), *Lamy Droit de L'Informatique*, París 1989, 1.460 y ss.

merecedores de protección (valores de contenido patrimonial y la fe pública necesaria en el tráfico jurídico), la función normativa de los tipos penales existentes de contenido patrimonial y las formas de agresión (las manipulaciones de datos informatizados), es decir, las acciones ético-socialmente más intolerables frente a las cuales parece conveniente una intervención penal; teniendo también en cuenta el principio de intervención mínima, y el carácter fragmentario del Derecho Penal. Esta afirmación se revela como especialmente adecuada y oportuna en relación con los bienes de contenido patrimonial, para los cuales el ámbito del Derecho privado suele ser normalmente el idóneo para tales fines de protección. En consecuencia, el Derecho penal actuará por medio de la pena cuando junto a determinado desvalor del resultado (lesión o peligro de un bien jurídico) se ha producido un determinado desvalor de la acción (la forma de la conducta agresora) que se estimen merecedores de la pena.

El Proyecto CP de 1992 introduce en el art. 252.2 la figura de estafa o fraude informático. Frente a las diversas opciones que nos ofrece el Derecho comparado, me parece más correcta la del Proyecto, que sustituye de la forma más concisa posible los elementos de la estafa clásica que fracasan en relación con estos comportamientos —como he sugerido más arriba—, si tenemos además en cuenta que es equiparable el desvalor de la acción y del resultado en ambas modalidades de estafa. En cuanto a si es suficiente la descripción de la conducta típica (“realizaren una manipulación informática que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos”), es difícil preverlo, pero al menos quedan cubiertas las diversas manipulaciones conocidas en la actualidad, como son las que se refieren a los programas del sistema o de aplicación y a los datos en cualquiera de sus fases del procesamiento informático; aun así, debería reflexionarse sobre la conveniencia de reemplazar la expresión “manipulación informática” por la de “*manipulación*”, pues no sé hasta qué punto las realizadas en la consola o en la impresora se pueden calificar de “informáticas”, estando por lo demás suficientemente garantizada la conexión informática de los hechos con la referencia al “procesamiento o transmisión informática de datos”. De todos modos, estimo más satisfactorio que se sustituya “y así ocasionaren un perjuicio a otro” por “*en perjuicio de otro*” (tal vez mejor entonces situada la expresión a continuación de “con ánimo de lucro”), de forma semejante a la estafa común.

Es acertada también la consideración por parte del Proyecto CP 1992 de llaves a las tarjetas, magnéticas o perforadas (así como los mandos o instrumentos de apertura a distancia, art. 242, párrafo 2º), a los efectos del delito

de robo con fuerza en las cosas (art. 241 n° 4°), lo que consolida la interpretación que propuse en este sentido en 1987 y permite calificar así por este delito el acceso a los cajeros automáticos con dichas tarjetas para obtener dinero en metálico.

Finalmente, se observan en el Proyecto importantes novedades en relación con los delitos relativos a las falsedades documentales. En primer lugar, incorpora una definición material de documento: “todo papel o soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria” (art. 376.1). Por otro lado, el concepto de falsificación de documento se fija más que en los procedimientos en los efectos que comporta para el tráfico jurídico (art. 377). Con ambos preceptos es posible encuadrar un gran número de supuestos de modificaciones de documentos ‘informáticos’, salvo las dudas que pueden plantearse cuando se trate de alteraciones momentáneas —aunque no en todos los casos—, pero que al ser instrumentales de otro delito, podrán ser castigadas satisfactoriamente por éste.

3. La piratería o copia ilegal de programas.

La importancia que ha ido adquiriendo en nuestro país el tratamiento de la información y de los datos de todo género ha favorecido una paralela e imprescindible creación y perfeccionamiento del soporte lógico (*software*) de los ordenadores, lo que a su vez ha planteado la necesidad de una adecuada protección jurídica del mismo. Esta necesidad ha permitido comprobar que con frecuencia los instrumentos jurídicos tradicionales de protección de las obras de creación humana de cualquier naturaleza son insuficientes, por la difícil ubicación entre ellas de estos nuevos productos, que comportan con frecuencia una ruptura con los conceptos y estructuras jurídicas hasta ahora utilizados. De ahí que el legislador haya tenido que intervenir en numerosos países —y, como veremos más abajo, incluida España— con el fin de establecer un nuevo marco jurídico que ampare a todas las nuevas manifestaciones del pensamiento y creatividad humanas pero, desde luego, no sólo las vinculadas con las tecnologías de la información.

En Derecho comparado⁽⁵⁴⁾ y entre los especialistas se ha ido imponiendo el parecer de integrar la protección del soporte lógico dentro de los derechos

(54) En este sentido, contamos con precedentes legislativos en los Estados Unidos, cuya *Copyright* de 1976 fue modificada en 1980 (sec. 101 y 117) con tal finalidad; de igual modo, puede citarse la *Copyright* de 1956 del Reino Unido, modificada en 1985. En la República Federal

de autor ⁽⁵⁵⁾, que reúne la ventaja de poder atender tanto al aspecto moral (de tanta raigambre en los países latinos) como patrimonial de la propiedad intelectual. El derecho español tradicional antes de la reforma no parecía adecuado de *lege data* para incluir todas las manifestaciones complejas y variadas que requiere la protección de los programas de ordenador, lo que condicionaba a su vez la intervención del Derecho Penal ⁽⁵⁶⁾.

3.1. Protección a través de la legislación civil.

La Ley de Propiedad intelectual de 1987 ⁽⁵⁷⁾ supuso un cambio cualitativo en lo que se refiere a la protección de los programas de ordenador y a otras obras de creación y su reconocimiento expreso como objetos de derechos sustantivos de autor ⁽⁵⁸⁾. Por otro lado, introduce unos mecanismos de protección más ambiciosos, entre los que se incluye una revisión paralela del Código Penal relativa a los delitos contra los derechos de autor.

Como adelantaba más arriba, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) se ha hecho eco de las necesidades de un satisfactorio tráfico jurídico en este ámbito, siguiendo las directrices internacionales apuntadas sobre esta materia. En efecto, sensible con los adelantos tecnológicos, prevé la protección específica de los derechos de autor que afectan a los programas de ordenador (art. 10.1, i) ⁽⁵⁹⁾.

(...) Alemana la doctrina y la jurisprudencia han venido aceptando la protección de *software* a través de la *Urhheberrechtsgesetz*, que contiene cláusulas penales (§ 106), siempre que se trate de programas altamente creativos; esta Ley ha sido modificada en 1985 (24 de junio), con el fin de eliminar dudas acerca de la protección (incluida la penal) de los programas de ordenador. Por fin, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dictó en 1977 unas disposiciones-tipo para la protección del soporte lógico, en esta misma orientación de protección específica de los programas de ordenador a través de los derechos de autor. V. Michael Lehmann (ed.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln 1988, *passim*.

(55) V. ya de este parecer, Eduardo Galán Corona, *En torno a la protección jurídica del soporte lógico*, en "Informática e Diritto", 68 y ss. (1983); González Rus, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales*, cit., 155 y ss.

(56) Por lo que se refiere a la sustracción de programas de ordenador, en sentido estricto, y su posible represión a través del delito de hurto, v. más ampliamente, Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 144 y ss. (147); el mismo, *La protección penal del software en el Derecho español*, en "Actualidad Penal" 1.844 y ss. (1988), y en "Cuadernos de Política Criminal", nº 35, 337 y ss. (1988); v. de otro parecer, Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit., 148 y s. Sobre las dificultades para la punición de la receptación de programas de ordenador y de ficheros informatizados, v. la primera obra citada, 174.

(57) Ley 22/1987, de 11 de noviembre, modificada por Ley 20/1992, de 7 de julio.

(58) De entre la numerosa e importante bibliografía que ha generado la nueva legislación, mencionamos la colectiva de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid 1989.

(59) Dice así el art. 10.1 de la nueva Ley: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, científicas y artísticas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: 1) Los programas de ordenador".

De la definición de objeto de propiedad intelectual y consecuente protección de los derechos de autor podemos entresacar los rasgos que tienen especial relevancia para los programas de ordenador: ha de tratarse de una obra científica, expresada en cualquier medio o soporte, tangible o intangible, y que sea original. En efecto, aunque el soporte del programa es tangible (el disco donde se encuentra registrado) el medio de expresión consiste en unos impulsos (instrucciones) eléctricos(as) intangibles, que son mencionados por la Ley, y por si hubiera dudas sobre su carácter científico —o aunque no lo fuera— incluye en esa relación, que ha de entenderse tan sólo a título ejemplificativo, los “programas de ordenador”. Un aspecto que, a mi entender, no ha quedado plenamente delimitado por la Ley es el de cuándo se entiende que es original un programa, dado el extraordinario dinamismo de este sector y las constantes derivaciones y actualizaciones o revisiones a que puede dar lugar (aunque éstas son también objeto de protección por la LPI).

Una vez resuelta afirmativamente la importante cuestión de la protección civil de los programas, hay que ver cuál es el alcance exacto otorgado a la misma, pues de ello dependerá el ámbito de su protección penal, alcance que ha sido establecido en la nueva Ley. Con esta nueva ordenación jurídica de los derechos de autor que afecta a los programas de ordenador y a otras obras de creación de tecnología avanzada, se pretende, según reconoce el Preámbulo de la Ley, que “los derechos y obligaciones de los autores, así como los de los cesionarios de los derechos de explotación puedan quedar delimitados, de acuerdo con las tendencias preponderantes en el actual momento histórico y en beneficio de ambas partes, mediante la aplicación de un *justo equilibrio entre las normas de derecho necesario y el principio de autonomía de la voluntad*”. Estas reflexiones y objetivos explican que se les haya otorgado una protección más limitada, la cual ciertamente responde a las especiales características de estas obras, y que se regule en un Título específico, de forma que las demás disposiciones de la Ley serán aplicables subsidiariamente, en defecto de lo prevenido en aquél (art. 95 de la LPI). En efecto, el Título VII del Libro I lleva la rúbrica “De los programas de ordenador”, que es el que regula esta materia de forma específica (arts. 95 a 100).

Se asimilan al programa a efectos de tutela la documentación técnica y los manuales de uso de un programa, así como las versiones sucesivas del programa y los programas derivados (art. 96.2º y 4º)⁽⁶⁰⁾. Las limitaciones o dife-

(60) Sus pretensiones de no exclusividad se reflejan en el art. 96.3, cuando dice: “Los programas de ordenador que formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, con independencia de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por la aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial”.

rencias establecidas para los programas en relación con el régimen general de los derechos de autor son consecuencia de sus propias peculiaridades técnicas. Así, en cuanto a la duración de los derechos de explotación es de cincuenta años desde su publicación o creación (art. 97), mientras que en el régimen general se extiende a toda la vida del autor de la obra y a sesenta años después de su muerte o de la declaración del fallecimiento (art. 26). Otra limitación responde a facilitar el desarrollo y perfeccionamiento del programa y su adaptabilidad a las necesidades del mercado, en cuanto que el autor, salvo pacto en contrario, no puede oponerse a que el cesionario del derecho de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo (art. 98), lo que no sería posible en el régimen general, de acuerdo con el cual el procedimiento es el inverso (es el autor el que expresamente debe autorizar en cada caso actuaciones equivalentes en su obra (art. 17). En principio por cesión del derecho de uso se entiende la autorización a utilizar el programa con carácter no exclusivo e intransferible y para satisfacer únicamente las necesidades del usuario, mientras que el cedente conserva la propiedad del programa (art. 99.1 y 2). Sólo es posible la reproducción del programa por parte del usuario para confeccionar la copia de seguridad, pues en otro caso es necesaria la autorización del titular de los derechos de explotación (art. 99.3).

En resumen, puede afirmarse que la protección reconocida a los programas de ordenador se efectúa otorgando prioridad a los intereses de los titulares de los derechos de explotación de los programas en detrimento de los autores materiales de los mismos y de los usuarios.

3.2. Protección en el ámbito penal.

La aprobación y promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual dio lugar también a la modificación simultánea del Código Penal en relación con la protección penal de los derechos de autor, mediante la introducción de los artículos 534 bis a), 534 bis b), 534 bis c) y 534 ter⁽⁶¹⁾.

(61) Por Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del Capítulo 4º del Título XIII del Libro II del Código Penal (B.O.E. de 17 de noviembre). V. al respecto, Luis Arroyo Zapatero/Nicolás García Rivas, *Protección penal de la propiedad intelectual*, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., 1.983 y ss.; Concepción Carmona Salgado, la nueva *Ley de propiedad intelectual*, Montecorvo, Madrid 1988; Miguel Díaz y García Conlledo, *Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 803 y ss. (1990); Enrique Gimbernat Ordeig, *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, en "Poder Judicial", nº especial IX, 351 y ss. (1989); Gonzalo Quintero Olivares/José M. Gómez Benítez, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid 1988; Francisco Soto Nieto, *Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual*, en "Poder Judicial", nº especial IX, 369 y ss. (1989).

El art. 534 bis a) ⁽⁶²⁾ recoge lo que podríamos considerar tipo básico de este delito, mientras que el art. 534 bis b) contiene unos tipos agravados o cualificados. Por su parte, los arts. 534 bis c) y 534 ter se ocupan de diversos aspectos de la responsabilidad civil derivada del delito, así como la extensión a la vía procesal penal de ciertas medidas cautelares, lo que también habrá de ser objeto de análisis más abajo. Con este (estos) nuevo(s) delito(s) el legislador ha abandonado definitivamente la técnica legislativa de la 'ley penal en blanco', en cuanto que son enunciadas todas las conductas básicas que pueden dar lugar a la infracción penal. De todos modos, para conocer el contenido exacto de las acciones típicas hay que acudir en principio a la LPI —y con mayor razón cuando se refieren a los programas de ordenador—, puesto que se les suele otorgar un significado más restringido que el común y en concreto más limitado todavía para los programas de ordenador frente al alcance que la Ley les reconoce en relación con otros derechos de autor más 'consagrados': se comportan como elementos normativos del tipo.

Veamos brevemente los elementos de este delito centrándonos y acentuando, como es lógico, lo que ofrezca mayor interés para la vulneración de los derechos de autor que recaen sobre un programa de ordenador ⁽⁶³⁾. La acción consiste en 'reproducir', 'plagiar', 'distribuir', 'comunicar públicamente' (total o parcialmente) o 'transformar' una obra literaria, artística o científica, etc., o su 'importación' o 'almacenamiento'. Penando el plagio se quieren proteger los derechos morales del autor sobre su obra, mientras que las demás conductas se refieren a los derechos de explotación de aquélla. De la LPI podemos deducir en la mayor parte de los casos qué debemos entender por cada una de estas conductas. Hay que ver, en primer lugar, cómo afecta el plagio ⁽⁶⁴⁾ a

(62) Dice lo siguiente: "Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas quien intencionadamente reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización".

(63) V. más ampliamente, sobre la importante polémica relativa a la naturaleza del bien jurídico protegido, Díaz y García Conlledo, *Los derechos de autor y conexos*, cit., 817 y ss., cuya tesis mixta suscribo; y sobre los elementos del delito, Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 156 y ss.; el mismo, *La protección penal del software en el Derecho español*, cit., 1.836 y ss., y 325 y ss., respectivamente.

(64) Sobre el significado de plagio a los efectos del tipo y su relación y diferenciación de usurpación de la condición de autor (art. 534 bis b, párrafo 1º c), que constituye una forma agravada del plagio (en este sentido, Arroyo Zapatero/García Rivas, *Protección penal de la propiedad intelectual*, cit., 1.994 y s. y 2.002), véanse las referencias de la nota anterior.

los programas de ordenador. No constituye plagio la realización de versiones sucesivas de un programa de ordenador ni de programas derivados del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación, salvo que hubiera mediado pacto en contrario con el autor (art. 98 de la LPI), pues se pretende con ello facilitar su perfeccionamiento o adaptación a la función específica que se le quiera dar. Como podemos comprobar, el derecho moral del autor de un programa está muy limitado legalmente y si además tenemos en cuenta que las versiones sucesivas y los programas derivados son también objeto de protección expresa por la LPI (art. 96.4), el requisito de originalidad queda muy reducido en esta clase de obras.

En cuanto a la reproducción, se entiende la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (art. 18 de la LPI). Sin embargo, en lo relativo al programa de ordenador el concepto de reproducción es más limitado, pues no se considera como tal la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario (art. 99.3 de la LPI); ni tampoco la copia de seguridad (art. 99.2 de la LPI). En los demás casos, la reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación. Limitaciones al ejercicio exclusivo de este derecho de explotación justificada, una vez más, por las características técnicas de funcionamiento de estas obras.

La distribución y la comunicación pública no ofrece especiales particularidades en relación con los programas, salvo recordar que es posible distribuirlos y comunicarlos⁽⁶⁵⁾ a otros usuarios por medio del mismo ordenador a otro ordenador, si están conectados entre sí (a través de un *modem*), pues, como sabemos el programa tiene como destino natural un ordenador. La utilización de este mismo procedimiento rebasando las fronteras nacionales (lo que sabemos que es relativamente fácil) dará lugar a las conductas típicas de importar o exportar a que se refiere el 2º párrafo del art. 534 bis a). Por transformación de una obra hay que entender, de acuerdo con la LPI, su traducción, adaptación

(65) El requisito de publicidad en la comunicación no está excluido por este medio si, por ejemplo, el ordenador de destino es de acceso común a una pluralidad no cerrada de usuarios. Véase, al respecto, la LPI art. 20.2.h), que considera que son actos de comunicación pública "el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas". Además de que este artículo no constituye una descripción cerrada de supuestos de comunicación pública, pienso que no hay inconveniente en asimilar un programa de ordenador a los datos contenidos en una base de ellos.

y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente (art. 21.1). Sin embargo, para los programas no constituye transformación la adaptación de un programa realizada por el usuario para la utilización exclusiva por el mismo (art. 99.4 de la LPI)⁽⁶⁶⁾, ni la ya indicada realización o autorización de realización de versiones sucesivas del programa ni de programas derivados del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación.

En el artículo 534 bis b) se recogen varios tipos agravados, que responden sobre todo a una más estricta protección de los derechos morales, aunque también se refuerce en ciertos casos (cuando medie el ánimo de lucro) la protección penal de los derechos de explotación⁽⁶⁷⁾. Para el examen de estos tipos agravados conviene separar otra vez los que se refieren a atentados contra los derechos morales de los que conculcan los derechos de explotación. En cuanto a las infracciones contra los derechos morales del autor, a ellas se refieren las letras b, c y d del art. 534 bis b. Es de reseñar que la vulneración de estos derechos hay que ponerla en conexión con las conductas prevenidas en el artículo anterior (art. 534 bis a), de modo que por lo general se habrán infringido ya los derechos de explotación mencionados en el mismo, pero que darán por resultado una ulterior vulneración de los derechos morales contemplados en el art. 534 bis b. Infringir el derecho de divulgación del autor significa no respetar la decisión del autor sobre si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1º de la LPI), así como si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente (art. 14.2º de la LPI). En relación con el programa de ordenador hay que tener en cuenta lo dicho en cada una de estas conductas del tipo básico. Por lo que se refiere a usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella (o el nombre de un artista en una inter-

(66) Por esta razón tampoco le afecta lo dispuesto en el art. 11.5º de la LPI: "Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 5º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica".

(67) Dice así el art. 534 bis b: "1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: a) Obrar con ánimo de lucro; b) Infringir el derecho de divulgación del autor; c) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución; d) Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor. 2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica. b) Que el daño causado revista especial gravedad. En tales supuestos el Juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado".

pretación o ejecución), ya me he ocupado más arriba, al referirme al plagio. Esta conducta no ofrece ninguna particularidad destacable cuando afecta a un programa de ordenador. Por último, al modificar sustancialmente la integridad de la obra se infringe el derecho exclusivo del autor de exigir el respeto de su integridad e impedir cualquier deformación, modificación, alteración, o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (art. 14.4º de la LPI); tal facultad de modificación corresponde exclusivamente al autor (art. 14.5º de la LPI). Ya hemos visto que, salvo pacto en contrario, es muy limitado el poder de control sobre dicha integridad que se reconoce al autor de un programa.

Por otro lado, el CP configura unas infracciones contra los derechos de explotación del autor. Para que existan estos tipos agravados es preciso que se actúe con ánimo de lucro, con independencia de que se haya producido un efectivo perjuicio económico a los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual. Este elemento subjetivo de lo injusto constituye el único punto de conexión de estos delitos con los delitos contra el patrimonio (Título XIII), pues en las demás conductas no es precisa la presencia de este ánimo ni la causación de un perjuicio económico.

Si, además del ánimo de lucro, la cantidad o el valor de las copias ilícitas poseen especial trascendencia económica o el daño causado reviste especial gravedad, nos encontraremos ante un tipo 'superagravado', que comporta, además de una elevación de las penas de privación de libertad y pecuniaria, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido y la facultad del cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, que actúa como medida de seguridad más que como pena accesoria. Este fenómeno es el que con más frecuencia se dará en la infracción de los derechos de autor de programas de ordenador⁽⁶⁸⁾, pues la llamada piratería de programas (al igual que la de cassettes y películas de video) persigue por lo general la obtención de un beneficio económico a costa de sus creadores o de los titulares de los derechos de explotación, a diferencia de otras obras, en las que es posible pretender conseguir una emulación o reputación intelectual.

Especial interés reviste la responsabilidad civil prevista en los artículos 534 bis c) y 534 ter⁽⁶⁹⁾. El primero de ellos contempla una especie de reparación

(68) V. al respecto Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 141 y ss.

(69) Dicen así: art. 534 bis c: "En el supuesto de sentencia condenatoria el Juez podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial". Art. 534 ter: "La

moral para el autor sin perjuicio de otras reparaciones o indemnizaciones por el daño moral sufrido. El segundo remite directamente a la LPI (arts. 123 a 128) para la indemnización de los daños y perjuicios, sin que sea necesario acudir para los supuestos más específicos a la vía civil paralela o posterior (haciendo, por ejemplo, reserva de las acciones civiles en el proceso penal), como es el cese de la actividad ilícita (art. 124 de la LPI), incluso en lo concerniente a la solicitud con carácter previo de las medidas cautelares de protección urgente⁽⁷⁰⁾, como prevé de forma expresa la referida Ley⁽⁷¹⁾.

El Proyecto de 1992 viene a resolver las dudas que pudiera plantear en la actualidad la protección penal de las topografías de los productos semiconductores⁽⁷²⁾, dada su naturaleza aparentemente mixta de creación intelectual y de producción industrial, decantándose por esta última vía de forma expresa (art. 281.3).

4. Espionaje informático.

Consiste en la obtención sin autorización de datos almacenados en un fichero informatizado. Al igual que el fraude informático, lo que ahora llamamos espionaje informático tiene unos efectos económicos de primera magnitud⁽⁷³⁾, favorecidos por la todavía notable desprotección material y logística de las bases de datos informatizados a pesar de la existencia de restricciones de acceso (p. ej., *password*) y de lectura de los datos (encriptamiento o codificación de los datos); ello se explica por el hecho de hallarse la información gracias a este sistema concentrada en un espacio muy reducido y es susceptible de copia por esta misma razón en un soporte pequeño y en un lapso de tiempo insignificante. En el ámbito comercial afecta a las contabilidades de las empresas,

(...) extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis a) y 534 bis b), se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios". V. José Jiménez Villarejo, *La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual y las vías judiciales para su exigencia*, en "Poder Judicial", n° especial IX, 359 y ss. (1989).

(70) Arts. 126 y 127; este último señala el procedimiento a seguir por la vía civil, con algunas especialidades.

(71) Art. 128: "Las medidas cautelares previstas en el artículo 126 podrán ser acordadas en las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley. En su tramitación se observarán las reglas del artículo 127, en lo que fuera pertinente. Las mencionadas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal".

(72) V. Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.

(73) Sobre la información como valor económico digno de protección penal, v. Jean-Pierre Chamoux (ed.), *L'appropriation de l'information*, París 1985, 17 y ss.; Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., 168 y s.

balances, cartera de clientes, mientras que en el puramente tecnológico a datos de investigación y desarrollo de tecnología; igualmente al *know how*, o conocimiento de procedimientos económicos y tecnológicos de carácter, en principio, reservado ⁽⁷⁴⁾, de tanta importancia en el tráfico económico actual de las empresas. Evidentemente, este tipo de espionaje adquiere particular relieve con otras finalidades, como es el realizado en los secretos de los Estados o de las organizaciones supranacionales de cooperación militar, particularmente en lo relativo a la defensa y la seguridad. Anecdóticas son por el momento, aunque no dejan de ser significativas del peligro real existente y de la vulnerabilidad de los ficheros informáticos, las incursiones de los llamados *hackers*, jóvenes que acceden a bases de datos de lo más variadas (bancos, grandes comercios, hospitales, centros de seguridad de los gobiernos, etc.), con el fin de vencer el reto que supone para ellos el acceso a las mismas valiéndose de un microordenador y de la conexión a través de la línea telefónica.

4.1. *Protección penal.*

Desde el punto de vista jurídico son más complejos, si cabe, los problemas que encierra el tratamiento penal del espionaje informático en comparación con el fraude informático, tanto desde la vertiente penal como del Derecho privado. Necesariamente, en este trabajo sólo podemos aspirar a una inicial aproximación a su entramado jurídico-penal.

La protección penal de los datos contenidos en un fichero informático, frente al acceso no autorizado o la copia de los mismos, plantea el problema de la adecuación de la conducta con algunos tipos delictivos que protegen el patrimonio o los secretos. El delito de hurto no sería aplicable al caso por las mismas razones que indiqué en relación con el fraude informático; no se trata de cosa mueble, la acción recae sobre elementos intangibles o incorpóreos no susceptibles de apoderamiento en el sentido del art. 514 del CP; además, el propietario no es privado en realidad del fichero informático, el cual permanece en su poder, sino que es únicamente copiado.

Su reconducción dentro de la protección de la propiedad intelectual encuentra la dificultad de su consideración como obra científica, de creación y original, así como que estos ficheros mantienen su virtualidad mientras son secretos, lo que no sucede con los derechos de autor; aparte de que por lo general no se incurre en una reproducción —pública— del fichero, pues éste es utilizado

(74) V. al respecto, Tiedemann, *Poder económico y delito*, cit., 111 y ss.

por el propio autor (tal vez incluso sin necesidad de copiar el fichero); si lo vende a un tercero (a una empresa), podría entenderse realizada ya su reproducción o su distribución en el sentido de las conductas prohibidas por el art. 534 bis a) del CP. Por otro lado, la LPI de 1987 considera un acto de comunicación pública el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas por dicha Ley (art. 20.2 h). En consecuencia, es una de las conductas integradas en los derechos de explotación, penalmente protegidos por el art. 534 bis a. Sin embargo, esta interpretación no proporciona un apoyo jurídico suficiente como para poder deducir que la LPI considere las bases de datos siempre incluidas en cuanto tales dentro de su ámbito de protección.

Si, a pesar de todo, los datos no poseen la calificación de reservados, y únicamente en esta eventualidad, cabe también plantearse su castigo como competencia ilícita, a tenor de lo previsto por la Ley de Propiedad Industrial (arts. 131 y 132) en conexión con el art. 534 del Código penal, pero siempre que esa base de datos posea un contenido susceptible de protección industrial, lo que no será tan frecuente, si tenemos presente el catálogo de conductas que incluye la referida Ley.

Por último, tampoco parece viable una incriminación satisfactoria dentro de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (en concreto, los supuestos del art. 497, pues exige el apoderamiento de papeles o cartas de otro, que no es nuestro caso ni en cuanto a la conducta ni en cuanto a los objetos), al igual que sucede con la protección de los datos que afectan a la intimidad de las personas, con el inconveniente añadido aquí que este espionaje informático industrial persigue el ánimo de lucro, de ninguna manera cubierto por estos delitos⁽⁷⁵⁾. Sólo los tipos de los artículos 498 y 499⁽⁷⁶⁾ ofrecen la posibilidad de cierta cobertura, pero en cualquier caso limitada, puesto que únicamente alcanza a empleados de la empresa y no, por consiguiente, cuando se realiza

(75) Y ello a pesar de lo que dispone el art. 499, como veremos a continuación.

(76) Art. 499: "El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas". Si los hechos son cometidos por funcionario público, no existirían especiales dificultades de incriminación a través de los arts. 367 y 368 del CP conforme a su redacción por LO 9/1991, de 22 de marzo, pues no exigen una modalidad comisiva concreta (así, el primero comienza: "El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo.."). La misma opinión en ambos casos sustentan Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit., 145 y ss.

por personas ajenas a ella (p. ej., por conducción telefónica), ha de tratarse de descubrir datos secretos y, en el supuesto del artículo 499, han de ser secretos industriales, lo que no impide entenderlos en sentido amplio, incluyendo también los de carácter comercial⁽⁷⁷⁾. Si la obtención de los datos se logra por una persona ajena interfiriendo en la comunicación entre dos ordenadores (o un ordenador y un terminal), como ésta se efectúa valiéndose de la línea telefónica, entraría en juego el delito del art. 497 bis (interceptación de comunicaciones telefónicas), haciendo notar, no obstante, que el componente patrimonial del hecho no quedaría suficientemente reflejado en su represión.

4.2. *Perspectivas de reforma.*

Las reflexiones acabadas de exponer abundan en la idea de la clara desprotección existente en nuestro ordenamiento frente al espionaje informático, aunque quede parcialmente cubierto por el delito de revelación de secretos industriales y excepcionalmente por el de infracción de los derechos de autor; y no sólo frente a estas conductas abusivas, sino también frente al mero acceso a los datos. De ahí la conclusión de la necesidad de promover una adecuada y más amplia protección penal (pero no sólo penal).

Salvo las observaciones ya apuntadas, nada se dice en la LPI sobre la naturaleza de los datos de un fichero informático y su posible objeto de propiedad intelectual. Sin embargo, dado que dicha Ley no pretende ser exhaustiva en cuanto a la enumeración de creaciones originales literarias, científicas y artísticas susceptibles de propiedad intelectual, cabría también la inclusión de los datos..., siempre que puedan ser calificados de 'creación literaria, científica o artística', lo cual queda en entredicho. De todas formas, aunque aceptáramos su naturaleza de científicos, no parece que sea ésta la vía más adecuada para todos los supuestos, pues la nota más característica es la del carácter reservado de esos datos, y el espionaje informático afectará entonces a la capacidad competitiva de la empresa. Es, por tanto, en atención a estas dos peculiaridades donde debe centrarse la reforma penal o la de la legislación específica con el fin de conseguir que actúe en ambas de forma complementaria (creación intelectual y secreto). No debe olvidarse tampoco, en cualquier caso, la protección frente a los accesos no autorizados a bases de datos, siempre que fueran intencionados, o siendo accidentales, el intruso se mantuviera voluntariamente en ellos⁽⁷⁸⁾. No obstante, hay que tomar la precaución de evitar una desmesurada

(77) V. Miguel Bajo Fernández, *Derecho Penal económico*, Madrid 1978, 295 y ss.

(78) El espionaje de datos ha sido elevado a delito en la República Federal Alemana, tras la reciente reforma citada de 1986, en su parágrafo 202 a. V. Sieber, *Informationstechnologie*

protección de la información por sí misma, lo que podría favorecer un monopolio de la protección del secreto industrial sobre la información ⁽⁷⁹⁾.

Dentro del espionaje industrial el Proyecto CP 1992 da cabida al espionaje informático (art. 284.1) ⁽⁸⁰⁾, para cuya descripción típica completa se remite al art. 198, ya comentado. Este delito refuerza la impresión de que el art. 198 debe ser completado en los términos que he propuesto más arriba, pues también es posible acceder a un secreto empresarial sin necesidad de apoderarse de dato alguno ni del soporte informático correspondiente, como es la simple visualización de los datos en pantalla reteniéndolos memorísticamente o copiándolos a mano. Con la inclusión en el art. 198.2 de la expresión “utilizar” creo que se abarca de forma suficiente este supuesto, que puede originar perjuicios económicos de especial magnitud. Con independencia de esta observación, queda por ver qué se ha de entender por “secreto de empresa”, siendo de suponer que por tal habrá que abarcar lo que la propia empresa quiera mantener reservado mediante actos concluyentes.

5. Sabotaje informático.

Como hemos visto, el ‘sabotaje informático’ consiste en la destrucción o inutilización del soporte lógico, esto es, de datos y/o programas contenidos en un ordenador (en sus bandas magnéticas) ⁽⁸¹⁾. Indudablemente, es posible asimismo la destrucción o inutilización del soporte físico del sistema informático (*hardware*), agresiones que no ofrecen, en principio, mayores particularidades ⁽⁸²⁾. Existen diversos procedimientos, la mayoría de ellos, al menos los más eficaces y difíciles de detectar, se sirve de la propia tecnología del ordenador,

(...) *und Strafrechtsreform*, cit., 49 y ss., en favor de la introducción de un precepto de este tenor (cuando el Proyecto de reforma no preveía su inclusión). Sobre este parágrafo, v. Schlüchter, *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 56 y ss.; Tiedemann, *Stand und weitere Entwicklung der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 865 y ss. También la reforma del CP francés de 5 de enero de 1988, art. 462.2.

(79) V. en este sentido, Sieber, *The International Handbook on Computer Crime*, cit., 59.

(80) Art. 284.1: “El que para descubrir o revelar un secreto de empresa evaluable económicamente y que comporte ventajas competitivas, se apodera de documento, soporte informático u otros objetos, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el artículo 198, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos”.

(81) V. más ampliamente Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños*, en “La Ley”, n° 2.400, 1 y ss. (1990); Carlos M. Romeo Casabona, *Los delitos de daños en el ámbito informático*, en “Cuadernos de Política Criminal”, 91 y ss. (1991).

(82) V. al respecto, nota anterior y González Rus, *Aproximación al tratamiento penal*, cit., 126 y ss.; Sieber, *The International Handbook on Computer Crime*, cit., 15 y s.

que conducen al borrado total o parcial de los datos o del programa, a su inoperatividad o a la imposibilidad de acceso a los mismos (procedimientos conocidos como 'caballo de troya', 'bombas lógicas', 'virus informático', etc.). Dentro de este conjunto de conductas hay que incluir la introducción de datos nuevos erróneos o la alteración de los ya procesados (siempre que no sea con ánimo de enriquecimiento, lo que nos trasladaría al fraude informático, o de alterar la llamada identidad informática, que nos movería dentro de los ataques a la intimidad individual), pues su finalidad es la misma, la de que el fichero manipulado pierda la función a la que estaba destinado.

La perpetración de estos actos de sabotaje suele ir dirigida a la causación de un perjuicio patrimonial en el titular o usuario del ordenador (empresas, entidades bancarias o de ahorro), perjuicio que suele alcanzar cifras muy elevadas, lo cual se comprende fácilmente, pues se le priva de todo su sistema de gestión (contabilidad, administración, cartera de clientes), o, incluso, de planificación y organización del trabajo, así como la actividad empresarial misma (diseños industriales, las fuentes de las agencias dedicadas a proveer información a sus clientes, etc.). Junto a estos daños no son desdeñables tampoco los que se pueden irrogar con finalidad política contra la seguridad y defensa de los Estados (p. ej., sobre armamento y organización operativa de las fuerzas armadas, ficheros de la policía).

5.1. *Incriminación de estas conductas.*

El Código penal español, del mismo modo que los Códigos de otros países, conoce el delito de daños (art. 557 y ss.), que parece el más adecuado para reconducir penalmente los hechos de los que nos ocupamos ahora, dado su evidente paralelismo. La principal dificultad con que nos encontramos para la incriminación de estos actos de sabotaje radica en que el daño se efectúa en el soporte lógico (elemento no físico, incorporeal) del sistema informático: ésta es la cualidad de los datos y programas, que son meros impulsos eléctricos plasmados normalmente en un soporte material (la banda o disco magnéticos). Por otra parte, según entiende la doctrina española, el objeto material sobre el que ha de recaer el delito de daños habrá de ser una "cosa ajena o propia, mueble o inmueble, material y económicamente valorable, susceptible de deterioro o destrucción y de ejercicio de la propiedad"⁽⁸³⁾. Todas estas condiciones las reúnen los datos o programas de un ordenador (no cabe duda, por ejemplo,

(83) V. por todos, Agustín Jorge Barreiro, *El delito de daños en el Código Penal español*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 513 (1983).

del valor económico que éstos poseen), salvo el de ser una cosa material. En otros países se fijan en el contenido patrimonial de lo dañado más que en la naturaleza corporal o incorporeal de la cosa, pudiendo de este modo castigar estos hechos como delito de daños⁽⁸⁴⁾. La materialidad de la cosa, que tiene sentido en los delitos de apoderamiento, puesto que requieren la aprehensión de la misma, no tiene base en estos delitos⁽⁸⁵⁾, si partimos de una interpretación evolutiva de los mismos, atendiendo al bien jurídico protegido; lo relevante es que se dañe algo susceptible de propiedad y valuable económicamente. Por consiguiente, los delitos de daños del CP vigente integran sin especiales dificultades estas conductas⁽⁸⁶⁾.

Aceptado lo anterior, importa dilucidar si el daño en la cosa (el fichero de datos) ha de afectar al valor de su sustancia (*Substanzwerttheorie*) o al del uso a que originariamente estaba destinada (*Gebrauchstwerttheorie*)⁽⁸⁷⁾. Sólo si admitimos esta segunda interpretación⁽⁸⁸⁾ podremos acoger dentro del delito de daños no sólo la destrucción sino también la inutilización del soporte lógico del ordenador, pues éstas afectan a su operatividad (a la utilización normal del programa o de los datos) sin que se destruya ni altere al mismo tiempo (al menos necesariamente) el disco o banda magnética donde se encuentra recogido, ni mucho menos el funcionamiento del ordenador.

La importancia de esta distinción se explica porque el Código penal castiga el delito de daños con pena de mayor o menor gravedad atendiendo entre otros criterios, al valor del daño causado. En relación con este punto se plantea la siguiente cuestión: si la víctima poseía copias actualizadas (idénticas) de seguridad de los datos o del programa, en su caso, y la destrucción o inutilización no alcanza a éstas, la pregunta es si podrá entenderse consumado el delito. En mi opinión sólo se ha producido el desvalor de la acción, y el hecho será punible en grado de tentativa, puesto que esas copias son utilizables de forma inmediata. Por el contrario, si aquéllas fueron destruidas junto con los originales

(84) V. Lenckner, *Computerkriminalität und Vermögensdelikte*, cit., 19.

(85) En este sentido, González Rus, *Aproximación al tratamiento penal*, cit., 139 y s.

(86) V. Corcoy Bidasolo, *Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños*, cit., 7. La sentencia de la AP de Castellón, 2 de mayo de 1989, ha mantenido este criterio, pues castigó por un delito de daños (art. 563 en relación con el art. 560.1) porque unos disquetes fueron estropeados por unos jóvenes al accionar un extintor (parece que intencionadamente) y contenían un trabajo de investigación realizado por la víctima en los dos últimos años.

(87) V. Agustín Jorge Barreiro, *El delito de daños en el Código penal español*, cit., 513.

(88) Incluso González Rus, lug. cit., 141 y s., estima que la información del fichero que resulta destruida 'es' la sustancia misma del objeto dañado.

(único medio de que el autor consiga realmente sus propósitos) o no estaban actualizadas, o no existían o los contenidos se habían transcrito tan sólo en papel, el delito se habrá consumado.

5.2. *Propuestas de reforma.*

A pesar de las conclusiones de punibilidad de los actos de sabotaje a través de los delitos de daños a que hemos llegado, no debe descartarse una intervención del legislador para una mejor cobertura penal de estas conductas, en cuyo caso me inclino por la vía de completar los tipos existentes allí donde resulte necesario, a la vista de los puntos que han sido objeto de duda o discusión, sin necesidad de crear ningún tipo autónomo o específico⁽⁸⁹⁾, incluso aunque sólo fuera para lograr unas penas más adecuadas al desvalor de estos hechos⁽⁹⁰⁾ ⁽⁹¹⁾. Si llegara el caso, debería procederse con gran cautela, limitando la incriminación a las conductas intencionales, con el fin de evitar un castigo no deseable de conductas negligentes o de errores o fallos técnicos⁽⁹²⁾.

6. *Agresiones en el soporte material informático.*

El único comportamiento agresivo en el soporte material informático (aparte de los daños físicos) que presenta ciertas novedades —y ello hasta cierto punto— vinculadas a estas tecnologías se reduce en la práctica al hurto de uso del tiempo del ordenador⁽⁹³⁾, es decir la utilización sin autorización de un ordenador por un tercero durante un tiempo determinado sin que implique la traslación física del aparato. La importancia económica de estas incursiones es menor, pero tampoco desdeñable. Por supuesto, su interés radica no en el consumo energético, sino en valerse gratuitamente y sin autorización de una

(89) Que, según se ha visto, se centran en las modalidades de comisión (la destrucción, deterioro o inutilización, entendiendo dentro de ésta en nuestro caso también la alteración de los datos o imposibilitar su acceso o utilización efectiva) y en el objeto sobre el que ha de recaer la acción (habría que incluir los bienes incorporales susceptibles de daños en general o, de modo específico, los datos).

(90) Coinciden con estos criterios *de lege lata* y *de lege ferenda*, Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit., 149 y s. y 153; Corcoy Bidasolo, *Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños*, cit. 7.

(91) Por ejemplo, el legislador alemán ha estimado oportuno introducir el delito de 'sabotaje informático' (§§ 303 a, 303 b), en la mencionada *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. V. también el CP. francés, art. 462.2 (segundo párrafo), 3 y 4, e información en Vivant (ed.), *Lamy Droit de L'Informatique*, cit., 1.498 y ss.

(92) De este parecer, Sieber, *The International Handbook on Computer Crime*, cit., 81.

(93) Es cierto que junto a la utilización indebida del ordenador puede confluír la de programas y datos, lo que nos llevaría a lo expuesto más arriba en relación con estas conductas.

alta tecnología que, en sus prestaciones más sofisticadas, es todavía muy costosa ⁽⁹⁴⁾.

No ofrece dificultad afirmar que esta modalidad de agresión 'informática' no es susceptible de incriminación en nuestro Derecho vigente, pues el hurto de uso con ánimo de lucro no constituye un ilícito penal con carácter general, con la sola excepción del delito utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos (llamado impropriamente también hurto de uso), del artículo 516 bis del CP ⁽⁹⁵⁾, ni habría ninguna otra figura delictiva de enriquecimiento del CP español (como las defraudaciones de fluido eléctrico y otras análogas) donde integrar estos hechos.

Finalmente, no parece oportuno, desde una perspectiva político-criminal, la incriminación de estos hechos en el momento actual por su probable escasa incidencia en nuestro país, y porque el Derecho Penal, como ya he señalado en más de una ocasión, sólo debe intervenir cuando fracasen otros sectores del ordenamiento jurídico ⁽⁹⁶⁾.

(94) V. casuística en Louis Rohner, *Computerkriminalität. Strafrechtliche Probleme bei 'Zeitdiebstahl' und Manipulationen*, Zürich 1976, 11 y ss.

(95) V. en este sentido, González Rus, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, cit., 121; Rodrigo Fabio Suárez Montes, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 5 (1970).

(96) De esta opinión, Lenckner, *Computerkriminalität und Vermögensdelikte*, cit., 21; Sieber, *Informationstechnologie und Strafrechtsreform*, cit., 59. En sentido contrario, Rohner, *Computerkriminalität*, cit., 29; mantienen una postura alternativa de *lege ferenda* Corcoy/Joshi, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, cit., 154; referencias de derecho comparado favorables a su incriminación en Romeo Casabona, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit. 180.