

*Revista del  
Foro Canario*

*Revista del Foro Canario*

89

Las Palmas de Gran Canaria, 1994



*Portada:* Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.  
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL  
35008 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**

Antonio Inglott Domínguez

**Diputado Segundo**

Javier Ayala Galán

**Diputado Tercero**

Juan Delgado Rodríguez

**Diputado Cuarto**

Jaime Rubio López

**Diputado Quinto**

José C. Vidal Martínez

**Diputado Sexto**

Josefina Navarrete Hernández

**Diputado Séptimo**

Noemi Fernández Álvarez

**Diputado Octavo**

Luis F. Naranjo Sintes

**Bibliotecario-Contador**

Javier Marrero Pulido

**Tesorero**

Rafael Vera Cominges

**Secretario**

## **COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO**

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

## **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 XXXVII

Enero - Diciembre

1994

## SUMARIO

|                                                                                                                                       | Págs. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <i>Introducción</i> .....                                                                                                             | 7     |
| <i>“La delincuencia económica. Análisis del fenómeno”</i> por don GONZALO QUINTERO OLIVARES.....                                      | 11    |
| <i>“La III Semana de Derecho Penal de Las Palmas”</i> por don JOAN J. QUE-<br>RALT.....                                               | 29    |
| <i>“El sistema de incriminación de la imprudencia en el proyecto del Código Penal de 1992”</i> por don JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ..... | 33    |
| <i>“Alternativa a la prisión en el proyecto de Código Penal de 1992”</i> por don SANTIAGO MIR PUIG.....                               | 57    |

|                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>“La responsabilidad civil en el proyecto de Ley orgánica del Código Penal”</i><br>por don JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ .....                                        | 69  |
| <i>“Los delitos contra la vida humana y contra la integridad física y mental en el proyecto de Código Penal”</i> por don JOAN JOSEP QUERALT.....                     | 83  |
| <i>“Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen”</i> por doña CONCHA CARMONA SALGADO.....                                              | 107 |
| <i>“Los delitos contra el patrimonio en el proyecto de Código Penal de 1992”</i><br>por don JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS.....                                              | 131 |
| <i>“La política criminal del proyecto de Código Penal”</i> por don JUAN SARMIENTO DE MARÍN .....                                                                     | 165 |
| <i>“Los delitos contra el orden socio-económico (I): los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores”</i> por don J. MASSAGUER..... | 177 |
| <i>“La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo”</i> por don ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER.....                            | 209 |
| <i>“La protección del Estado en el proyecto de Código Penal de 1992”</i> por don JUAN TERRADILLOS BASOCO.....                                                        | 231 |
| <i>“La técnica legislativa en el proyecto de Código Penal”</i> por doña MARÍA TERESA CASTIÑEIRA PALOU .....                                                          | 251 |

## INTRODUCCIÓN

Son pocas las veces en las que la Revista del Foro Canario se ha iniciado con un prefacio, pero, en las que lo ha tenido, habían razones bastantes para ello.

Acontece hoy lo mismo que con su número 87, cuyo contenido, de carácter monográfico, se constreñía a las ponencias de los eminentes profesores que se encontraron en nuestro Colegio en la oportunidad de la II Semana de Derecho Penal de Las Palmas, cuyos eventos exigían y exigen decir algo de principio por su excepcionalidad.

En esta ocasión es la III Semana la que lo concita y, en una y otra circunstancia, editar aquí lo que entonces tuvimos la fortuna de oír formaba parte de la colaboración que nos incumbía a tenor del compromiso contraído con el Área de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria al objeto de dejarlo constatado por escrito, obviamente para recuerdo de los que allí estuvimos presentes pero, además, para su difusión entre nuestros muchísimos lectores que no pudieron acudir: compañeros Abogados, universitarios españoles y operadores jurídicos, en general, de todos aquellos lugares, incluso del extranjero, a quienes llega esta revista.

Si, como estamos seguros, cumple la pretendida finalidad, será en bien de todos: los protagonistas de aquellas magníficas jornadas, los que ahora queremos divulgar sus enseñanzas y los que las tendrán a mano en sus bibliotecas; y eso nos congratularía por sí sólo y nos gratificaría suficientemente.

*SALVADOR TRUJILLO PERDOMO*

*DECANO*

# LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. ANÁLISIS DEL FENÓMENO.<sup>(\*)</sup>

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

## SUMARIO

1. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA.
2. UN CONCEPTO JURÍDICO MÍNIMO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA.
3. SOBRE LA “FUNCIONALIDAD” DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE ECONÓMICO.
4. ÁMBITO JURÍDICO-POSITIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS
5. LA REFORMULACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS.
  - 5.1. Penas pecuniarias.
  - 5.2. Penas privativas de derechos.
  - 5.3. Privaciones de derechos a empresas.
  - 5.4. Penas privativas de libertad.

(\*) Este trabajo que ya fue publicado en nuestra Revista n.º 88, por remisión directa de su autor, se reedita aquí por razones de unidad temática, al haber formado parte de las ponencias de la III Semana de Derecho Penal de Las Palmas..

## 1. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA

En 1940 Edwin H. SUTHERLAND, publicaba un trabajo destinado a ser un hito en los estudios criminológicos, “White Collar Crime” (*American Sociological Review*, 5, 1940). Con él se iniciaban los modernos estudios sobre criminalidad económica, dotando a esta clase de delincuencia de unas características nuevas en relación con las propias de la criminalidad “clásica”. A través de esta clase de criminalidad SUTHERLAND va formulando su teoría de la “asociación diferencial”, que luego continuarían CRESSEY y otros (sobre el tema, vid.: GARCÍA PABLOS, *Manual de Criminología*, 1988, págs. 555 y ss.). Lo esencial de esta teoría, en lo que ahora importa al objeto de estas páginas, es la esencial apreciación de que la delincuencia económica, atendidos el “status” e inteligencia del infractor, no expresa una disfunción o inadaptación del individuo, sino un aprendizaje efectivo de valores criminales. Cuando transpongamos estas ideas al lenguaje actual podremos hablar de cultura del “triunfo rápido”, o expresiones incluso más plásticas. El presupuesto lógico, según el citado criminólogo norteamericano, es que en la sociedad existen grupos o asociaciones estructuradas consciente o inconscientemente en torno a intereses y objetivos o metas. El proyecto común une a los individuos. Alguno de esos grupos, inevitablemente antepone sus fines a los valores que otros defienden mayoritariamente. Que una agrupación de esa especie se pueda producir entre individuos diversamente situados en la organización social nada tiene de extraño; el fenómeno de la separación del valor mayoritario no depende en modo alguno de la posición social entendida en el sentido tradicional “clasista”. Lo que transforma a una persona en delincuente según este análisis es, entre otras cosas, que las relaciones o modelos favorables a la violación de la Ley superen a los desfavorables.

La cita de las ideas de SUTHERLAND la tomo de partida para llamar la atención sobre la importancia de no utilizar sistemáticamente modelos explicativos del delito apoyados en los primitivos análisis del positivismo italiano o del correccionalismo español. Eso no quiere decir que reconozca al citado autor una originalidad indiscutible. El afán de imitación o emulación con los triunfadores sociales fue señalado ya como causa del delito por los representantes de la Escuela de Lyon —en especial, Gabriel TARDE en su *Philosophie pénale* (1890)—, que por lo mismo mantuvieron dura controversia con los Ferri, Garofalo y seguidores. Mas sea como fuere lo cierto es que los estudios profundos sobre criminalidad económica arrancan en la literatura científica anglosajona, y, especialmente, norteamericana, quizá tal vez por prioridad en el conocimiento de las características que puede ir revistiendo la criminalidad en las llamadas sociedades capitalistas, o tal vez por la importancia concedida a los estudios de sociología jurídica.

En materia de criminalidad económica carece totalmente de sentido sostener que el delito es expresión de un conflicto entre clase dominante y

clase trabajadora, siendo los procesos de criminalización expresión de las contradicciones del sistema capitalista. Eso no es cierto, y es fácil comprobar que la diatriba de la Criminología crítica (TAYLOR, YOUNG, WALTON y otros) contra la llamada Criminología liberal es tan desacertada como cualquier análisis marxista radical, aunque la afirmación más preocupante sostenida por este grupo de escritores es que los delitos económicos, por ser propios de los “poderosos” no se criminalizan ni persiguen, a diferencia de lo que sucede con los delitos convencionales: el Derecho Penal es un instrumento de dominación, que no está organizado para luchar contra la criminalidad, sino para decidir a quién se le cuelga la etiqueta de criminal. El grado en que estas ideas sean más o menos irracionalmente compartidas por la opinión general es cosa que no podemos saber sin la oportuna investigación sociológica. Pero indudablemente existe una “imagen diferenciada”, que un Estado social y democrático de Derecho ha de procurar evitar.

Ciertamente, los designados como “delincuentes económicos” no ofrecen ninguna de las características habituales del delincuente común, pues en relación con ellos carece de sentido hablar de cualquiera de los rasgos habitualmente tomados como definitorios de la personalidad criminal (inadaptación, pobreza, incultura, abandono familiar o carencia de familia, enfermedades mentales desconocidas, etc.). Al contrario, podría decirse, incluso, que se trata de personas con un grado de integración normal, o quizá particularmente bueno, en la vida social, con independencia de que los “costos materiales” de esa integración puedan estar en el origen motivacional de su conducta. El delincuente económico es, siempre en estos análisis, alguien que puede aparecer, hasta que es detenido, incluso como un triunfador en los negocios y en sus relaciones públicas.

Sin perjuicio de respetar la valiosa aportación de los criminólogos contemporáneos, conviene decir que el concepto de delincuente económico no es tan nuevo como pueda parecer. Con el título precisamente de *El delito económico* aparece un libro de Laschi a principios de siglo, en donde, con el lenguaje propio de la época, y el muy inferior volumen de relaciones económicas o mercantiles de aquel entonces, describe en esencia un tipo humano análogo al criminal del “cuello blanco”, que los criminólogos italianos de los años 20 bautizan como delincuente “in ganti gialli”, esto es, de guantes amarillos, para referirse a los guantes de gamuza con que se completaba el atuendo de los caballeros elegantes.

En todo caso, y desde el principio, flota la idea de que este tipo de delincuente es diferente, pero no sólo por la clase de delitos que puede cometer sino porque su personalidad no se parece en nada a la del delincuente común o “tradicional”. Pero además de la antes citada crítica de un sector de la Criminología científica, aparece un problema esencialmente jurídico que desde siempre ha acompañado al estudio de esta clase de delincuencia: todo lo dicho para el delincuente común en materia de imputabilidad, culpa-

bilidad, peligrosidad, función y fundamento de la pena, fin de ésta, etc., ha de ser revisado porque los presupuestos humanos en que se apoya esa configuración del Derecho Penal carecen de validez o de sentido al afrontar la delincuencia económica. El delincuente económico no es un ser marginal, ni atávico, ni falto de inserción social, ni ignorante, y, por lo mismo, todo lo que se pueda sostener de las reacciones penales apoyándose en esa imagen previa —por ejemplo, la casi totalidad de las características de los tratamientos penitenciarios— decae o queda sin sentido cuando se predicen frente a esa clase de sujetos. Y es así porque a poco que repasemos las categorías esenciales de la teoría del delito en cuanto al juicio de la persona (imputabilidad, posibilidad de conocimiento del injusto, exigibilidad de conducta, capacidad para actuar de otra manera) es fácil notar que se conciben sobre el presupuesto, muchas veces no confesado, de que estamos ante un sujeto “diferente” por muchas razones.

La cuestión, o la preocupación, no es nueva. Ya el precursor de la Criminología, César Lombroso, llegó a denunciarla al fin de su vida. Efectivamente, siendo anciano fue requerido para informar en su condición de médico forense sobre las personalidades de los acusados en el fraudulento crac de la Banca de Roma acaecido hacia 1908, y no tuvo otro remedio que declarar que todos ellos eran sujetos perfectamente normales y carentes de cualquiera de las características antropológicas o psíquicas del delincuente, que él mismo había descrito desde al aparición de “L'uomo delinquente”.

## **2. UN CONCEPTO JURÍDICO MÍNIMO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA**

Aun reconociendo y reteniendo las peculiares características sociocriminológicas de esta clase de delincuencia —características sobre las que tendremos que regresar una y otra vez—, es preciso, obligado, y posible, trazar un perfil o concepto de lo que debe entenderse por delincuente económico. Una primera definición, de escasa utilidad criminológica y político criminal, consistiría en tener como tales a los que cometen delitos legalmente considerados como “económicos”. Y sería de poca utilidad ante todo porque no existe, en el estado actual de nuestra legislación al menos, una clara precisión de cuáles son los delitos que deben tener esa condición, como después veremos, toda vez que las fronteras, si ha de haberlas, con los delitos patrimoniales son a veces muy imprecisas. Pero, además, la sola naturaleza de la tipicidad realizada puede no ser suficiente para determinar el “tipo humano” de delincuente económico, que se ha de caracterizar por datos de índole más sociológica. Cualquier ciudadano, por ejemplo, puede cometer un delito fiscal o un fraude de subvenciones, delitos que sin duda se consideran como “económicos”; pero quizá eso no bastaría para entender que criminológicamente estamos

ante un “delincuente económico”. Este concepto, en cuanto objeto de problema, viene mejor dado con otra caracterización:

—El delincuente económico busca el aprovechamiento personal a través de las fisuras que pueda ofrecer el mercado, comprensivo de relaciones mercantiles, financieras, societarias, o quebrando las reglas de éste. Su primera característica viene pues dada por el marco de actuación en que se mueve.

— El daño patrimonial causado a otras personas o a la comunidad o al Estado aparece como fruto de la conducta anterior. Si quisiéramos establecer analogías las podríamos encontrar con la estructura del delito culposos; éste no es sólo la producción de un daño a personas o cosas, sino que ese daño ha de ser además consecuencia de la infracción de unas normas de cuidado establecidas precisamente para evitarlo. El delito económico, por lo tanto, no es sólo la producción de un daño patrimonial por un sujeto que actúa en el mundo financiero o empresarial, sino la causación de ese daño mediante la violación de las normas o usos que regulan esa actividad. Una apropiación indebida “común” —en la que indudablemente el autor viola deberes establecidos por el derecho privado— se diferencia de un delito societario por un administrador, por ejemplo —y según lo describe el PrCP 1992— precisamente por ese distinto ámbito normativo o de obligaciones que se establece.

— Ese ámbito normativo tiene un sentido, que es el que a su vez colorea a la delincuencia económica misma. Se trata de reglas establecidas para conservar el normal funcionamiento del mercado y de las relaciones microeconómicas (financieras, societarias, de competencia, etc.). Por lo tanto, hay que dejar de lado cualquier pretensión de definir el delito económico como aquel que atenta contra el “orden económico” o el sistema “económico”, pues esas expresiones, así utilizadas, resultan carentes de sentido. Las grandes cuestiones de la economía no pueden venir afectadas por actuaciones individuales, pero, lo que es realmente importante, escapan claramente a la capacidad de actuación o de control del Derecho Penal, e incluso a cualquier pretensión de “dominación” a través de normas jurídicas.

### **3. SOBRE LA “FUNCIONALIDAD” DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE ECONÓMICO**

Los aspectos problemáticos del concepto de delincuente económico no acaban con las dificultades hasta ahora señaladas en orden al establecimiento de una delimitación de ese concepto. Al margen de las cuestiones referentes a los perfiles criminológicos y a los presupuestos jurídico-positivos que fijan el ámbito de actuación de esa delincuencia, que son de indudable importancia, aparecen otros que afectan, según algunos, a la base misma que permite

declarar la sustancial injusticia de su comportamiento. Me estoy refiriendo a lo que técnicamente será designado como “antijuricidad material”. Por supuesto, nadie duda de que es materialmente injusto que una persona arruine a otros a través de una jugada de bolsa, por ejemplo, o que les despoje de sus ahorros ofreciendo inversiones maravillosas. Y ciertamente, cuando esas cosas se producen al hilo de un plan delictivo diseñado y preciso no hay problema alguno en precisar el origen del injusto y sus perfiles, y, con ello, el fundamento de la reacción punitiva. Pero ya decía QUINTANO RIPO-LLÉS, en su *Tratado*, y al ocuparse de las características criminológicas de esta clase de delincuencia, cuestión que abordaba como previa a otras consideraciones, que en ocasiones la diferencia entre un delincuente económico y un empresario genial residía exclusivamente en la suerte. Ésta, a modo de éxito en una especulación de cualquier clase, podía conducir a dejar un reguero de personas con sed de justicia o con agradecimiento infinito por los beneficios obtenidos. Sin duda el Derecho penal no puede premiar al aventurero con una patente de corso que le permita circular libremente por la vida financiera en la convicción de que existe una verosímil posibilidad de triunfo en sus actividades, ni tampoco puede dejar de reaccionar ante el fiasco. Pero no puede ser “totalmente” indiferente a ese factor suerte o desgracia, pues si lo es recupera indirectamente la responsabilidad por el resultado u objetiva, lo que sucedería si la pena se aplicara a un sujeto que sustancialmente había hecho exactamente lo mismo que el triunfador, pero sin fortuna. Esta contingencia la examinaré después, pero ciertamente no caeré en la ingenuidad de decir que el Derecho penal se tiene que abstener de actuar, aunque sin duda ha de medir bien el fundamento humano y material de su intervención, pues así lo exige el principio de “ultima ratio”.

Acabo de hacer mención al riesgo de recuperación de la responsabilidad objetiva. Me explicaré. Esto sucedería si el Derecho penal asumiera, en materia de delincuencia económica, una especie de máxima del siguiente tenor: “delito será lo que mal acabe”. Pongamos un ejemplo sencillo: un administrador desleal dispone de información privilegiada sobre el propósito de su empresa de adquirir las acciones de otra, y, aprovechándose de ese conocimiento, procede a adquirirlas él mismo a través de un testaferro, para así realizar un negocio ganando la diferencia entre el precio por el que comprará y el precio por el que venderá. Eso sería un delito de uso de información privilegiada, según el PrCP; pero supongamos que la empresa, a la que debía lealtad, decide después no comprar esas acciones porque el precio ha dejado de interesarles al haber aumentado, ¿diremos por eso que no ha habido conducta delictiva?, o bien, la empresa compra, el administrador desleal hace sus negocios, pero al día siguiente una tercera empresa les ofrece un precio dos veces superior por esas mismas acciones. Parecería que se podría decir que la cosa acabó con bien para todos. Y de nuevo viene la pregunta ¿acaso no hubo actuación delictiva aunque fuera difuminada por la buena fortuna posterior? El instinto jurídico nos inclina a rechazar que la existencia

de un delito pueda depender de un golpe de fortuna que diluya la significación de una conducta, y nos lleva a exigir una valoración de las cosas “ex ante”, puesto que “ex post” pueden resultar de otro modo y si fundamos la reacción penal en el resultado final quizá no nos acerquemos a la responsabilidad por el resultado, pero lo que con toda seguridad haremos será, además de hacer depender la pena de factores aleatorios, despreciar enteramente el contenido del desvalor de acción, y no se olvide que, por ese camino, se podría llegar a sostener que la tentativa no ha de castigarse porque, a la postre, no ha pasado nada. Si un sujeto, y sigo con los ejemplos, vende un inmueble que aún no le pertenece y con ese dinero se lo compra por precio menor al dueño real, ganando la diferencia, pero dejando al dueño convencido de que ha hecho una operación estupenda, el Derecho penal se encontrará con que quien simplemente es el autor de una estafa inmobiliaria, cuyo perjuicio sería ciertamente difícil de precisar, es “socialmente” un tipo muy hábil.

Nos encontramos pues ante un dilema que la vida diaria muestra fácilmente, y es que QUINTANO tenía razón al referirse al factor suerte como elemento caracterizador, aunque no siempre, por supuesto, de alguno de estos delitos. ¿Acaso eso desautoriza la actuación del Derecho penal, o la torna injusta o discriminatoria? No lo creo, al igual que quien conduce un coche de modo imprudente y, por eso mismo, mata a una persona, no puede defenderse diciendo que otros corrían tanto como él pero tuvieron la suerte de que no se cruzó ningún peatón. Por lo mismo, quien “circula por el sistema económico o financiero” produciendo riesgos para los intereses de otras personas<sup>(1)</sup> ha de asumir la eventual responsabilidad criminal en la que puede incurrir, y al decir “eventual” señalo, de pasada, a la actitud subjetiva que, en términos de dolo, puede adoptar el sujeto en estos casos. Así pues, el escrúpulo, o abierta crítica que en ocasiones se oye en relación con esta materia ha de ser rechazado por lo que tendría de incongruente incluso con otras estructuras de responsabilidad penal.

Queda no obstante una pregunta por contestar: ¿por qué el Derecho penal no ha de actuar cuando “todo concluye felizmente” a pesar de que el autor haya violado las normas de comportamiento propias de la actividad económica de que se trate? La respuesta creo que es evidente: al margen de las dificultades de persecución que en la práctica se darían, pues costaría

(1) A propósito de esas “otras personas” conviene hacer alguna precisión en torno a las ideas de “riesgo” y “consentimiento” —con cierto paralelismo con lo que sucede en la determinación de los límites del injusto en la imprudencia—. Si alguien, por ejemplo, opta por invertir en una operación fantástica, que ofrece ganancias que “nunca” el mercado normal podría dar, siendo por tanto casi inimaginable su viabilidad, pero prefiere eso, es evidente que asume el riesgo de confiar en un aventurero, y, por lo mismo, se reduce la necesidad de la reacción penal, como sucede en otros casos de consentimiento. Por supuesto, eso no ha de confundirse con aquellos casos en que se perjudica económicamente a un grupo o masa a través de mecanismos del mercado o bien aprovechándose de su buena fe o ignorancia o, simplemente, de su situación de necesidad.

encontrar al perjudicado denunciante, y sin entrar en qué otras normas jurídicas no penales puedan actuar, el Derecho penal se ha de quedar al margen en nombre del principio de “ultima ratio”, a pesar de que el “desvalor de acción” ya se haya producido, lo cual es algo que sucede en relación con otros bienes jurídicos diferentes del orden socioeconómico, salvo aquellos casos en los que el legislador decide “adelantar la protección” estableciendo delitos de peligro. Que en esta clase de delitos la actuación punitiva solamente se produzca no ya cuando se perfeccione el desvalor del resultado, sino cuando el perjuicio “material” sea visible, no ha de ser, en sí mismo, motivo de asombro o lamento, puesto que es una manera habitual de producirse en la práctica el principio de intervención mínima en cuanto a “persecución” (que es cosa distinta de la presencia legal formal), y además, no es un fenómeno privativo de la delincuencia económica, sino que en términos generales se puede apreciar una clara diferencia de volumen entre las conductas “típicas y antijurídicas” y las que efectivamente llegan a ser perseguidas como delitos.

#### 4. ÁMBITO JURÍDICO-POSITIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

Parece obligado, en un trabajo sobre problemas de la delincuencia económica, indicar quiénes son los sujetos que pertenecen a esa categoría. Bien es verdad que he señalado los rasgos que, a mi modo de ver, componen los rasgos principales del concepto, pero eso será un dato por ahora de sociología criminal. Si el Derecho penal debe disponer alguna regla especial, tendrá necesariamente que acotar cuáles son los títulos jurídicos que arrastran la consideración ulterior de delitos económicos. El PrCP de 1992 ofrece un Título muy amplio rubricado como “delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico”. Es una indicación importante, pero evidentemente adolece de precisión desde el momento en que reúne a lo “patrimonial” con lo “económico”, siendo misión del intérprete conferir uno u otro carácter a la infracción que se estudia. De los diferentes criterios utilizados para hacer esa distinción quizá al menos complejo consiste en tener por infracción patrimonial la que incide sobre bienes jurídicos prioritariamente de personas individuales, reservando la calificación de delito económico para el que rompe las reglas del mercado, la competencia y el orden financiero-societario (además de causar perjuicio).

Bien es verdad que en un comentario como éste, que está dedicado a destacar ciertos problemas de la delincuencia económica, especialmente en relación con la clase de tratamiento penal o penitenciario que le haya de ser adecuado, no parece imprescindible entrar en disquisiciones sobre cuáles son los delitos económicos en el Código penal —advierto, de paso, que también hay o puede haber delitos económicos en Leyes penales especiales— pero lo cierto es que es inevitable por una razón que resumo:

Quizá sea porque quien esto escribe es ante todo penalista, y no criminólogo, pero lo cierto es que desde la óptica de un sistema apoyado en el principio de legalidad de penas, medidas y sistema de ejecución, no resulta ni posible ni imaginable que el Juez o la propia ley establezca reacciones alternativas discrecionales, ajenas al principio de taxatividad, para el caso de que se estime que un determinado sujeto ha cometido un delito económico. Si se llega a la conclusión, por análisis criminológico y político-criminal, de que esta especie de delincuencia precisa de reacciones adecuadas a sus particulares características, el Derecho penal deberá transformar ese dato en norma positiva. A buen seguro el criminólogo realiza su estudio prescindiendo de cuáles hayan de ser las consecuencias para el Derecho positivo; es más, ni siquiera tiene que partir de éste. Pero antes o después habrá que afrontar la inexcusable realidad: si hay que arbitrar sistemas de reacciones alternativas habrá que señalar los delitos en los que es posible aplicarlas. Por ejemplo: un Código puede establecer la medida de suspensión de actividades empresariales o de prohibición del derecho a constituir sociedades anónimas; pero tendrá que especificar cuáles son las infracciones que permiten la imposición de esas medidas. Lo que sin duda es inviable es que el Juez lo decida en nombre del “perfil criminológico del hecho o de su autor”.

Como después explicaré, en la literatura penal se ha llegado a defender —y no digo que sea totalmente sin razón— la eficacia de la pena corta de prisión para esta clase de delincuencia, cuando esa pena se cuestiona en términos generales. Imaginemos por un momento que la Ley aceptara esa tesis. Indudablemente tendría que escoger cuáles son los delitos en los que la pena corta de prisión no es sustituible, o bien optar por autorizar al Juez para que no la sustituya si estima que el delito es de carácter económico, lo cual sería una segura fuente de arbitrariedades o desigualdades.

Por lo tanto, pues, el delito económico podrá tener cuantas configuraciones socio-criminológicas se estimen adecuadas, pero además deberá tener un ámbito legal preciso en el sistema penal positivo<sup>(2)</sup>.

- (2) En relación con el ámbito jurídico-positivo relevante para los delitos económicos es muy importante tener en cuenta que, de acuerdo con lo indicado en la configuración del concepto, se parte siempre de la existencia de un sistema de reglas que configuran el presupuesto u orden del mercado o la actividad económica o financiera. Por ese motivo, junto al Derecho penal, hay que considerar la legislación no penal, privada (mercantil, societaria, concursal) y administrativa (tributaria, propiedad industrial, mercado, consumidores, publicidad, ordenación bancaria, mercado de valores). Todas esas normas jurídicas actúan, además de como configuradores de una determinada ordenación de relaciones, como sistema preventivo, quedando, o debiendo quedar, reservado el derecho penal para la actuación ulterior sancionadora, siempre con sujeción a los principios de intervención mínima —es decir, cuando no sea posible resolver los conflictos con normas no penales o éstas se muestren ineficaces o insuficientes—, y de protección fragmentaria, esto es, actuando sólo frente a los ataques más graves.

## 5. LA REFORMULACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS

En modo alguno es una cuestión nueva la de que ciertas materias ofrecen tal cúmulo de aristas que resulta muy difícil someterlas a los principios “normales” del Derecho penal, o de la teoría jurídica del delito. Se ha criticado doctrinalmente, incluso, la supuesta abdicación del Derecho penal, traducida en la renuncia a sus garantías fundamentales, cuando se trata de ciertos problemas, citándose al respecto los casos del terrorismo y el narcotráfico, pues para ambos grupos de delincuencia se plantean soluciones que escapan de las reglas ordinarias, aunque no siempre sean excepciones para “empeorar” (basta pensar en la eficacia que se concede al arrepentimiento eficaz). Por lo tanto, que al parecer haya ámbitos “excepcionales” en el Derecho penal moderno no es en modo alguno un “descubrimiento”. Y en este contexto se suscita el problema que interesa: ¿compone, o ha de componer, la delincuencia económica, un ámbito también especial? Veamos qué respuesta cabe.

Los defensores, muchos, de la conveniencia de que toda la materia penal económica se trate en leyes penales especiales, es decir, fuera del Código penal común, se apoyan precisamente en esa especialidad. Pero estimo que hay dos maneras de hablar de especialidades:

A) Especialidades materiales, que son las dimanantes de la propia naturaleza del objeto de regulación. Es verdad que la complejidad técnica de muchas de las cuestiones tratadas (vid. nota 2) hace que el Derecho penal tenga que ser subsidiario o complementario de otras leyes, ya que los conceptos usados por la ley penal son en su totalidad de carácter normativo y, además, particularmente complejos. Por ello, según algunos, sería conveniente que todo tuviera un tratamiento conjunto de manera tal que las infracciones criminales fueran la parte represiva penal de aquellas leyes especiales.

B) Especialidades en materia de responsabilidad y pena.

Éstas pasan ya a un ámbito mucho más delicado que el anterior, el cual, en el fondo, es esencialmente un problema técnico aunque tenga también ciertas facetas político-criminales.

El sistema penal, y volvemos de nuevo a lo que se tiene por “tradicional”, está esencialmente concebido sobre la idea de responsabilidad individual (la persona física es la autora del delito) y de pena que, en una concepción retribucionista, salda la cuenta con el sujeto aislado o bien, en las concepciones que persiguen fines reeducadores o resocializadores, aplica un tratamiento (penitenciario) al sujeto.

Pero cuando afrontamos el problema de la delincuencia económica resulta que en muchas ocasiones la “materialidad humana” de la actuación delictiva ha estado en manos de un grupo, siendo pocas las veces en que se

puede atribuir a un individuo aislado. El viejo problema de la capacidad penal de las personas jurídicas surge aquí con particular fuerza. Por lo mismo, las soluciones legales para la imputación del hecho o la responsabilidad penal a persona concreta, en la línea del vigente art. 15 bis CP, exigen un constante perfeccionamiento. Mas aunque éste se alcance, llegará a un punto en el que inevitablemente tendrá que ser revisada la idea de que la pena y la medida solamente pueden imponerse a individuos y no a personas jurídicas, pues resultará necesario políticamente disponer de medios de represión contra las Sociedades cuando precisamente haya que considerar a éstas como elemento generador o envolvente del delito.

La imposición de la pena al delincuente económico “persona física” presenta otras dificultades, o provoca discusiones, variando según la clase de pena de que se trate (pecuniarias, privativas de derechos, privativas de libertad):

### 5.1 Penas pecuniarias

Conocidas son las críticas tradicionales a la pena de multa. De ella se dice que trata de manera desigual a pobres y a ricos, siendo, por lo tanto, la más discriminada de las reacciones penales. Ello no obstante, en la doctrina europea se considera a la multa como una pena “con gran futuro” en el camino de la sustitución de las penas cortas de prisión. Naturalmente, ello exige una revisión profunda del modo de estructurarse legalmente esta clase de pena, a fin de obviar en lo posible las críticas mentadas. La proporción entre la multa y las posibilidades económicas del sujeto; la relación entre la multa y la entidad del mal causado; los modos de cumplimiento de la obligación impuesta por multa, así como las soluciones subsidiarias en caso de voluntario incumplimiento, se sitúan en esta línea de actuación, lo que se refleja, con mayor o menor acierto en el PrCP de 1992 <sup>(3)</sup>.

Pero todo ello no evita una crítica reiterada en materia de delitos económicos, que se puede extender a delitos medioambientales y urbanísticos: que el costo de la multa puede ser computado como gasto necesario en la ejecución de la actuación ilícita, perdiendo en tal caso su carácter disuasorio o contramotivador del delito. Y lo cierto es que se ha comprobado en la prác-

(3) Como es sabido el PrCP incorpora el sistema de “días, semanas, y meses multa”, cuya característica principal es, además de marcar tal pauta de cálculo y ritmo de pago, la búsqueda de una relación entre los ingresos o capacidad económica del condenado y la pena impuesta. Ello no obstante, como es lógico, se fija un límite máximo de multa imponible (cfr. art. 46 PrCP). También se dispone (art. 48) 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 este Código*”. Precisamente uno de esos pocos casos es el de la conversión de bienes procedentes de delitos (art. 309 PrCP), cuya multa se dispone como del “... tanto al triplo del valor de los bienes”. Una de las cuestiones más debatidas en torno a la actual regulación de la pena de multa es la de la “voluntariedad” del pago de la misma.

tica que algo de eso ocurre, especialmente en materia de violación de la disciplina urbanística por constructores, materia que todavía hoy pertenece solamente al ámbito del Derecho administrativo. Y la crítica podría continuar con el problema general de la dificultad de cumplimiento de las sentencias administrativas, en especial cuando ordenan demoliciones totales o parciales de edificios. Pero, volviendo al tema que nos ocupa, se ha de rechazar la tentación de descalificar la utilidad de la pena de multa en cuanto que se relaciona con personas o grupos de capacidad económica superior a la generalidad.

Las multas actualmente fijadas en el Código penal pueden ser acusadas de excesivo “igualitarismo” aun cuando el art. 63 CP indica que los Tribunales habrán de tener en cuenta “el caudal o facultades del culpable”, pero eso es siempre dentro del marco de pena legalmente determinado, cosa que se ha hecho al margen de las posibilidades económicas del autor concreto. En la medida en que el PrCP propone un sistema de mayor adecuación a la capacidad económica de cada sujeto, esa crítica podrá ser obviada. Pero lo que no es posible es establecer multas, sea cual sea el método, que “de facto” acaben resultando confiscatorias, pues incurrirían en inconstitucionalidad. *En relación con la delincuencia económica, por lo tanto es particularmente importante revisar el sistema de determinación de la cuantía de la multa, pero no hay razón para desechar la utilidad de esta clase de pena en relación con algunas infracciones.*

## 5.2. Penas privativas de derechos

Con las *penas privativas de derechos* en relación con la delincuencia económica los problemas son de otra naturaleza. Pero quiero adelantar que, a mi modo de ver, *las privaciones de derechos imponibles a personas físicas, como penas o personas jurídicas, como consecuencias accesorias del delito, son las reacciones penales que ofrecen la mayor utilidad o eficacia en la lucha contra esta clase de delincuencia.* Se debe, no obstante, realizar algunas precisiones sobre la razón de ser de esta afirmación, para, posteriormente, diferenciar la función “ad intra” del mundo financiero o “ad extra”, frente a la ciudadanía, que han de tener estas sanciones.

Cuando señalaba las características socio-jurídicas de la delincuencia económica decía que, al igual que sucede con la imprudencia, el delincuente económico no agrede al patrimonio de otros directa o subrepticamente, sino utilizando mecanismos del mercado en el que está participando o interviniendo. Esos mecanismos son de interés general, y precisamente en eso reside la diferencia conceptual entre los delitos económicos y los meros delitos patrimoniales (al margen, lógicamente, de que el respeto a la propiedad ajena sea también de interés general). Partiendo de esta consideración, la reacción punitiva se tiene que orientar, por claras razones de prevención general y especial, a la preservación futura del buen funcionamiento de las relaciones económico-financieras impidiendo a personas o grupos su participación en

ellas en cuanto hayan demostrado su falta de respeto a las reglas de conducta que se han de observar. El camino para alcanzar ese objetivo es la imposición de penas de inhabilitación que versen sobre la condición o clase de actividad empresarial que el sujeto estuviera utilizando para la comisión del hecho.

La realización práctica de estas ideas no es tan sencilla como pudiera parecer. Dejando a un lado el Código penal vigente, en el que prácticamente no hay delitos económicos, podemos apreciar en el Proyecto de Código Penal cómo las penas de inhabilitación para la profesión aparecen expresamente señaladas para los administradores de hecho o de derecho de las Sociedades que hayan cometido delitos societarios, que son distintas especies de deslealtades. Se trata por tanto de penas principales acumuladas a las otras que se puedan imponer por esos hechos, que claramente tienen una significación “interior” para la vida de las empresas o grupos financieros, al margen de que, como es lógico, concorra la afección de bienes jurídicos de interés general, ya que, de no ser así, no se explicaría la intervención del Derecho penal, bienes jurídicos que se resumen en la necesidad de que esas personas jurídicas funcionen sin ser perturbadas desde dentro, tanto por el interés de sus socios como por el de terceros, en el convencimiento de que su actuación es buena y conveniente para la sociedad como protagonistas que son de la actividad económica.

Pero los delitos societarios o financieros no agotan el campo de los delitos económicos. Como mínimo se pueden añadir a este grupo, tal y como repetidamente he ido indicando, los delitos relativos al mercado y a los consumidores —competencia desleal, maquinaciones, fraudes, publicidad mendaz—, los que atañen a la propiedad industrial, las insolvencias fraudulentas cuando desbordan el ámbito del pequeño comercio, la utilización o conversión de dinero procedente de actividades delictivas, los delitos fiscales, el contrabando entre ellos, etc. De todos ellos se ocupa el PrCP o leyes penales especiales (caso de contrabando). Pero no se utiliza la pena de inhabilitación como principal entre las imponibles al autor del hecho, aunque naturalmente tendrá el carácter de accesoria que le corresponda acompañando a la pena principal señalada al delito. La sola lectura del Título XII del PrCP puede poner de manifiesto lo que se acaba de afirmar. Y es eso precisamente lo que merece la siguiente reflexión:

En la Política criminal actual, al menos en España, las penas privativas de derechos continúan teniendo una función, finalidad y contenidos vetustos, por no decir desorientados, y, en todo caso, pacatos o poco imaginativos, siendo así que cuando, como ahora sucede, se quieren encontrar remedios útiles en la lucha contra la delincuencia evitando en lo posible el recurso a la privación de libertad, las privaciones de derechos ofrecen ventajas que no han sido debidamente valoradas, quizá por el temor a que puedan ser tomadas como reacciones “poco enérgicas”. Sucede así algo parecido a lo que ocurre en el ámbito de los delitos relativos a la función pública, salvando ciertas

distancias. En éstos, como es sabido, las inhabilitaciones aparecen siempre como penas principales expresamente impuestas al autor del hecho, incluso, en muchos casos, no se señala pena privativa de libertad, lo que aumenta la significación de esa sanción que, en esencia, supone la pérdida temporal o definitiva de la carrera o empleo público. Pues bien, en la discusión del PrCP algún sector parlamentario ha manifestado la conveniencia de que los delitos cometidos en el ámbito de la función pública lleven aparejada “siempre” pena privativa de libertad, por estimar que la pérdida del empleo público es una consecuencia demasiado benigna. Olvidan, los que eso dicen, que esa consecuencia será, a la postre, la única o la que más sufrirá el funcionario, además de ser la que tiene mayor fundamento desde el punto de vista de las necesidades de prevención. *En los delitos económicos creo también que, aun admitiendo que no siempre estamos en condiciones de prescindir de la pena pecuniaria o de la privación de libertad —las razones que se aducen en defensa de esta última nos llevarían a otros ámbitos polémicos, que incluyen criterios “comparativos” supuestamente celosos de la equidad— las prohibiciones de reanudar actividades mercantiles o empresariales, personalmente o como socio de otro, durante tiempos determinados, así como las más concretas (contrataciones, subvenciones, fundación o constitución de sociedades anónimas, licencias de actividades industriales o mercantiles, etc.) son seguramente las armas más eficaces en la prevención de este tipo de comportamientos, y las críticas que consideran esas reacciones como “blandas” son injustas, cuando no jurídicamente atávicas* aunque debamos advertir que el campo de las inhabilitaciones empresariales o de derechos económicos está todavía falto de un desarrollo o perfeccionamiento; pero lo primero es conferirle un protagonismo que hoy aún no tiene.

### 5.3. Privaciones de derechos a empresas

*Las inhabilitaciones en relación con personas jurídicas* plantean problemas de diferente clase. Admitido que las inhabilitaciones o privaciones de derechos ofrecen un recurso de notoria eficacia en la represión de la delincuencia económica, resurge el mismo problema que hemos planteado antes: en el ámbito de los malos comportamientos económicos o financieros es frecuente, por no decir que mayoritaria, la presencia de personas jurídicas en el protagonismo de los hechos. No se trata de discutir cómo se puede realizar la “imputación del hecho a una persona física”, pues eso sería tarea del actual art. 15 bis o precepto similar que le sustituya, ni tampoco de establecer la responsabilidad de los administradores en lo penal o en lo mercantil, *sino de asumir la necesidad de establecer en las leyes penales medidas de sanción que afecten a la persona jurídica en sí misma considerada.*

Inmediatamente surge la vieja cuestión de la incapacidad penal de las personas jurídicas. Éstas no pueden ni ser “autoras” ni, por lo mismo, “condenadas” a una pena, que sólo se concibe para sujetos físicos. Al menos ésa es la tesis tradicional. Pero actualmente parece llegada la hora de rebelarse

contra las consecuencias de la idea de “ficción del derecho” con la que se ha calificado a la persona jurídica, admitir que la “personalidad” societaria ha de ser reconocida para lo bueno —reunión de capacidades individuales en empresas que sólo conjuntamente pueden llevarse a cabo— y para lo malo, suspendiendo, limitando o cancelando la actividad empresarial misma, cuando esa actividad haya sido delictiva. A tal fin, el PrCP, bajo la denominación de “consecuencias accesorias”, dispone una serie de medidas, que no llevan pues ni el nombre de penas ni el de medidas de seguridad, que tienen como objeto precisamente bloquear temporalmente o definitivamente la actividad de una empresa. Curiosamente, en las discusiones hasta ahora habidas en torno al PrCP apenas se ha prestado atención a estas reglas que, a mi modo de ver, están llamadas a cumplir importantes misiones en el futuro, si llegan a ser Ley. Únicamente puede objetarse que, como es lógico, el PrCP advierte que estas consecuencias solamente pueden acordarse en los casos expresamente previstos en el Código, y, dentro del ámbito de los delitos económicos esos casos son pocos (blanqueo de dinero, conversión de bienes). Pero creo que ésta es una objeción de orden menor, pues lo importante es abrir un camino de reacciones que hasta ahora estaba excesivamente bloqueado.

#### **5.4. Penas privativas de libertad**

El debate sobre la utilidad de las penas privativas de libertad en relación con la delincuencia económica es, sin duda, el que tiene aspectos más ásperos y contradictorios, reproduciendo en parte la “cuestión diferencial” entre la delincuencia económica y la delincuencia común o tradicional. Las particularidades del tipo de delincuencia que nos ocupa reaparecen, y también aquí resurgen los deseos de renunciar a los principios que, en términos generales se defienden como útiles o convenientes en lo político-criminal.

Por supuesto, no me estoy refiriendo a las ya comentadas dificultades técnicas para imputar a una persona física los actos externos de una persona jurídica. Una vez que se haya realizado esa operación jurídica, si es que es precisa, pues en otros casos el delito económico será cometido por persona física sin relación con sociedades o empresas, nos situaremos en el punto problemático al que me quiero referir: la imposición de una pena privativa de libertad por el delito económico cometido. Ello no revestirá problemas —al menos, problemas particulares— cuando se trate de penas de larga duración, pero sí cuando se haya de imponer una pena de corta duración.

Como es sabido, desde hace tiempo la ciencia penal europea, así como los Códigos más modernos, han tomado una posición contraria a la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración. De ellas se dice que sus defectos e inconvenientes superan ampliamente a las hipotéticas utilidades que pueda tener. En el fondo lo que sucede es que las penas privativas de libertad, en términos generales, no han alcanzado los ideales que en su nacimiento pretendieron —camino de reinserción etc. cumpliendo funcio-

nes de prevención—, sino que la contaminación penitenciaria produce más riesgo de profesionalización en la delincuencia, además de que el ideal de reinserción, tras la estigmatización penitenciaria, se muestra aún más alejado. Es cierto que en relación con los delitos graves las necesidades de prevención especial obligan a disponer la privación de libertad, pues el aseguramiento de las condiciones mínimas de convivencia así lo imponen. Pero cuando esa inexcusable necesidad decae, porque la gravedad, en términos de “peligrosidad del sujeto”, también decrece, y la pena imponible es de las consideradas “cortas”, se plantea y, en muchas legislaciones, se acepta que en lo posible se evite su ejecución efectiva, toda vez que su sustitución por reacciones no privativas de libertad brinda la posibilidad de ofrecer al sujeto una oportunidad de rehabilitación mucho más verosímil que la “reeducación” en la cárcel. No concurriendo claras necesidades de prevención que obliguen a privar de libertad, la sustitución de la pena de prisión por otras, eventualmente acompañada de unas normas de conducta, ofrece una perspectiva de recuperación mucho mayor que una corta estancia en prisión. Naturalmente, la sustitución de las penas cortas de prisión se propugna para sujetos en los que, además de la menor gravedad del delito cometido, concurren otras circunstancias. Así, por ejemplo, el art. 88 del PrCP, dispone la sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años (por multas o arrestos de fin de semana), a los delincuentes “no habituales”, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta— p.e. el esfuerzo para reparar el daño causado—, y la naturaleza del hecho.

Lo que acabo de exponer expresa en esencia el estado de opinión dominante en torno al problema de las penas cortas y la sustitución de las mismas (figura que no debe confundirse con la condena condicional), opinión que es unánime en sostener que la privación de libertad de corta duración es perjudicial y se ha de evitar en lo posible. Pero esa unanimidad desaparece cuando se trata de la delincuencia económica, pues un sector de penalistas entiende que la pena corta de prisión es particularmente adecuada en la represión de esta clase de delincuencia. Veamos las razones, y si son atendibles, adelantando mi postura contraria a los argumentos que se aducen:

El debate parte del conocido hecho de que el delincuente económico no es un individuo precisado de “resocialización”. Al contrario, suele disfrutar de un buen grado de integración social. A renglón seguido se señala que el rechazo a las penas cortas de prisión obedece a que se consideran perjudiciales o contraproducentes para el ideal de recuperación del sujeto, y que, por eso mismo, conviene evitarlas en lo posible, a cuyo fin se disponen en los Códigos reglas de sustitución de la pena corta. Pero el discurso se abandona cuando se arriba a la delincuencia económica, ya que a esta clase de delincuencia “no le impresiona” ni la pena pecuniaria ni la pena privativa de derechos, siendo la privación de libertad la única amenaza que puede contramotivar al eventual delincuente. El argumento de los inconvenientes para la

resocialización decae ante su evidente superfluidad en delincuentes que no tienen esos problemas. Por lo tanto, y así culmina el razonamiento, la renuncia a la pena privativa de libertad de corta duración ha de postularse para toda la delincuencia con la excepción de los delincuentes económicos.

A la delincuencia económica agrega JESCHECK la de tráfico automovilístico. Para ambas indica que se puede aplicar la pena corta, que ofrece grandes virtudes, sin preocupación por los temidos efectos disocializadores. Esta opinión está bastante extendida. Y exige tomar postura respecto a ella. Desde luego estoy de acuerdo con VIVES en que *no sería conveniente que la Ley dispusiera sin excepción la sustitución automática* pues en tal caso sería mejor no hablar de sustitución, sino de supresión legal de esa clase o de esa medida de penas. *La sustitución de la pena corta ha de ser sin duda una facultad conferida a los Tribunales*, los cuales podrán otorgarla, como indica el PrCP, en atención a las circunstancias del hecho y del autor. Por lo tanto, no hay ninguna razón “a priori” para sostener que a la delincuencia económica se le ha de sustituir “siempre” la pena corta, pero tampoco existe motivo alguno para decir que no se le ha de sustituir “nunca”, pues ambas hipótesis son incompatibles con lo que se estima como una facultad. Es cierto que no existe el temor de la disocialización o el contagio penitenciario. Pero también es cierto que el delincuente económico puede haber tenido un buen comportamiento postdelictual, o que el delito cometido no haya suscitado la suficiente alarma como para explicar la aparición de sentimientos de necesidad de prevención. Lo que resulta en todo caso atávico, cuando no demagógico, es regresar a cantar las virtudes de la represión por sí misma en nombre de una función “intimidatoria” de la pena. Indudablemente esa función la tiene todo el Derecho penal, pero la ejecuta cuando no hay otro remedio. Y si la delincuencia económica puede ser atacada con penas diferentes de la privación de libertad —eso es posible y hace falta sólo un poco de imaginación— no es admisible una reivindicación de la pura represión, escindiendo el Derecho penal entre una manera de actuar y de justificarse, para la delincuencia clásica, y otra para la delincuencia económica, en la cual se renunciaría a la bondad de los principios o ideales sostenidos antes vigorosamente.

Así pues, no es admisible un planteamiento que apriorísticamente cierre la puerta de la sustitución de la pena corta a la delincuencia económica. Es más, todo este debate pone de manifiesto un preocupante estado de cosas. Mientras que se sostiene firmemente que la privación de libertad es un remedio tosco e insatisfactorio, del que en ocasiones no se puede prescindir (especialmente en los casos de ataques a los más importantes derechos de la persona, como la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual), pues razones de prevención hacen inevitable acudir a ella (la repetida “amarga necesidad”), de pronto rebrota la tentación de renunciar al progresivo refinamiento del Derecho penal en favor de la creencia en las virtudes de la represión. Y eso ha de rechazarse. La pena corta debe evitarse siempre que sea aconsejable o posible, ya sea el delito cometido “clásico” o de carácter económico.

## LA III SEMANA DE DERECHO PENAL DE LAS PALMAS

**JOAN J. QUERALT**

**CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA**

La constancia de los buenos amigos, su apoyo y sus desvelos nos permiten hablar, este año también, de la Semana de Derecho Penal, en esta ocasión la III.

El que, como toda obra viva, adopte en esta edición un nuevo ropaje (léase dinámica de ponencias y lugar de acogida), no impide que, sin pecar de inmodestia, podamos empezar a hablar ya de la tradicional Semana de Derecho Penal de Las Palmas.

Y al hablar de tradición conviene hacer un poco de historia, pues el vértigo que llevamos puede hacernos perder la perspectiva y la aguja de marear. Ello podría tener funestas consecuencias, ya que nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas balbucea aún y, junto con sus primeros pasos, lógicamente también da sus primeros traspies. Ello es normal; pero, para no caer en graves errores, uno de los remedios es no olvidar de la mano de algunos de los que vino al mundo, el modo en que se hizo y las ayudas recibidas. Para lo que a nosotros nos interesa ahora, los encuentros anuales de Derecho Penal, unas breves pinceladas nos situarán en la senda correcta.

Recordemos: La I Semana de Derecho Penal, en abril de 1991, surge del apoyo entusiástico del Colegio de Abogados y del Aula de Práctica Jurídica del mismo brindado a un grupo de animosos profesores que pretenden,

en su ámbito de influencia, devolver a la sociedad la vitalidad recibida. Se invita a una serie de Catedráticos de Derecho Penal, entre los que se cuentan algunos de los nombres más señeros de nuestra disciplina porque no han dejado de aportar su actuación y conocimientos al espectacular progreso del Derecho Penal español. La temática, abierta, versó sobre un tema tan amplio como “El código penal a debate”.

La II Semana de Derecho, en abril de 1992, recién incorporado quien esto escribe a esta Universidad, prosiguió la estrecha colaboración con el Colegio de Abogados y su Aula de Práctica Jurídica. Tratamos de efectuar un enfoque más temático y potenciar el aspecto universitario sobre el divulgativo. Pensamos, y así lo hicimos, hablar de “15 años de Derecho Penal Democrático”. Pretendimos —y la inminente publicación en FORO CANARIO de las ponencias lo rememora para los que asistieron a las sesiones de hace un año o lo pondrá de manifiesto para los demás interesados— efectuar el primer balance que desde esta índole y desde una perspectiva jurídica y político-criminal se efectuaba en España desde la reinstauración democrática relativa al sistema penal.

Hogaño, la III Semana, inserta dentro de los Cursos de Invierno de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, no nos ha impedido ni continuar contando con la inestimable, incondicional e inagotable colaboración del Colegio de Abogados y de su Aula de Práctica Jurídica, con Salvador Trujillo a la cabeza. Las reformas, por así decirlo, geográficas de este curso suponen la adecuación puntual de un proyecto universitario a los instrumentos concretos de los que se va disponiendo, pero sin renunciar a su vocación de proyección social y, en concreto, profesional.

Por ello, por un lado, hemos decidido que la reunión de penalistas españoles de este año debía tener lugar en torno al Proyecto de Código Penal; por otro, pretendiendo abrirnos a la sociedad y a otras instituciones científicas próximas a las universitarias, se han institucionalizado las mesas redondas con las que concluirá cada día la jornada de estudio y debate. Y por ello, hemos ampliado nuestro horizonte más allá del mundo estrictamente universitario y profesional, si por tal entendemos el tradicional de las profesiones jurídicas. Ése es el motivo por el que la Escuela Superior de Criminología de Canarias tiene también una parte de responsabilidad en lo que en la próxima semana vaya a decirse en las Aulas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de nuestra Universidad. Aun corriendo el riesgo de ser tachado de optimistas, me atrevo a afirmar que es difícil hallar un nivel más alto de integración de instituciones que tengan algo que decir respecto al Derecho Penal en Canarias y que efectivamente, desde sus propias posiciones, lo digan y que impulsen a que quien tenga algo que decir seriamente al respecto lo diga.

Desde esta perspectiva, es decir, desde la perspectiva de la colaboración orgánica e institucional, poco más se puede pedir. Pero no pensamos quedarnos aquí: ya se ha iniciado la labor preparatoria de la IV Semana.

En cuanto al temario de nuestra III Semana de Derecho Penal de Las Palmas, hemos pretendido, como siempre, abarcar los aspectos más importantes, en este caso, del Proyecto de Código Penal. Las innovaciones en la Parte General y en la Parte Especial las hemos dividido en trece grandes apartados. Así, desde el enfoque político-criminal y de política legislativa hasta los nuevos planteamientos en materia de imprudencia, sistema de penas y medidas o responsabilidad civil derivada de delito; ello en lo que hace referencia a las manifestaciones más básicas y de la Parte General. En lo que toca a la Parte Especial pasamos revista al nuevo enfoque de los delitos que pudiéramos considerar tradicionales (contra la vida e integridad física, honor e intimidad, propiedad, peligro común,...) y nos adentramos en los nuevos capítulos que pretende introducirse (delitos contra el sistema socio-económico o delitos societarios,...); y ello sin olvidar aspectos tales como el reforzamiento —desproporcionado a todas luces— que de la función pública, del Estado y de sus servidores se acomete en el pretexto legislativo.

A fin de dotar de la máxima viveza las exposiciones de las ponencias y los debates, hemos procurado, como siempre, fomentar todo lo posible el pluralismo entre los partícipes. Así, nos honran con su presencia redactores del Proyecto de Código Penal, críticos y estudiosos del mismo, todo ellos Profesores de acreditado prestigio, algunos de los cuales ya empiezan a ser familiares en nuestras aulas.

No quiero finalizar sin reiterar la gran novedad expositiva de este año: las mesas redondas con las que se darán por finalizadas cada una de las sesiones de trabajo, trabajo que se presume intenso y denso. Estas cuatro mesas versarán sobre la existencia de una nueva Parte General, sobre la realidad penal y penitenciaria sobre la que se va a aplicar el nuevo texto punitivo, los nuevos delitos contra la salud pública y la nueva regulación —radicalmente innovadora— de las falsedades.

Esperamos, al menos ése es nuestro empeño, que el aprovechamiento corone la III Semana de Derecho Penal de Las Palmas y que la IV despierte tanto interés como, al menos en cuanto a inscripciones, ha despertado la presente.

# EL SISTEMA DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1992

**JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ**  
DIRECTOR DEL CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I  
FORMACIÓ ESPECIALITZADA DE LA  
GENERALITAT DE CATALUNYA  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SISTEMA DE NUMERUS APERTUS Y SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS.
- III. LA CONCRECIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS EN EL PROYECTO.
- IV. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.
- V. EL SISTEMA DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El art. 11 del Proyecto de Código penal de 1992 dispone: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

Un precepto de tales características no supone, en realidad, novedad alguna en la ya larga *historia de nuestros proyectos y anteproyectos de reforma del Código punitivo*. Así, si nos adentramos en los intentos reformistas habidos en el régimen anterior, ya en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972 cabía hallar la propuesta de que "los delitos culposos se establecerán específicamente en el texto del Código como tales" <sup>(1)</sup>. Esta tendencia se plasma de modo claro, ya en el régimen político actual, en el Proyecto de 1980, cuyo art. 18 señalaba precisamente, al igual que ahora sucede, que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley" <sup>(2)</sup>. Un texto que vuelve a aparecer de modo idéntico en el art. 15 de la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal de 1983. Así pues, el art. 13 del Proyecto de 1992 no hace sino insistir en lo que había sido uno de los lugares comunes de los intentos de reforma del Código penal.

2. Ahora bien, por otro lado, la introducción en el Proyecto de 1992 de un precepto como el referido tampoco supone modificación alguna en el *Derecho comparado*. En la mayoría de los Estados cabe hallar disposiciones que, en cuanto al contenido, vienen a coincidir con el art. 11 del Proyecto de 1992. Así, a mero título de ejemplo, el § 15 del StGB alemán ("*Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht*"); el § 7, (1) del StGB austríaco ("*Wenn das Gesetz nichts anders bestimmt, ist nur vorsätzliches Handeln strafbar*"); el art. 42 del Codice penale italiano ("*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente previsti dalla legge*"); el art. 13 del Código penal portugués ("*Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, como negligência*"); el § 18, 1 del Código penal suizo; entre otros.

• (1) Cfr. CEREZO MIR, "Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal", en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, págs. 299-332, pág. 303: Base Tercera, 6.

(2) Una exposición detallada sobre la regulación de la imprudencia en este Proyecto se contiene en el trabajo de RODRÍGUEZ RAMOS, "La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal. Contenido del Proyecto, novedades y problemas". *LA LEY* 1980-1, págs. 1.008-1.014.

3. Precisamente esta referencia a las redacciones por las que se ha optado en el Derecho comparado puede poner de manifiesto alguna deficiencia técnica de la formulación española. Como en su día pusiera de relieve Mir Puig<sup>(3)</sup>, decir “*que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley*” tiene el inconveniente formal de que parece dar a entender, a *sensu contrario*, que las acciones dolosas se castigarán aunque la ley no lo disponga expresamente. Por otra parte, puede parecer superfluo exigir la expresa previsión legal de los hechos imprudentes cuando el artículo anterior<sup>(4)</sup> requiere que tales hechos se hallen penados por la ley”. De ahí que en la *Propuesta Alternativa*<sup>(5)</sup>, que se presentó por el Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de 1980, se diera el siguiente contenido al art. 2, primer inciso: “La ley castiga acciones y omisiones dolosas, salvo cuando expresamente se refiere a acciones u omisiones imprudentes”. Obsérvese cómo este texto salva la anterior objeción formal y se muestra, además, ampliamente coincidente, incluso en la literalidad, con todos los textos extranjeros antes citados.

4. Sea como fuere, lo que resulta innegable es que el Proyecto de 1992 representa, en este aspecto relativo a la forma de incriminación de la imprudencia, una sustancial novedad con respecto al Derecho vigente en España. En efecto, la introducción en la Parte General del Código penal de una disposición como la reseñada viene a institucionalizar un sistema de incriminación cerrada o específica (o *numerus clausus*) de los delitos imprudentes. Por contra, y como resulta sobradamente conocido, el sistema legal de incriminación de la imprudencia vigente en nuestro país se adscribe al conocido como sistema de incriminación genérica o abierta (o *numerus apertus*)<sup>(6)</sup>. Esto último viene siendo así porque, además de algunos delitos imprudentes tipificados expresamente en la Parte Especial del Código<sup>(7)</sup>, cabe constatar la existencia de tres cláusulas generales de incriminación de hechos imprudentes

(3) MIR PUIG, “Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983”, *RFDUC, monográfico* 6, págs. 471 -480, pág. 472.

(4) Se refiere a la PANCP de 1983. En el Proyecto de 1992 se trata del artículo previo al anterior.

(5) PROPUESTA ALTERNATIVA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DEL GRUPO PARLAMENTARIO COMUNISTA (PCE-PSUC~, presentada por Mir Puig y Muñoz Conde, *CPC* 1982, págs. 609-650.

(6) Sistema que proviene de 1848, mientras que el efímero Código de 1822, que definía la imprudencia en la Parte General (art. 2), introducía en la Parte Especial un sistema de *numerus clausus*, esto es, de incriminación cerrada de delitos imprudentes. Cfr. sobre los diversos sistemas de incriminación QUINTANO RIPOLLÉS, “Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica”, *ADPCP* 1954, págs.45-70, págs. 56-59; y sobre todo la magna obra del mismo QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Barcelona 1958, pág.78 y ss. Muy instructiva, en su brevedad, es también la descripción de CORDOBA RODA, “Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht”, en *ZStW* 81 (1968), págs.425-440, págs. 427-428.

(7) Como, por ejemplo, la prevaricación judicial del art. 355 CP o la malversación del art. 395 CP.

(arts. 565, 586 bis y 600) <sup>(8)</sup>. De ellas, la primera, ante todo, permitiría, en principio, que cualquier delito fuera comisible por imprudencia o, dicho en otros términos, que fuera punible la realización imprudente de cualquier hecho lesivo de bienes jurídicos penalmente protegidos. Si eso en la práctica no ha sido así, ello se ha debido ante todo a que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una corrección de ese principio de general incriminación. Así, constatada la posibilidad *lógica* de castigar cualquier delito cometido por imprudencia en virtud de lo dispuesto en el art. 565, la atención se ha dirigido a cuestionar la posibilidad *jurídica* (axiológica) de tal castigo. La determinación de la posibilidad o imposibilidad jurídica de castigo de la comisión imprudente de un determinado delito es producto de una doble restricción practicada al analizar cada figura delictiva en particular <sup>(9)</sup>. Tal doble corrección ha venido representada por las ideas de “posibilidad conceptual” de cometer un determinado delito por imprudencia y de “oportunidad político-criminal” de sancionar penalmente dicha comisión imprudente, que previamente se entendió como conceptualmente posible <sup>(10)</sup>. Sin embargo, debe subrayarse que, si bien ello ha supuesto una razonable restricción del ámbito de la responsabilidad por imprudencia, no ha dejado de plantear, al menos, dos problemas. En primer lugar, y en lo relativo al criterio de la posibilidad conceptual, un cierto *automatismo*. En efecto, en cuanto a ésta se ha señalado convencionalmente que no cabe la comisión imprudente de delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de tendencia, etc. Sin embargo, sucede que en los casos en que la ausencia de dolo no afecte a la presencia de tal elemento subjetivo (p. ej. el ánimo lúbrico) no hay obstáculo conceptual alguno a la comisión imprudente, como ocurre, vgr. en los casos de violación con error sobre la edad inferior a doce años del sujeto pasivo <sup>(11)</sup>. En segundo lugar, y en lo relativo a la procedencia político-criminal de la sanción penal de la comisión imprudente de determinados delitos, no se ha superado una cierta sensación de *arbitrariedad*, ante la ausencia de criterios que expresaran con claridad las razones político-criminales, trascendentes a una genérica “escasa gravedad” del delito en sí. Incluso en los casos en los que se han especificado los criterios en uno u otro sentido, no se ha conseguido unificar

(8) En realidad, como subraya QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, págs. 221 - 222, los sistemas suelen ser mixtos: en el español existen, además de la cláusula general, tipicidades culposas específicas en la Parte Especial, e incluso en las faltas (arts. 586 bis y 600) parece que más bien se sigue un sistema de *numerus clausus*.

(9) COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Valencia 1990, pág. 483.

(10) El mejor trabajo sobre este punto es, según creo, el de TORIO LOPEZ, “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia”, *ADPCP* 1972, págs. 53-88, págs. 55, 58, etc.

(11) Lo señalaba CÓRDOBA RODA, *ZStW* 81 (1968), p. 437. También TORIO LOPEZ, *ADPCP* 1972, pág. 66. Lo recoge OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. 2ª ed., Madrid 1986, págs. 631-632.

la doctrina. Puede, pues, concluirse, sin exagerar, que, a pesar de que se ha impuesto en la práctica una relativa excepcionalidad en cuanto a la sanción penal de los hechos imprudentes, “el vigente sistema de cláusulas generales provoca una gran inseguridad a la hora de establecer fiablemente qué delitos en concreto son susceptibles de aparición en forma imprudente y cuáles no, al quedar la conclusión en manos de la interpretación judicial”<sup>(12)</sup>.

5. Al respecto podría citarse la discusión tradicional a propósito del aborto, las detenciones ilegales, la omisión del deber de socorro, ciertos delitos de peligro, etc. En cualquier caso, un ejemplo característico lo constituye la discusión habida sobre todo en el seno de la jurisprudencia a propósito de la posibilidad de que los funcionarios públicos cometan falsedades por “imprudencia”. Frente al criterio de un sector dominante de la doctrina, de que las expresiones “falsedad” y “abuso del cargo” (art. 302 CP) tienen una connotación subjetiva que veta la posibilidad de comisión del hecho por imprudencia, la jurisprudencia del TS, mediante una argumentación gramatical ciertamente documentada, rechaza la connotación subjetiva de los términos “falsedad” y “abuso” y concluye afirmando que “cabe la realización de los delitos de falsificación de documentos por imprudencia de acuerdo con el sistema abierto existente en nuestra legislación por lo dispuesto en el art. 565 CP, que pueden cometer los particulares, pero sobre todo los funcionarios públicos que tienen un deber especial de diligencia en sus comportamientos profesionales” (Así la STS de 4 de noviembre de 1989, ponente Sr. Delgado García, F.J. 2º y 3º, Rep. LA LEY 10.153)<sup>(13)</sup>. Sin embargo, en la misma sentencia se contiene un voto particular discrepante del magistrado Barbero Santos, el cual, apelando al concepto popular de falsificador y a una interpretación no extensiva, sino favorable al reo, de extremos dudosos, concluye la solución contraria. Y se dan sentencias muy próximas en el tiempo a la anterior que muestran sus dudas al respecto: así, la STS de 30 de septiembre de 1989, ponente Sr. Montero Fernández-Cid, Rep. LA LEY 10.392: “El tema sustantivo referido es interesante y probablemente precisado de reexamen jurisprudencial, pues malamente cabe cohonestar la referencia normativa del

(12) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, PG, 2ª ed., pág. 631.

(13) Muy claramente en la misma línea la STS de 10 de febrero de 1992, ponente Sr. Puerta Luis; o la de 4 de marzo de 1992, ponente Sr. Montero Fernández-Cid: “En cuanto a la posibilidad de comisión culposa del tipo delictivo de falsedad, la doctrina científica ha pendulado en España dentro de las direcciones admensiva y negativa, aduciendo argumentos de orden dogmático y de política criminal. Lo cierto es que la jurisprudencia de esta Sala ha venido tradicionalmente admitiendo tal posibilidad, siendo la última formulación la contenida en la compendiosa S 4 nov. 1989, excluyendo tan sólo de la misma los casos que incorporan el dolo a la tipicidad, como son los previstos en los arts. 304, 305, 306, 307 y 311 CP, en los que se exige la realización de algo que sobrepase la genérica voluntad del autor sobre la mera realización de la acción objetiva: ‘intención de lucro’, ‘perjuicio de tercero o ánimo de causárselo’ u otro elemento subjetivo semejante de la tipicidad”.

“abuso de oficio” con la infracción de un deber de cuidado...”. En la doctrina, el tema también fue polémico<sup>(14)</sup>, aunque quizá ya no lo sea tanto, por la existencia de una postura claramente mayoritaria contraria a la punición<sup>(15)</sup>.

## II. SISTEMA DE NUMERUS APERTUS Y SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS

1. En favor del sistema de incriminación cerrada, acogido por el Proyecto de 1992, suelen esgrimirse esencialmente dos argumentos que han propiciado que en el Derecho comparado este tema ya no sea siquiera objeto de discusión, advirtiéndose de modo común que el dicho sistema de *numerus clausus*, consagrado en la mayoría de los países, es el preferible. Por un lado, desde una perspectiva formal, se alega que la incriminación cerrada cumple de modo más preciso con el *principio de taxatividad*, puesto que pasa a extender el cumplimiento del mandato de determinación al tipo subjetivo del delito y no sólo el aspecto objetivo<sup>(16)</sup>. Así se garantiza la seguridad jurídica de un modo que, por muchos esfuerzos que realicen doctrina y jurisprudencia, nunca acaba de alcanzarse con sistemas de *numerus apertus*<sup>(17)</sup>. Por otro lado, y desde una perspectiva material, se argumenta que el sistema de *numerus clausus* conlleva, si no conceptualmente, sí en la forma en que se ha puesto en práctica tal sistema en la totalidad de los países<sup>(18)</sup>, el carácter excepcional de la incriminación culposa<sup>(19)</sup>. Tal restricción, que reserva la incriminación

(14) Cfr. Las referencias a autores clásicos en ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1949, pág. 225.

(15) Cfr., por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, “Falsedad imprudente en certificado médico de defunción”, en *LA LEY* 1986-2, págs. 246-256, especialmente, págs. 250-254; GONZÁLEZ CUSSAC, “Falsedad documental e imprudencia”, en *Poder judicial* n° 22, junio 1991, págs. 235-244, especialmente, pág. 240 y ss.

(16) Esto lo subraya la doctrina alemana (en relación con el Art.103, II GG): RUDOLPHI, en Rudolphi / Horn / Samson (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, 5a ed., Frankfurt 1989, § 15 n° marg. 1: “Forderung nach Bestimmtheit des subjektiven Tatbestandes”; también SCHROEDER, en Jescheck / Ruß / Willms (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. 10ª ed., Berlín / New York 1985, § 15 n° marg. 1, 3, 4; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht*. AT. Teilbd. 2, 7ª ed., Heidelberg 1989, págs. 93-94 [§ 42 I, n° marg.12-14].

(17) FORTI, *Colpa ed evento nel Diritto penale*, Milano 1990, pág. 64. En España muy claramente CEREZO MIR, “Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culpables”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo 1, Barcelona 1983, págs. 129-145, págs. 138-139.

(18) En efecto, en el plano teórico cabría que un sistema de incriminación abierta castigara menos que otro de incriminación cerrada si aquél se interpretara muy restrictivamente y éste previera un gran número de tipos delictivos imprudentes. Pero lo cierto es que, en general, los sistemas de incriminación cerrada conllevan la reducción sustancial de los tipos delictivos imprudentes a los casos de agresión a bienes jurídicos más relevantes. Con ello, resulta que no sólo garantizan una mayor seguridad jurídica, sino que dan razón del principio de fragmentariedad.

(19) Lo subraya SCHROEDER, *LK* 10ª ed., § 15 n° marg. 5.

de la modalidad culposa de comisión delictiva para casos de especial gravedad, es expresiva del menor desvalor de los hechos imprudentes<sup>(20)</sup>. En efecto, la menor gravedad genérica de las conductas realizadas por imprudencia determina que sea menos necesaria y merecida la reacción penal contra las agresiones a bienes jurídicos que no aparecen guiadas por el dolo<sup>(21)</sup>.

2. De ambos argumentos, presentes desde hace bastante tiempo en la doctrina, se hace eco la Jurisprudencia, como muestra la sentencia antes citada, relativa a la materia de las falsedades:

“Se han utilizado también otros argumentos en contra de la punición por imprudencia de estos delitos, como el carácter de *ultima ratio* propio del Derecho penal que aconseja la intervención mínima de la sanción penal, la cual sólo debe utilizarse en relación a hechos de notoria gravedad o importancia que son los únicos que han de tipificarse como delitos o faltas, argumento que parece dirigido más al legislador en orden a una posible modificación del CP, que al Juez, quien conforme al principio de legalidad debe atenerse al derecho constituido.

También se ha dicho que esta incriminación culposa abierta, que permite en general el castigo de todos los delitos dolosos por imprudencia, crea inseguridad jurídica, y que sería preferible otro sistema de específicas tipificaciones imprudentes que contribuiría a dar mayor claridad al tema, y este argumento parece acertado, pero lo mismo que el anterior hay que estimarlo dirigido al legislador para que adopte las normas penales en orden a una mayor perfección técnica con una más perfecta realización del referido principio de legalidad” (STS de 4 de noviembre de 1989).

(20) CEREZO MIR, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, pág. 136: “El castigo, en principio, de la realización culposa de todas las figuras delictivas, siempre que ésta sea posible, es injusto, pues da lugar a la aplicación de penas, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, a conductas cuya relevancia ético-social o cultural es en ocasiones escasa, es decir, que no suponen una infracción grave del orden ético-social, político o económico de la sociedad. Esta amplitud del castigo de las conductas culposas es censurable, además, desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una inflación del derecho penal, que afecta a la eficacia de la sanción”.

(21) FORTI, *Colpa ed evento*, pág. 64; BURGSTALLER, en Foregger / Nowakowski (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 1979, § 7, n.º marg. 3, atribuyendo al precepto austriaco el sentido de una “Entlastung der Deliktstypen des Besonderen Teils”. Por su parte, la Exposición de Motivos del Proyecto afirma al respecto lo siguiente: “El ordenamiento punitivo es el que concede mayor relevancia al contenido de la voluntad, a la intención de dañar (dolo). Si esa intención va acompañada de la objetiva capacidad de causar un grave daño o crear un grave peligro, interviene el derecho penal. Pero si ese daño o peligro no han sido intencionales, el Código Penal sólo actúa si el mal se ha causado a un bien de singular importancia a consecuencia de una intolerable falta de sensibilidad hacia el peligro que se creaba o la tragedia que se avecinaba. En resumen: como regla solamente se castigan las conductas dolosas; en relación con los bienes más importantes y más susceptibles de daño negligente, se castigan también los actos imprudentes. (...) Por otra parte, además de satisfacer al principio de legalidad y taxatividad penal, no se hace sino adoptar la técnica común a los derechos positivos de nuestra vecindad cultural jurídica (expresa punición de los actos imprudentes)”.

3. Sin embargo, no puede hablarse de que en España exista unanimidad en estimar preferible al nuevo sistema respecto al tradicional. Sí es cierto que algunos autores clásicos ya mostraron su inclinación por el sistema de *numerus clausus*. Es el caso de *Antón Oneca*, quien señalaba textualmente: “De *lege ferenda* es aconsejable reducir la punibilidad de los delitos culposos a figuras de delito especialmente previstas en la Ley. De este modo desaparecería la actual incertidumbre”<sup>(22)</sup>. O de *Jiménez de Asúa*, quien también se mostraba en favor de un sistema de incriminación de la imprudencia asentado en criterios de excepcionalidad y taxatividad. Para ello se remitía al argumento de *Merkel*<sup>(23)</sup>, según quien el dar una gran extensión al Derecho penal en el ámbito de la imprudencia conllevaría dificultades en la aplicación del Derecho, a la vez que peligros para la libertad de los ciudadanos, que no se verían compensados con la utilidad que pudiera resultar de las penas que se aplicasen<sup>(24)</sup>. No obstante, otro sector de la doctrina, representado ante todo por el monografista *Quintano Ripollés*, mantuvo siempre una postura favorable al sistema de incriminación abierta. A juicio de *Quintano*, “en ausencia de un criterio rigurosamente técnico de determinación *a priori* de lo culposos, que a todas luces falta en doctrina como en praxis, el arbitrio del legislador no creo ofrezca ventaja alguna de ningún orden sobre el del juzgador”<sup>(25)</sup>. En consecuencia, se pronunciaba a favor del sistema de *numerus apertus*, por atribuir a la flexibilidad que le es característica mayores ventajas en orden al tratamiento de los problemas propios de la imprudencia en Derecho penal<sup>(26)</sup>.

4. En nuestros días, también *Cobo / Vives* se han mostrado favorables a una fórmula legal de incriminación general de la comisión culposa de delitos. En favor de esta opinión esgrimen tres argumentos<sup>(27)</sup>:

(22) ANTÓN ONECA, *PG*, pág. 226.

(23) MERKEL, *Derecho penal*, tomo I (trad. P. Dorado), Madrid, La España moderna, s./ f., págs. 128-129.

(24) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V. La culpabilidad, 2ª ed., Buenos Aires 1963, págs. 1.045, 1.047 y 1.048.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, pág. 223 y ss, 226.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, *ADPCP* 1954, pág. 69: “Sobre todo deben mantenerse sus características tan genuinamente hispánicas de tipicidad abierta, no tan sólo, ciertamente, por ese valor tradicional, sino por su mejor adaptación a las esencias de lo culposos, notablemente en cuanto a lo bien que permite las soluciones de flexible individualización tan preferentes en el Derecho penal moderno. En efecto, la técnica tan nuestra del *numerus apertus* es de inapreciable valor para enjuiciar conductas ambiguas de culpabilidad, en que la estimativa del dolo es imposible y en las que, por tanto, una sistemática de tipos culposos cerrada obligaría al impunitismo al no hallarse previstos específicamente en la ley. (...) Además de servir los de la tradición y la justicia, la del *numerus apertus* se acuerda perfectamente con los postulados teóricos de la culpa, forma de culpabilidad antes que nada, y por ende, susceptible de operar en no importa qué delitos, siempre y cuando, naturalmente, que no repugnen a su naturaleza. Tampoco vulnera nuestra fórmula, como alguien piensa, el principio de legalidad, dado que el dogma del *nullum crimen, nulla poena sine lege* se halla suficientemente amparado en la tipología básica, que es, por regla general, la dolosa”.

(27) COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *PG*, 3ª ed., págs. 482-483.

1) El del “primado de la antijuricidad”: Según entienden, “si un hecho es típicamente antijurídico parece, en principio, correcto castigar toda realización culpable del mismo”. En relación con este argumento debe recordarse que, según la sistemática del injusto personal, un hecho lesivo de un bien jurídico pero todavía no doloso ni imprudente no es típicamente antijurídico de modo pleno<sup>(28)</sup> y, por tanto, no tiene por qué ceñirse a esa supuesta excepcionalidad de la impunidad de lo antijurídico. Tal alegación, pues, descansa sobre la previa aceptación de la sistemática neoclásica y el rechazo de las sistemáticas más modernas. Planteando la cuestión en el seno de ésta y desde una concepción del injusto penal como “injusto agravado” sucede, más bien, algo diferente y es que, precisamente por el especial significado de la prohibición penal, entendida como prohibición bajo pena, agresiones a bienes jurídicos que, en su forma dolosa, no ofrecerían duda sobre su carácter antijurídico, en su modalidad imprudente pueden no reunir los elementos precisos para la antijuricidad penal, como después trataremos de poner de relieve.

2) El de la evitación de lagunas de punibilidad. A su juicio, los preceptos generales de regulación de la imprudencia, al ser de aplicación en las hipótesis de error vencible, en las que queda desplazado el dolo, evitan la posibilidad de que aparezcan intolerables lagunas punitivas. La primera cuestión que hay que valorar es la de por qué han de ser intolerables las lagunas punitivas que resulten de la impunidad del error vencible cuando éste recae sobre elementos típicos de delitos poco graves, cuya comisión por imprudencia puede no mostrar ni merecimiento ni necesidad de pena. En todo caso, también a esto será posible responder más adelante.

3) Finalmente, el del recurso indebido a la forma dolosa de comisión. Según señalan estos autores, la adopción del sistema de *numerus clausus* “situaría a los Tribunales, en más ocasiones de las que sería deseable, ante la alternativa de dejar sin castigo conductas injustas y reprochables, aunque no dolosas, o de castigarlas a título de un dolo inexistente. Y no es difícil prever que, al amparo de consideraciones de justicia material, los Tribunales habrían de elegir, en más de un caso, este segundo camino”. Este argumento plantea la existencia de conductas injustas y reprochables pese a que el legislador ha decidido no tipificarlas, como serían las supuestas comisiones imprudentes de delitos respecto a los que el legislador sólo ha previsto la forma de comisión dolosa. Sin embargo, se hace difícil advertir cuál ha de ser la fuente de tales “injusto” y “reprochabilidad” penales al margen de la decisión del legislador expresada en la tipificación. Eventuales discrepancias con la deci-

(28) Queda aquí, obviamente, presupuesto que la antijuricidad requiere, además, la ausencia de causas de justificación.

sión legislativa podrán reflejarse en la adopción de propuestas *de lege ferenda*, pero no, ciertamente, en la aceptación de una especie de creación judicial del Derecho, inadmisibles en Derecho penal. Lo cierto es que sólo al legislador le compete decidir respecto a qué hechos aparece como necesario legítimo y proporcionado efectuar la intervención tan intensa que supone precisamente la prohibición bajo pena, con lo que los hechos no prohibidos por él (por ej. la modalidad imprudente de comisión de ciertos delitos) carecerán de ese carácter penalmente reprochable. Cuestión distinta, de índole puramente práctica, aunque ciertamente no por ello menos trascendente, es el nuevo sesgo que puede adquirir la delimitación del concepto de dolo eventual cuando la alternativa ya no sea una imprudencia consciente punible, sino la impunidad. Y posiblemente sí se pueda hablar aquí de una tendencia en la práctica a una mayor incriminación a título de dolo eventual, lo que debería evitarse.

Finalmente, *Cobo/Vives* admiten que el principio de fragmentariedad puede abonar el sistema de *numerus clausus*, ya que el que la incriminación de los delitos imprudentes tuviera la misma extensión que la de los dolosos no parecería muy conforme con aquel principio. No obstante, estiman salvado este extremo en la medida en que el alcance del art. 565 se ve corregido por una consideración sistemática y teleológica de cada precepto. Con todo, a ello hay que responder que el principio de fragmentariedad es, en primera línea, un principio inspirador de la legislación penal, por mucho que también pueda luego operar en la interpretación de los tipos. Dicho al revés, el que por vía interpretativa pueda corregirse, como se ha venido haciendo, el, en principio, excesivo alcance del art. 565, no obsta a que deba existir una primera barrera de decisión sobre la base de ese principio, que le corresponde al legislador y que sólo puede ejercerse, con mejor o peor fortuna, a través de un sistema de *numerus clausus*.

5. En todo caso, y a pesar de lo anterior, parece claro que la doctrina dominante valora como preferible el sistema de *numerus clausus* <sup>(29)</sup>. Al respecto, cabe registrar ya en 1972 una clara toma de posición en este sentido de *Cerezo*, al afirmar que sería conveniente:

*“...que se castigaran únicamente los delitos culposos más graves (homicidio, lesiones, incendio, por ejemplo), es decir, que se siguiera el principio consagrado en todos los modernos Códigos penales de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos.*

(29) En 1981, MIR PUIG, *Adiciones de Derecho español* al Tratado de JESCHECK, I, Barcelona 1981, pág. 793, afirmaba: “La doctrina española absolutamente dominante se opone a tan amplia extensión de la punibilidad de la imprudencia y pide la adopción del sistema de incriminación particularizada y restrictiva”.

*El castigo con pena, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, de todos los delitos culposos, no es justo, dada la escasa gravedad de muchas conductas, ni es oportuno desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una inflación penal”*<sup>(30)</sup>.

En sentido similar se pronuncian, en los manuales, *Rodríguez Devesa*<sup>(31)</sup>, *Gimbernat Ordeig*<sup>(32)</sup>, *Mir Puig*<sup>(33)</sup>, *Octavio de Toledo / Huerta*<sup>(34)</sup>, *Muñoz Conde*<sup>(35)</sup>, etc. Ello responde a una concepción político-criminal que cabe estimar claramente mayoritaria en la actualidad.

En efecto, la cuestión que nos ocupa no es, en sí, directamente dogmática. Sí es cierto que podría alegarse que el sistema de incriminación cerrada favorece una concepción de la imprudencia desde la doctrina de lo injusto personal, al permitir sostener, en virtud de la tipificación separada de unos y otros, es que el hecho doloso y el imprudente son *hechos distintos*, tipos de injusto distintos. Por contra, el sistema de *numerus apertus* permitiría sostener con más facilidad que para el delito doloso y el imprudente el hecho es el mismo, diferenciándose únicamente en virtud de su comisión con una culpabilidad dolosa o imprudente. Sin embargo, es cierto que en nuestro país ha podido sostenerse sin demasiados problemas la doctrina de lo injusto personal en materia de imprudencia con un sistema de incriminación abierta. Por tanto, del mismo modo cabe imaginar que quien desee sostener una concepción neoclásica de la imprudencia con un sistema de incriminación cerrada también podrá hacerlo. De hecho, para ello le bastaría recurrir al expediente, relativamente sencillo, de diferenciar entre tipo en sentido legal y tipo en sentido dogmático (tipo de injusto) y subrayar que el tipo en sentido legal no se limita a expresar los elementos de lo injusto, sino que también puede incluir elementos pertenecientes a otros niveles sistemáticos.

Tampoco puede afirmarse, según entiendo, que en los sistemas de *numerus clausus* se acentúe la importancia del resultado mientras que en los de *numerus apertus* es la imprudencia en sí el elemento central. Ello, aunque sólo sea porque la gravedad de la infracción del deber de cuidado, la imprudencia en sí como puesta en peligro jurídico-penalmente relevante de un bien jurídico, no es algo que pueda determinarse con independencia del bien jurí-

(30) CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, pág. 303.

(31) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 8ª ed., Madrid 1981, pág. 464.

(32) GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid 1979, pág. 122.

(33) MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., Barcelona 1990, pág. 287, por estimarlo más conforme con los principios de legalidad (seguridad jurídica) y *ultima ratio*.

(34) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, *PG*, 2ª ed., pág. 631, calificando al sistema de *numerus clausus* de “más avanzado” y de “político-criminalmente más correcto”.

(35) MUNOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia 1989, págs. 78-79.

dico que resulta afectado<sup>(36)</sup>. Si lo que determinase la pena fuera la mera causación de un resultado típico (dada una imprudencia previa) sí podría sostenerse que el sistema de *numerus clausus* atribuye mayor relevancia al elemento de azar que es, en todo caso, la producción del resultado. En efecto, en el sistema de *numerus apertus* la pena de los delitos imprudentes, condicionada obviamente en cuanto al *si* de la producción del resultado, no lo está tanto en lo relativo al *quantum*, pues la imprudencia temeraria se mueve en todo caso entre 6 meses y un día y 6 años (prisión menor, art. 565 CP). Por contra, tal incidencia en el *quantum* sí es perceptible en el sistema de *numerus clausus*<sup>(37)</sup>. Pero ello no afecta a la afirmación inicial que hemos realizado, en la medida en que la imputación del resultado requiere como condición previa que en la conducta se haya advertido *ex ante* un contenido de peligro relevante para la producción de ese resultado (y que aquel peligro se haya realizado finalmente en tal resultado). De este modo, es la conducta y no el resultado el factor determinante. Ello, con la peculiaridad adicional de que en el sistema de *numerus clausus* se acota mejor la real peligrosidad de cada conducta al fijarse marcos penales propios para cada peligro específico de lesión de un bien jurídico realizado en el correspondiente resultado.

En todo caso, y con independencia de todo lo anterior, sí puede indudablemente afirmarse que nos hallamos ante una importante cuestión político-criminal, si bien es cierto que su trascendencia depende no tanto de la adopción o no del sistema de *numerus clausus* como de su precisa concreción en la Parte Especial. Ciertamente, un sistema de *numerus clausus* con profusión de tipos imprudentes será más respetuoso con el principio de taxatividad, pero no aportará grandes novedades en el plano material del grado de intervención del Derecho penal. En cambio, un sistema de *numerus clausus*, con una importante restricción de la sanción penal de delitos imprudentes, supone un claro avance en la línea de un Derecho penal orientado a principios de fragmentariedad e intervención mínima. Una valoración del sistema concretamente adoptado requerirá, pues, la previa determinación de si se han seleccionado convenientemente los tipos que admiten la comisión imprudente, atendiendo del modo preciso a los principios de merecimiento de pena y de necesidad de pena.

(36) Cfr., sobre este tema, parcialmente discrepante, RODRÍGUEZ RAMOS, LA LEY 1980-1, págs. 1.011 y 1.013. Al respecto, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imputación del resultado a título de imprudencia requiere la adecuación *ex ante* de la conducta imprudente para producirlo y que el resultado produzca dentro del ámbito o fin de protección de la norma de cuidado infringida.

(37) Así, en el proyecto de 1992, el homicidio por imprudencia grave recibe una pena de uno a tres años de prisión (art. 148), mientras que las lesiones por imprudencia grave tienen asignada una pena de prisión de seis meses a dos años (art. 160) y el aborto por imprudencia grave, una pena de multa de seis a veinticuatro meses (art. 154).

6. El respeto del principio de fragmentariedad en materia de incriminación de delitos imprudentes debería conducir, sin duda alguna, a la tipificación de la modalidad imprudente de los delitos de homicidio y lesiones, y quizá de otros delitos como incendios o estragos. Se trata de casos con clara necesidad de pena, dada la reiteración de los mismos, la insuficiencia de los mecanismos extrapenales para su contención y la inquietud social ante fenómenos en los que se plasman las consecuencias más indeseables de la moderna sociedad de riesgo. Por ser expresión, además, de comportamientos gravemente insolidarios<sup>(38)</sup> (piénsese, por ejemplo, en casos como los de la colza, ardistyl, acelerador de electrones, o en los generales de la medicina, circulación viaria, etc.) muestran un merecimiento de pena difícilmente discutible. La sanción penal de estas conductas aparece justificada, pues, tanto desde perspectivas de proporcionalidad como de utilidad (preventivas). Más allá de ahí, por contra, la procedencia de la incriminación imprudente de otros delitos, como los daños<sup>(39)</sup>, es mucho más discutible. En particular, sin embargo, debería obrarse con cautela ante la pretendida incriminación imprudente de agresiones que, por recaer sobre bienes jurídicos supraindividuales o por configurarse como delitos de peligro, resultan demasiado difusas como para justificarse la intervención punitiva. Ejemplo claro de esta tendencia expansiva es la nueva figura del blanqueo imprudente de dinero (art. 309, 3 del Proyecto 1992), y otras del Derecho comparado en el ámbito económico (por ejemplo, § 264, 3 StGB, estafa de subvenciones por imprudencia grave). Sólo haciendo frente a tal expansión puede cumplirse con el principio básico de la incriminación de conductas, que se plasma en una teoría material de la tipicidad. Éste consiste en que los inconvenientes representados por la limitación de libertad característica de la prohibición bajo pena, se vean compensados por el beneficio en cuanto a la protección de intereses esenciales de la comunidad frente a agresiones que amenazan con afectarles de modo esencial<sup>(40)</sup>.

7. En todo caso, debe subrayarse que el hecho de que el legislador haya tipificado la forma imprudente de comisión de un determinado delito no implica que automáticamente toda imprudencia en relación con ese delito, sea cual sea el elemento típico al que se refiera, dé lugar a punibilidad. Puede suceder que determinados elementos típicos requieran necesariamente ser

(38) Sobre las características criminológicas de la delincuencia culposa, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, págs. 106 y ss., 122, 127, aludiendo a la falta de altruismo y la contradicción con un mínimo de solidaridad.

(39) Sobre la conveniencia de que los daños culposos constituyan únicamente un ilícito civil, cfr. CEREZO MIR, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, pág. 137 nota 28 y bibliografía allí citada.

(40) Cfr. los criterios detallados que ofrece AMELUNG, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid 1991, págs. 94-107, en especial págs. 97-99.

realizados con dolo, de manera que quede excluida de todos modos la punibilidad de una eventual comisión culposa basada en la concurrencia de imprudencia sobre tales elementos<sup>(41)</sup>.

### III. LA CONCRECIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS EN EL PROYECTO

1. Frente al principio mencionado más arriba, la realidad del Proyecto de Código Penal es de una gran abundancia de los supuestos de incriminación culposa. Sin ánimo de lograr una total exhaustividad al respecto, pueden constatarse al menos los siguientes tipos culposos: art. 148 (homicidio por imprudencia grave); art. 154 (aborto por imprudencia grave); art. 160 (lesiones por imprudencia grave)<sup>(42)</sup>; art. 166 (lesiones al feto por imprudencia grave); art. 167, 3 (daño en el tipo vital por imprudencia grave en la manipulación de genes humanos); art. 181 (comisión imprudente<sup>(43)</sup> de la violación de persona menor, enajenada o privada de sentido); art. 277 (daños por imprudencia grave en materia de valor histórico, cultural, artístico o científico); art. 278 (otros daños por imprudencia grave); art. 309, 3 (“blanqueo” de dinero por imprudencia grave); art. 317 (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente por imprudencia grave); art. 327 (delitos relativos a la energía nuclear por imprudencia grave); art. 340 y 341 (incendios o estragos por imprudencia grave); art. 351 (delitos contra la salud pública por imprudencia grave); art. 389 (no promoción de la persecución de delitos por imprudencia grave); art. 427 (prevaricación judicial por imprudencia grave o negligencia inexcusable); art. 542, 2 (actos de imprudencia grave en relación con la libertad de presos y detenidos); art. 600 (regulación de las faltas de imprudencia).

2. En la regulación resultan llamativos algunos aspectos. Así:

A) La comisión por imprudencia grave de las lesiones del art. 155 es constitutiva de *falta* y castigada con pena de multa de 1 a 2 meses en el art.

(41) Cfr. SCHROEDER, *LK* 10ª ed., § 15 n° marg. 2 e). Es lo que sucede en el párrafo último del art. 18 del Proyecto a propósito de la violación por imprudencia. Obviamente, con ello se está pensando en un error sobre la edad del sujeto pasivo o sobre su privación de sentido, no a un error sobre el yacimiento carnal o a otros errores, que, a mi juicio, deberían dar lugar a impunidad. Sobre ello, RODRÍGUEZ RAMOS, *LA LEY* 1980-1, pág. 1.012.

(42) Por cierto que resulta llamativo que sólo se incrimine como delito la forma culposa de comisión de las lesiones de los arts. 157 y 158, mientras que la comisión imprudente de las lesiones graves de los arts 155 (tipo básico) y 156 (tipo cualificado) aparece como modalidad de falta en el art. 600.

(43) Cabe subrayar que aquí no se trata de imprudencia grave, sino de cualquier imprudencia.

600, 1.; además, está sujeta a la condición de perseguibilidad de la previa denuncia del ofendido (art. 600, 5.). En cambio, diversas formas de daños por imprudencia grave se estiman delito y se castigan con penas de 3 a 9 o incluso a 18 meses de multa (arts. 277 y 278); y la condición de perseguibilidad de la previa denuncia del perjudicado, herederos, representante legal (o incluso Ministerio Fiscal) sólo alcanza al último de los citados artículos (art. 278, II).

B) En el homicidio sólo es *delito* la comisión imprudente si la imprudencia es “grave” (y en las lesiones, ni siquiera siempre basta eso), siendo los restantes casos constitutivos únicamente de *falta*; en cambio, en la violación de menores o personas privadas de sentido o enajenadas la comisión imprudente puede ser delito, aunque la imprudencia no sea grave (art. 181 in fine). A ello se añade que el homicidio y las lesiones cometidas por imprudencia leve, y algunas de las lesiones cometidas por imprudencia grave, se condicionan en su perseguibilidad a la previa denuncia del “ofendido”(art. 600, 5.). Algo que, por de pronto, parece imposible en el caso del homicidio, dado que ofendido lo es el titular del bien jurídico y éste habrá fallecido. No debe olvidarse, a este respecto, que tal término tiene un campo semántico mucho más restringido que el de “perjudicado”, que se extiende a todos los titulares de intereses afectados por la producción del delito.

C) La previsión de la comisión imprudente de la violación no se extiende a otros delitos sexuales diferentes de la violación (agresiones, estupro, exhibicionismo) (arts. 182, 183, 186 y ss).

D) Se observa la incriminación imprudente de numerosos delitos de peligro; sin embargo, ni la omisión del deber de socorro, ni la del deber de impedir determinados delitos, ni la denegación de auxilio, ni los delitos contra la seguridad del tráfico son punibles en su forma imprudente, pese a que su frecuencia quizá lo haría recomendable, porque, además, se trata de delitos que tienen que ver de modo inmediato con la vida y salud de las personas.

E) Se mantiene la prevaricación judicial por imprudencia, pero desaparecen las figuras, hoy claramente típicas, de la prevaricación imprudente del funcionario público, de la malversación imprudente y de las falsedades imprudentes. En qué medida ello puede suponer una invulnerabilidad penal del funcionario público en importantes aspectos de su actividad es algo que merece valoración.

F) Sorprende el mantenimiento de la punibilidad de supuestos de daños imprudentes.

3. En todo caso, y sin necesidad de entrar en un detallado análisis valorativo que desbordaría lo procedente en esta ocasión, debe señalarse que la

regulación del sistema de *numerus clausus* que efectúa el Proyecto es satisfactoria en sus mínimos, pero dudosa, por lo arbitrario, en los máximos, produciéndose la impresión de que la selección obedece en algún caso a criterios puntuales de oportunidad y que, de haberse adoptado una óptica menos marcada por la coyuntura, podrían haberse seleccionado otros tipos imprudentes y, en todo caso, menos.

#### IV. REPERCUSIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS DE LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS

Como resulta obvio, la adopción de un sistema de incriminación de la imprudencia tan distinto del vigente no puede dejar de tener importantes repercusiones en el conjunto del sistema del Derecho penal, tanto en el plano teórico como en el práctico. Vamos a tratar de hacer sumaria referencia a ellas.

1. La primera es la relativa al *error de tipo vencible* <sup>(44)</sup>. El sistema de incriminación cerrada implica que el error de tipo vencible sólo sea punible a propósito de aquellos tipos que, junto a la modalidad dolosa, han visto incriminada también la modalidad comisiva imprudente. De hecho, ya el art. 13 del Proyecto (coincidiendo sustancialmente con el vigente art. 6 bis a) II CP indica que “si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Y la expresión “en su caso” no puede obviamente entenderse más que en el sentido de aludir a los casos en que efectivamente exista un tipo imprudente junto al doloso. En los demás, el error vencible dará lugar a la impunidad, como si nos halláramos ante un error invencible. La consecuencia de la impunidad del error de tipo vencible en los delitos en los que no se ha tipificado la modalidad comisiva imprudente es asumida con toda naturalidad en los países de nuestro entorno, habituados a esta consecuencia del sistema de *numerus clausus* <sup>(45)</sup>. Es más, el propio Código Penal italiano, en su art. 47, 1º se refiere, con mayor claridad que el español, expresamente a esta hipótesis: “*L’errore sul fatto che costituisce reato esclude la punibilità dell’agente. Nondimeno se si tratta di un errore determinato da colpa, la punibilità*

(44) Ya advertida, a propósito del Proyecto de 1980, por RODRÍGUEZ RAMOS, *LA LEY* 1980-1, págs. 1.011-1.012.

(45) JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. Mir Puig / Muñoz Conde), tomo II, Barcelona 1981, pág. 415; ROXIN, *Strafrecht AT, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenstheorie*, München 1992, pág. 312 [§ 12, II, nº marg. 117]; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale, PG*, Bologna 1985, págs. 179 y ss, 180-181.

*non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*". En cambio, en algún sector de nuestra opinión jurídica el tema se ha visto de modo diferente <sup>(46)</sup>. Así, en concreto, la *Asociación profesional de la Magistratura*, en su "Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal" <sup>(47)</sup>, señala:

*"El artículo 13, regulador del error de tipo y del error de prohibición parece redactado como si existiera un delito de imprudencia, que desaparece en el Anteproyecto y es sustituido en la parte especial por distintas tipologías imprudentes, de acuerdo con el criterio del artículo 11, que establece que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley". En este sistema no tiene sentido ya que para el caso del error de tipo, cuando sea vencible, se establezca el castigo de la infracción "como imprudente". No existiendo ya una pena para la imprudencia, sólo sería aplicable en los tipos penales especialmente previstos como imprudentes, lo que significaría que en los restantes casos el error de tipo aunque fuese vencible resultaría impune. Es necesario que en tal caso la penalidad procedente sea como en el error de prohibición (del párrafo tercero) la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados".*

En la base de esta opinión debe latir la creencia de que el error de tipo vencible no es un caso de imprudencia, sino un caso que el legislador remite al trato penológico que otorga a la imprudencia. Sin embargo, ello no es de recibo. El error de tipo excluye el dolo. Dado que las únicas formas de atribución subjetiva del hecho son el dolo o la imprudencia (no hay pena sin dolo o culpa), su punición sólo será posible en los casos en que tal error pueda verse como una imprudencia. Ello es así en los casos de error vencible. En efecto, el error de tipo surge por la creencia del sujeto en que su conducta, pese a la peligrosidad de la misma, no se va a plasmar en una lesión para un bien jurídico penalmente protegible. La vencibilidad, la imprudencia, resultan del hecho de que el sujeto disponía de los elementos para haber salido de su situación de error si hubiera aplicado la diligencia debida.

Además de todo lo anterior, hay que afirmar que el Proyecto deja muy claro que el error de tipo vencible se castigará como infracción imprudente "en su caso", esto es, cuando tal modalidad imprudente sea punible. Está,

(46) Ya QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, pág. 232, apuntaba que el error vencible de tipo, en los sistemas de *numerus clausus*, sólo resulta punible en relación con contadas infracciones, aludiendo a los problemas que podría plantear el tema del error sobre la edad, etc.

(47) ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA: GABINETE DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN, "Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal", *CPC* 1992, págs. 309-347, pág. 318.

pues, perfectamente clara su adaptación a un sistema de *numerus clausus*. Aceptar la propuesta de la Asociación profesional implicaría frustrar la pretensión político-criminal del sistema de *numerus clausus*, ya que se pasaría a castigar la imprudencia en casos en los que el legislador ha decidido que el ataque imprudente al bien jurídico no reviste la suficiente intensidad como para estimarlo punible. Muy claramente se hace eco de estas consideraciones, incluso para el vigente sistema de *numerus apertus* con correcciones, el TS en su sentencia de 27 de octubre de 1992, ponente Sr. Díaz Palos. En efecto, al comentar el “ánimo de hacerse pago”, como elemento del delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 337 CP), señala que:

*“...estamos ante un típico elemento subjetivo del injusto (S 21 Mar. 1991) que como tal excluye la culpa, si se entiende que existe un error sobre el tipo, dado que, si el error es vencible, el art. 6 bis a) CP sólo permite la remisión a la culpa, cuando la infracción sea castigada, en su caso, como culposa. Y ya hemos visto que el delito de realización arbitraria del propio derecho no admite la comisión culposa en cuanto esencialmente doloso”.*

Así pues, en un caso de creencia vencible acerca de que la cosa era propia y no ajena, se concluye la impunidad.

2. *El error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.* Como es sabido, la cuestión de la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación resulta altamente polémica en cuanto a su tratamiento doctrinal. Así, y por simplificar al máximo, un sector estima que esta modalidad de error debe regirse por las reglas del error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad), mientras que otro estima que debe seguir el régimen del error de tipo (teoría restringida de la culpabilidad, teoría de los elementos negativos del tipo, etc.). No podemos en este momento entrar en la profunda discusión doctrinal que enfrenta ambos puntos de vista. Sucede, sin embargo, que la introducción del sistema de *numerus clausus* en cuanto a la incriminación de la imprudencia viene a añadir un elemento más a la polémica. En efecto, de optarse por la solución del error de tipo, el error vencible sobre los presupuestos de las causas de justificación sólo sería punible respecto a aquellos tipos delictivos en los que el legislador ha tipificado, junto a la modalidad comisiva dolosa, también la culposa, resultando impune en los demás. En cambio, de optarse por la solución del error de prohibición, la punibilidad del error vencible sobre los presupuestos de las causas de justificación tendrá lugar en todo caso, con independencia de que se trate o no de un delito que tenga tipificada la forma

comisiva imprudente<sup>(48)</sup>. Por mencionar un ejemplo claro, un hurto cometido en la creencia errónea y vencible de que alguien está en peligro y con el bien hurtado se le puede salvar sería impune si se optara por la solución del error de tipo y punible si se optara por la del error de prohibición. Esta situación ha dado pie a que, desde las filas de la teoría estricta de la culpabilidad, se haya subrayado la existencia de lagunas de punibilidad de optarse en este punto por seguir la otra teoría, la teoría limitada de la culpabilidad. Sin embargo, a ello se ha sido respondido, por ejemplo, por *Roxin*, indicándose que si la realización del tipo positivo por imprudencia es impune, también debe serlo la realización de ese mismo tipo por un error vencible (imprudente) relativo a la concurrencia de los elementos de la justificación<sup>(49)</sup>. Este mismo es el régimen legal previsto en el párrafo último del art. 59 del CP italiano, según el cual “*se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo*”<sup>(50)</sup>. Con todo, debe advertirse que el tema es sumamente complicado y que resulta natural que subsista discusión al respecto incluso en los países que tradicionalmente han dispuestos de un sistema de incriminación cerrada.

En todo caso, estas conclusiones iniciales en cuanto a las figuras del error vencible de tipo y del error vencible sobre los presupuestos de las causas de justificación indudablemente pueden tener un efecto en la práctica, que no es otro que una extensión de la figura del dolo eventual, tanto en el ámbito del tipo en sentido estricto, como en el del “conocimiento eventual” de la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación<sup>(51)</sup>.

(48) Sobre los autores que sostienen este punto de vista ROXIN, *AT*, pág. 388 [§ 14, VIII, n° marg. 58, 59]. Alguno de ellos, como *Dreher*, propone de lege ferenda que el error vencible sobre presupuestos objetivos de causas de justificación se trate siempre como un delito imprudente, incluso en los tipos que no incriminan la modalidad culposa de comisión.

(49) ROXIN, *AT*, pág. 391 [§ 14, VIII n° marg. 66, 67 con cita a JAKOBS 11 / 56]: “Es cierto que los delitos imprudentes del Derecho vigente están ceñidos en primera instancia a la imprudencia típica y no a la suposición errónea evitable de presupuestos objetivos de la justificación. Pero no se puede mostrar que exista una necesidad político-criminal de conminar penalmente el error de tipo permisivo allí donde la imprudencia típica es impune. Con razón señala Jakobs: ‘Si para proteger frente a los daños culposos es suficiente con el deber de resarcimiento que se deriva de ellos, cabe que éste sea suficiente también para la protección frente a los daños cometidos en suposición errónea, por ejemplo, de un estado de necesidad’. Si la destrucción de cosas de gran valor por imprudencia temeraria no es abarcada por el § 303, sería una clara contradicción valorativa que, de conformidad con la teoría estricta de la culpabilidad, tenga que contar con una sanción por daños dolosos quien, por ejemplo, para salvar la vida de un hombre cree erróneamente tener que dañar una cosa”. La única laguna cuya existencia reconoce Roxin es la del caso del aborto (n° marg. 67). Pero en el Proy. 1992 el aborto imprudente es punible (art. 154).

(50) FIANDACA/ MUSCO, *PG*, págs. 120-121.

(51) Alude a esta figura ROXIN, *AT*, § 14, VIII, n° marg. 88 y nota 100. Por mi parte, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad”, *ADPCP* 1987, págs. 647-663, en especial sobre este tema, págs. 659-661.

A ello hacían alusión, según antes recogíamos, *Cobo / Vives*, y es posible que resulte una consecuencia inevitable de esta nueva situación. El auge de la figura del dolo eventual en Alemania, muy superior al que actualmente tiene entre nosotros, puede servir de indicio en esta línea.

3. Un tercer ámbito en el que repercute la introducción de un sistema de *numerus clausus* en la regulación positiva de la imprudencia es el de la distinción entre *autoría y participación por imprudencia* y, más concretamente, el de la *sanción penal de la participación por imprudencia*. Frente a lo que sucede en otros países es en España postura mayoritaria, según creo<sup>(52)</sup>, la que entiende posible distinguir entre autoría y participación por imprudencia, postura que, luego, se divide entre quienes sostienen la punibilidad de las formas imprudentes de participación, ya lo sean en un delito doloso, ya en un delito imprudente, y quienes sostienen la impunidad de tales formas de participación. Pues bien, con la introducción de un sistema de *numerus clausus* parece inevitable la solución de que las formas de participación, al no haberse tipificado en su modalidad imprudente, pueden sólo cometerse a título de dolo, y eso para cualquier delito, de modo que la participación por imprudencia es impune por atípica<sup>(53)</sup>. El Código Penal, al adoptar un sistema de *numerus clausus*, tipifica sólo formas imprudentes *de autoría* de determinados delitos. Esta consecuencia, que parece difícilmente eludible, tendrá, a buen seguro, alguna repercusión práctica, bien sea en la adopción de un concepto unitario de autor en la imprudencia, bien en otras soluciones alternativas. Lo que, en todo caso, no parece verosímil es que la Jurisprudencia vaya a adoptar un concepto restrictivo de autor en la imprudencia del que resulte la impunidad de aportaciones imprudentes al resultado en virtud de la calificación de las mismas como formas de participación no tipificadas<sup>(54)</sup>.

4. Finalmente, una repercusión dogmática importante de la adopción del sistema de *numerus clausus* debe ser el final de la postura jurisprudencial, según la cual cuando una conducta imprudente da lugar a la producción de una pluralidad de resultados, se procede a sancionar por un único delito de

(52) Cfr. el excelente resumen de la situación en CUERDA RIEZU, "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español", *ADPCP* 1992, págs. 491-514, p. 503 y ss.

(53) Aquí sí que sería irrefutable la idea, que sostiene Luzón para el Derecho vigente, de que las formas de participación deben entenderse como formas de participación "dolosa": LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales", en *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990, págs. 81 y ss, 93-94 y ss.

(54) Como señala CUERDA RIEZU, *ADPCP* 1992, pág. 508: "La tendencia mayoritaria en la praxis en este campo de la autoría en el delito imprudente es adoptar una teoría extensivo-causal y considerar autor a todo aquel que por imprudencia haya causado un resultado lesivo; sólo algunas sentencias admiten la posibilidad conceptual y la punibilidad de la participación en el delito imprudente".

imprudencia con resultado de varias muertes, o de muertes y lesiones<sup>(55)</sup>. En realidad, ésta es una solución incorrecta también en el vigente sistema de *numerus apertus*, pues, como se ha dicho, la opción entre una tipificación abierta o cerrada de la imprudencia no encierra una disparidad de concepciones dogmáticas acerca de la imprudencia<sup>(56)</sup>. Sin embargo, la Jurisprudencia interpreta, al menos en ocasiones, el sistema de *numerus apertus* como expresivo de la existencia de un único *crimen culpae*, o delito de imprudencia, que se daría con independencia de los resultados que conllevara la realización de la conducta imprudente. Incorporado un sistema de *numerus clausus* la solución del *crimen culpae* pierde las pocas apoyaturas legales que le pudieran quedar, de modo que en caso de que con un solo hecho imprudente se produzca una pluralidad de resultados delictivos, la solución habrá de ser la de un concurso ideal de delitos, ya sean éstos varios homicidios culposos, homicidios culposos y lesiones culposas, etc.<sup>(57)</sup>.

## V. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

1. En el aspecto terminológico, el Proyecto de Código Penal muestra rasgos de diverso signo. Por un lado, opta claramente por el término “imprudencia” (“imprudente”) para designar a la forma no dolosa de imputación típica<sup>(58)</sup>. Se distancia así de la terminología del Código vigente, en la que, sobre todo por el influjo de la reforma de 1983, prima el término “culpa” (y “culposo”) <sup>(59)</sup>. Sin embargo, por otra parte desaparece la tradicional distinción española entre *imprudencia temeraria* e *imprudencia simple*, con o sin infracción de reglamentos. De conformidad también aquí con lo previsto en los anteriores Proyectos, las clases de imprudencia en función de su gravedad pasan a ser la *imprudencia grave* y la *imprudencia leve*. Que con ello se introduzcan términos que resultan menos expresivos que los tradicionales, como

(55) Críticamente sobre esta tendencia CEREZO MIR, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, págs. 131-132.

(56) Cfr., por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, *PG*, 2ª ed., pág. 631.

(57) Discrepa de esta conclusión RODRÍGUEZ RAMOS, *LA LEY* 1980-1, pág. 1.012, por entender que la postura tradicional de la Jurisprudencia, aun sin base legal, es materialmente justa. De ahí que propugnara la inclusión de una referencia en el sentido de que “en caso de pluralidad de resultados la pena será única y vendrá determinada por el más grave”.

(58) Así, en los arts. 3, 9, 11, 13 del Proyecto y luego, a lo largo de los diversos tipos. La acogida del término “imprudencia” era solicitada ya por CEREZO MIR, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, págs. 128-129, por ser un término más preciso y más enraizado en nuestra tradición jurídico-penal; cfr. también la valoración positiva, respecto a su introducción en la PANCP de 1983, de MIR PUIG, *RFDUC monográfico* 6, pág. 472.

(59) Art. 1, 6 bis a), 6 bis b), etc.

subrayan *Cobo / Vives*<sup>(60)</sup>, es más que posible. Pero además puede tener trascendencia una eventual diferencia entre los campos semánticos de la imprudencia *temeraria* y la imprudencia *grave*, ya que no resulta aventurado pensar que el de aquélla es más restrictivo que el de ésta. En todo caso es previsible que los Tribunales apliquen para la determinación de la imprudencia grave los baremos desarrollados para caracterizar a la imprudencia temeraria.

2. En principio, sólo son punibles los hechos cometidos por imprudencia grave. Por lo que se refiere al error, ello significará que la punibilidad del error vencible de tipo (o sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, si se opta por la solución de la teoría restringida de la culpabilidad o de la teoría de los elementos negativos del tipo) requerirá tanto que el tipo correspondiente pueda cometerse por imprudencia como que el error pueda ser estimado constitutivo de imprudencia grave. Una imprudencia leve no sería suficiente en este sentido. Con todo, hay algunas excepciones a esta regla: así, en primer lugar, la comisión imprudente de la violación en caso de menores, enajenados o privados de sentido no requiere que la imprudencia sea grave, sino que en principio basta con cualquier clase de imprudencia (art. 181, párrafo último). Además, obviamente, en el capítulo de las faltas son punibles, por disponerlo el art. 600, el homicidio y las lesiones producidas por imprudencia leve. Pero todo ello añade un nuevo elemento de especial trascendencia a la distinción entre imprudencia grave y leve.

3. El nuevo sistema ha traído consigo también algunas peculiaridades en cuanto a la determinación de la pena en el ámbito de la imprudencia. Por un lado, ha significado la desaparición de la *impericia o negligencia profesional*, como forma agravada de imprudencia. Ello provoca que la pena del homicidio imprudente haya quedado significativamente disminuida en el Proyecto, si la comparamos con las penas que podría alcanzar en el sistema vigente: de uno a tres años de prisión, en el Proyecto; de cuatro a seis años en el sistema vigente, pudiendo incluso subir en uno o dos grados en función de que el mal causado fuera de extrema gravedad. Por otro lado, ha supuesto también la desaparición de las reglas especiales de determinación de la pena en la imprudencia, características del vigente art. 565 en sus párrafos penúltimo y último. Tales disposiciones, con las que se pretendía corregir las consecuencias del sistema de penalidad única, atendiendo la diversa trascendencia de los hechos imprudentes, no son ya obviamente necesarias.

4. Un tema nuclear es el de qué ocurre en el Proyecto de Código Penal con los delitos cualificados por el resultado. En los demás países, la regla de la incriminación cerrada de los supuestos de imprudencia tiene como excep-

(60) COBO / VIVES, *PG*, 3ª ed., pág. 473.

ción, más o menos aparente, la regulación propia de los delitos cualificados por el resultado. Así, en Alemania se suele subrayar que el § 15 StGB tiene una excepción en el § 18 según el cual cuando la ley vincule una pena más grave a la producción de una consecuencia especial del hecho, ello le afectará al autor o al partícipe sólo cuando él hubiere actuado de modo al menos imprudente respecto a tal consecuencia<sup>(61)</sup>. Y en Italia el art. 42 también hace una salvedad para tales casos. Sin embargo, en el Proyecto desaparece la mención del Código Penal vigente según la cual “cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa” (art. 1, párrafo último), manteniéndose sólo la declaración de que no hay pena sin dolo o imprudencia (art. 3 Proyecto 1992). Lo cierto es que, según parece, los delitos cualificados por el resultado más característicos del Derecho vigente han desaparecido del Proyecto (aborto con resultado de muerte, delito contra la salud pública con resultado de muerte, abandono o detención, etc.). Sin embargo quedan algunos. Así, al menos, los art. 251, 2 (represar o distraer el curso de aguas públicas o privadas causando grave perjuicio a la causa pública o de terceros); art. 398, 2 (revelación de secretos por funcionario con grave daño para la causa pública o para tercero); art. 501, autoridades o funcionarios (atentado contra altos cargos con resultado de muerte o lesiones). La ausencia de una regulación específica obliga a entender, en aplicación de las reglas generales, que, para poder aplicar el tipo con la cualificación correspondiente, el sujeto activo deberá haber abarcado la misma como mínimo en los términos del dolo eventual. Es decir, será preciso tratarlos como tipos dolosos, al igual que sucede, por ejemplo, en arts. como el 232, 3 o el 234,2, en los que la cualificación viene representada por una puesta en peligro concreto que, obviamente, también habrá de ser abarcada por el dolo del agente.

(61) Cfr. SCHROEDER, *LK*, 10ª ed., §15 n° marg. 2 a); RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed., § 15 n° marg. 1.

# ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

**SANTIAGO MIR PUIG**

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y DECANO DE LA FACULTAD DE  
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

## I

El Proyecto de Código Penal de 1992 (en adelante PCP 1992) presenta un sistema de sanciones muy parecido al del Proyecto de 1980 y, más aún, a la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Ello, que viene a confirmar la impresión de que todo el Libro I del PCP 1992 es mera puesta al día de los textos prelegislativos anteriores, obliga a reflexionar sobre la evolución de la Política Criminal en este último decenio y a valorar si sigue respondiendo a las exigencias de la actualidad el planteamiento que se mantiene. En 1980 el sistema de penas del Proyecto de Código Penal respondía al estado de evolución de la Política Criminal. Se había inspirado básicamente en el Código Penal alemán de 1975 y había dado incluso algún paso más adelante. En los años ochenta se ha producido diversas reformas en otros países europeos, como Francia, Italia o Portugal, que introducen nuevas formas de evitación de las penas de prisión que no han sido tenidas en cuenta en el PCP 1992.

Pero empecemos por el principio. ¿En qué sentido decimos que el Proyecto de 1980 se adecuaba a la evolución de la Política Criminal moderna? ¿En qué consiste esta Política Criminal? Se trata de la línea político-criminal que arranca de Beccaria en el ambiente reformador ilustrado del siglo XVIII,

renace en el último tercio del siglo XIX por obra de la Scuola Positiva, es continuada por von Liszt en Alemania y, a través de manifestaciones como la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Nueva Defensa Social, llega a nuestros días y ha influido en numerosas reformas penales. En Alemania se expresó en el seno del largo proceso de preparación de la reforma que culminó en los años sesenta, propicios para la recepción de nuevas ideas. La dirección moderna sirvió de base al llamado Proyecto Alternativo que un grupo de profesores alemanes elaboró en aquellos años y cuya influencia es evidente en el sistema de penas del proyecto de 1980 —debido sobre todo al profesor Gimbernat Ordeig, uno de los miembros de la Comisión que lo redactó.

Una de las claves fundamentales de la moderna Política Criminal es que sólo considera legítima la intervención penal cuando resulta absolutamente necesaria para la protección, mediante la prevención de delitos, de los bienes sociales más importantes. Este principio ha determinado la tendencia a rechazar las penas que van apareciendo como innecesariamente crueles a los ojos de la colectividad. Primero fueron las penas corporales, luego la de la muerte y ahora la de la cárcel. En este siglo han ido apareciendo mecanismos tendentes a evitar la aplicación de las penas privativas de libertad, como la condena condicional y la libertad condicional. También se ha potenciado el papel de penas no privativas de libertad como, especialmente, la de multa. Éste era el contexto político-criminal en que se produjo el Proyecto de 1980. En 1981 decía Jescheck que en Alemania las condenas a prisión habían quedado reducidas al 17% de las pronunciadas. Puesto que más de un 65% de las mismas eran suspendidas condicionalmente, el resultado era que sólo el 10% de las penas cumplidas eran de privación de libertad. Es impresionante la comparación de estas cifras con las del siglo pasado, en que puede hablarse de un 7% de penas privativas de libertad.

En la conferencia que presentó Burgstaller en el XIV Congreso Internacional de la AIDP, celebrado en Viena, el 2 de octubre de 1989, sobre la Política criminal de los últimos 100 años, daba las siguientes cifras con relación a Austria y a su situación anterior al 1 de marzo de 1988 —fecha en que entró en vigor una importante reforma del sistema de sanciones de ese país—: Mientras que la proporción de penas de privación de libertad incondicionada respecto de todas las penas impuestas al finalizar el siglo pasado era aproximadamente de 9 de cada 10, era últimamente sólo algo superior al 1/10; casi el 2/10 de las penas se impusieron condicionalmente y alrededor del 7/10 eran penas de multa.

El Proyecto de 1980 utilizó varios mecanismos para evitar las penas, especialmente de prisión, no estrictamente necesarias: supresión de la prisión inferior a seis meses, introducción en su lugar del arresto de fin de semana y de una pena de multa configurada con arreglo al sistema de los días-multa,

ampliación de las posibilidades de suspensión condicional, en especial por medio de una nueva figura denominada “suspensión del fallo”, y posibilidad de sustitución judicial de las penas privativas de libertad no graves por penas de multa. El PCP 1992, como la Propuesta de Anteproyecto de 1983, mantiene el mismo planteamiento básico, aunque prescinde de las novedades de la suspensión del fallo. Antes de valorar si ello sigue siendo suficiente a la vista de las reformas habidas en la década que acaba de terminar, deberemos examinarlo más detenidamente.

## II

Es en la delincuencia poco grave en la que la Política Criminal del presente trata de buscar alternativas a la prisión. Es en este ámbito en el que se mueven las formas de suspensión condicional que hace tiempo que existen en las legislaciones, y es también en él en donde las reformas penales se esfuerzan por hallar otras vías que permitan evitar la privación de libertad clásica. El Proyecto Alternativo alemán propuso, en este sentido, suprimir totalmente del catálogo de penas la prisión inferior a seis meses. En lugar de la misma, los delitos correspondientes deberían prever penas de multa. Esta propuesta fue estimada demasiado radical y no logró pasar al Código alemán de 1975, pero algo quedó de su espíritu: se suprimió la prisión inferior a un mes y se consideró excepcional la efectiva aplicación de las penas previstas inferiores a seis meses, que en principio debe sustituirse por una multa —salvo que la privación de libertad resulte imprescindible para incidir en el autor o para la defensa del orden jurídico (§47)—. El CPC 1992, siguiendo el ejemplo del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de 1983, acoge la vía más avanzada del proyecto Alternativo, de supresión de las penas de prisión inferior a seis meses, pero con el paliativo de que en su lugar pueden preverse no sólo multas, sino también, la nueva figura del arresto de fin de semana, que implica privación de libertad.

¿Existe alguna excepción en el PCP 1992 a la desaparición de la privación de libertad continuada de menos de seis meses? En el Proyecto de 1980 se planteaba el problema de los casos en que una circunstancia atenuante conducía a la pena inferior en grado a una pena de prisión cuyo mínimo fuera de seis meses. Podía entenderse que en tales supuestos había que imponer una pena de prisión de menos de seis meses, que por esta vía volvía a aparecer. Para evitarlo, Luzón Peña propuso una interpretación algo compleja de los preceptos en juego. La Propuesta de Anteproyecto de 1983, en cuya redacción intervino el citado autor, acogió su solución, a saber: obligar al Juez en los casos mencionados a sustituir la pena de prisión por las de arresto de fin de semana o multa. El PCP 1992 sigue en esta línea y da un paso más al imponer que la sustitución sea siempre por multa.

Pero también el impago de una pena de multa puede dar lugar a un arresto sustitutorio que puede durar días, semanas o meses, lo que hace nacer de nuevo la posibilidad de una prisión inferior a seis meses. A tal efecto, hay que destacar que el Borrador prevé expresamente que la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente en caso de impago de la multa debe consistir en privación de libertad. No se ha atendido a la recomendación del Tribunal Constitucional en el sentido de preferir otras formas de responsabilidad subsidiaria, como el arresto domiciliario o el trabajo comunitario. Del mismo modo, si se incumple por dos veces el arresto de fin de semana el Juez o Tribunal puede imponer su ejecución ininterrumpida, computándose dos días de privación de libertad por cada fin de semana. No se ha logrado, pues, hacer desaparecer por completo la privación de libertad de menos de seis meses, que parece resistirse a abandonar el sistema de penas.

Conviene advertir, por otra parte, que la supresión de las penas de menos de seis meses no entraña necesariamente una dulcificación del rigor penal. Así, para muchos de los delitos que en el Derecho vigente se castigan con privación de libertad de menos de seis meses, la propuesta de Anteproyecto de 1983 establecía penas de prisión de mayor duración. Ello se debió, sin duda, a la estimación de que resultaría inconveniente castigar tales hechos con pena de multa —que si no fuera muy elevada podría hacer económicamente rentable la delincuencia patrimonial y que si fuera de cuantía muy alta difícilmente podría pagarse por sujetos normalmente insolventes— o de arresto de fin de semana— porque la mayoría de los delincuentes contra la propiedad, que carecen de un trabajo lícito que sea conveniente proteger, podrían seguir delinquiendo entre semana.

También el PCP 1992 sigue en su Parte Especial, para delitos de gran importancia práctica, como algunos contra la propiedad, esta vía de sustitución de las suprimidas penas de prisión inferior a seis meses por penas de prisión de mayor duración. Ello parece del todo inadmisibile. Debe tenerse en cuenta que en el momento actual de evolución de la Política criminal la lucha contra las penas cortas de prisión ha perdido la fundamentación con que nació hace un siglo. De la mano del ideario resocializador que por aquel entonces empezó a propagarse, se consideraron inadecuadas las penas cortas de privación de libertad fundamentalmente por tener una duración insuficiente para llevar a cabo un tratamiento resocializador con alguna perspectiva de éxito. Fue la misma concepción que prefirió las condenas de duración indeterminada, que podían ser prolongadas en cuanto se comprobaba insuficiente el tiempo de tratamiento transcurrido. Pero esta ideología del tratamiento se halla en crisis desde los años setenta, no sólo por la comprobación de sus dificultades prácticas, sino también por otras razones de filosofía política, entre las cuales cuenta la vulneración del principio de seguridad jurídica y una tendencia a la expansión del intervencionismo penal bajo el eufemismo

de la resocialización. Las penas cortas de prisión siguen considerándose indeseables por muchos autores —aunque un sector las defiende para la delincuencia económica, para evitar que la alternativa de la multa fracase como riesgo económico que puede resultar rentable—, pero en cualquier caso no ya porque sean demasiado cortas para la resocialización, sino porque son demasiado gravosas, tanto en sí mismas como en sus consecuencias colaterales, en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que se prevén. Según el planteamiento inicial del tratamiento, hubiera podido sostenerse la sustitución de ciertas penas cortas de prisión por otras de mayor duración en aras de las necesidades de resocialización. Hoy esto aparece precisamente como uno de los aspectos indeseables de la ideología del tratamiento. Las penas cortas de prisión sólo deben sustituirse por otras penas que resulten menos graves. Entre las penas de prisión cortas o largas no pueden preferirse éstas en un momento en que precisamente se aboga por el acortamiento y la reducción al mínimo de la privación de libertad.

Como penas menos graves llamadas a cubrir el espacio que dejan las penas de prisión inferiores a seis meses el PCP 1992 sigue previendo las mismas que el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983: el arresto de fin de semana y la multa configurada con arreglo al sistema de los días-multa. Veámoslas brevemente.

El arresto de fin de semana constituyó una novedad en el Proyecto de 1980 que se mantuvo en la Propuesta de 1983. Pretende evitar la separación del sujeto de su contexto familiar y la pérdida de su trabajo. Se trata de una pena original, en cuanto pena principal, en el contexto del Derecho comparado. En otros países se conoce no como pena autónoma, sino como posible forma de ejecución de la pena clásica de privación de libertad (así, en Bélgica y Francia). En Italia y en Suiza se prevén otras modalidades de semidetención, que sólo privan de libertad durante un determinado número de horas al día (diez, p.ej., en Italia). El PCP 1992 español prevé el arresto de fin de semana como una privación de libertad intermitente, de 36 horas cada semana, a cumplir por regla general los sábados y domingos, y con una duración de uno a 24 fines de semana. Es nueva la matización de que el arresto sólo “por regla general” deba cumplirse los sábados y domingos. El Proyecto de 1980 no preveía otra posibilidad que el cumplimiento en los fines de semana, lo que chocaba con la dificultad de que en algunas profesiones el descanso semanal tiene lugar entre semana. Ahora seguirá existiendo el problema de que en muchos casos el sujeto que trabaja sólo dispone de un día libre a la semana. Mejor sería, tal vez, abandonar del todo la vinculación al fin de semana, y la misma designación de “arresto de fin de semana” —por cierto, quizás excesivamente festiva—, para pasar a una figura de “arresto discontinuo” que pudiera cumplirse también un día a la semana o con la periodicidad que aconsejara la ocupación —o desocupación, en su caso— laboral del suje-

to.

Con una nueva configuración, la pena de multa se presentó en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 con un papel mucho más destacado que en el Código vigente. Lo mismo sucede en el PCP 1992. El nuevo sistema de los días-multa parece perseguir, en cualquier caso, potenciar las posibilidades de la multa como alternativa a las penas cortas de prisión. De origen escandinavo, este sistema ha sido acogido a través del ejemplo de la reforma alemana, que por lo visto está dando buenos resultados. Se basa en la separación de dos aspectos: por una parte, la determinación de una duración en días, semanas o meses; por otra parte, la fijación de una cuantía dineraria a cada día, semana o mes. Se impone así la pena en los términos siguientes: multa de equis días, semanas o meses —con un mínimo de un día y un máximo de 24 meses—, a razón de equis pesetas cada día, semana o mes —desde un mínimo de 300 ptas. al día hasta un máximo de 1.000.000 ptas. al mes—. Se trata de una “multa temporal”, según el modelo del Proyecto alternativo alemán, que se va pagando a medida que van transcurriendo los plazos. Si, por ejemplo, se impone una multa de cinco semanas, hay que satisfacer la cuota semanal correspondiente al término de cada una de las cinco semanas. Se persigue con ello facilitar el pago de la multa y evitar tener que acudir al arresto sustitutorio. He aquí una primera ventaja que se atribuye al sistema de los días-multa. Otra virtud del mismo es que permite una clara distinción de dos aspectos que no conviene mezclar en la determinación de la cuantía de la multa: por una parte, la gravedad del hecho, que ha de tenerse en cuenta como en cualquier otra pena al fijar la duración de la multa y, por otra parte, la capacidad económica del delincuente, único factor a contemplar para la determinación de la cuantía de la cuota diaria, semanal o mensual. La gran diferencia económica que se prevé entre los mínimos y máximos de cada cuota permite imponer multas de importe muy diverso, según las diferentes posibilidades de cada sujeto, con independencia de la gravedad del hecho. Estimo particularmente conveniente el poder señalar multas mucho más elevadas cuando se trate de delincuentes que puedan tener una inmensa capacidad económica, ante la cual la multa fácilmente puede resultar insignificante. Creo, por ello, que los límites máximos de las cuotas todavía deberían ser más altos, si bien convendría que se previeran con carácter excepcional a partir de determinada cifra. Finalmente, constituye también una característica positiva de los días-multa el hecho de que facilitan el cómputo del arresto sustitutorio en caso de impago. Así, el PCP 1992 puede convertir dicho cómputo en algo automático, al fijar un día, una semana o un mes por cada dos de multa.

Estas ventajas del nuevo sistema han determinado a la doctrina española a manifestarse favorable al mismo. De hecho, la experiencia alemana de la aplicación del sistema es muy positiva: el porcentaje de multas impuestas

en la República Federal Alemana aumentó de un 63% a un 83%, de las cuales sólo un 3% es de impagadas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que sólo el 50% de las multas pagadas lo son de forma espontánea, mientras que el resto requiere conminación, embargo o amenaza de arresto sustitutorio. A su vez, en Alemania esta privación de libertad subsidiaria no es susceptible de suspensión condicional, a diferencia de lo que hasta ahora ocurre en nuestro Derecho. Con objeto de asegurar la eficacia que ello concede a la regulación de la multa, la Propuesta de 1983 estableció también la imposibilidad de suspensión condicional de la responsabilidad personal subsidiaria. Sobre esta restricción, sin duda polémica, volveremos más adelante.

### III

Hasta aquí hemos expuesto brevemente los mecanismos que el PCP 1992 arbitra para evitar señalar con carácter general —esto es, en la conminación típica— penas cortas de prisión. A continuación nos ocuparemos de las formas de suspensión y sustitución de las penas que el Proyecto pone a disposición del Juez para que pueda dejar de aplicar, o para interrumpir, en el caso concreto penas —no sólo de prisión— que considere innecesarias.

La primera observación a efectuar al respecto es que el PCP 1992 prescinde de una de las novedades más llamativas del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de 1983: la “suspensión del fallo”. Se trataba de una institución más favorable para el reo que la condena condicional, porque no sólo suspendía la ejecución de la pena impuesta, sino que suponía que el juzgador dejaba en suspenso el propio fallo condenatorio (en el Proyecto de 1980) o, por lo menos, se abstenía ya de imponer la pena, cuya inscripción en el Registro de antecedentes penales quedaba también en suspenso (en la Propuesta de 1983). La suspensión se condicionaba a que el delincuente no volviese a delinquir dentro del plazo fijado entre un mínimo de dos a un máximo de cinco años. La supresión de esta figura en el PCP 1992 constituye la diferencia más importante que separa al mismo de sus antecedentes. La renuncia a una de las propuestas más avanzadas de los textos prelegislativos anteriores confiere, sin duda, a la nueva revisión un signo político-criminal más conservador.

El Borrador mantiene las instituciones de la condena condicional y la libertad condicional, que, aunque menos que en la Propuesta de 1983, se amplían sensiblemente respecto al Derecho vigente. Por otra parte, conserva las posibilidades de sustitución judicial de la pena que se introdujeron en 1980 y se ampliaron en 1983.

La Propuesta de 1983 ampliaba las posibilidades de concesión de la condena condicional en varios aspectos. No requería que el delincuente fuera primario o rehabilitado (o rehabilitable), sino un pronóstico favorable de no delinquir en el futuro; permitía la suspensión condicional de toda clase de penas, y no sólo de las de prisión; y, por último, autorizaba su concesión en penas de hasta dos años de duración como posibilidad normal. Por contra, suprimía la posibilidad de conceder la condena condicional respecto a la privación de libertad subsidiaria por impago de multa. El PCP 1992 no es tan generoso. No acoge ninguna de las dos primeras ampliaciones mencionadas. Además del pronóstico favorable de que el condenado no cometerá delito en el futuro exige que el mismo no haya delinquido por primera vez —no computándose a tal efecto las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o pudieran serlo—. Tampoco extiende la posibilidad de suspensión condicional a toda clase de penas, sino sólo a las privativas de libertad (que incluyen, eso sí, el arresto de fin de semana). En este sentido es más restrictivo que la Propuesta de 1983. Sigue siendo, no obstante, más amplio que el Código vigente en cuanto admite como normal la suspensión condicional de penas de hasta dos años. También amplía la suspensión de penas privativas de libertad por hechos motivados por dependencia de drogas que se introdujo en 1988 en el nuevo art. 93 bis del Código penal. El PCP prevé la posibilidad de suspensión en este caso de las penas inferiores a tres años (no sólo de las que no excedan de dos años, como actualmente se establece) y suprime el requisito 3º del actual art. 93 bis, que excluye a los reincidentes o que hayan ya disfrutado de la condena condicional.

Dos puntos merecen especial consideración. El primero es que en el PCP 1992 no queda claro si sigue siendo posible la suspensión condicional del arresto sustitutorio de la multa, como en el Derecho vigente, o si dicha posibilidad se suprime como hacía la Propuesta de 1983. En el art. 77, 2ª de ésta, se exigía para la suspensión “que la pena impuesta no sea grave y no consista en privación de libertad subsidiaria por insolvencia en caso de multa”. El art. 81, 3ª del PCP 1992 requiere “que la pena impuesta no sea grave o consista en privación de libertad subsidiaria por insolvencia en caso de impago de la multa”. La diferencia de redacción es, como se ve, mínima: se contrae sólo a la sustitución de las palabras “y no” por la conjunción disyuntiva “o” que he subrayado. Es dudoso si este cambio ha obedecido al propósito de *invertir* el sentido de la segunda parte del texto, o si sólo responde a una simplificación estilística que no afecta al contenido. Todo depende, desde el punto de vista gramatical, de si se entiende que el “no” de la primera parte rige también la segunda (“no sea grave o no consista”), o, por el contrario, que dicho “no” sólo vale para el primer verbo (“que la pena impuesta no sea grave o que dicha pena consista en...”).

Hay, por otra parte, argumentos materiales a favor de ambas interpretaciones. Más arriba he dicho que la negación de la condena condicional para el arresto sustitutorio de la multa constituye una medida polémica, y lo es en el sentido de que conduce a un trato más duro de la privación de libertad subsidiaria por impago de una multa que de las penas de prisión de igual o mayor duración. Dicho esto de otro modo: el sujeto puede preferir que le condenen a prisión que a una multa que no puede pagar. Téngase en cuenta, además, que el arresto sustitutorio puede ser inferior a seis meses, cuando el PCP 1992 parte del principio de que la prisión de duración menor a los seis meses ha de desaparecer. Todo ello habla en contra de la exclusión de la condena condicional en el caso que examinamos. Pero también es un hecho que la experiencia alemana en el mismo sentido ha contribuido de forma significativa al éxito de la pena de multa, y ello resulta de extremada importancia si es que la multa ha de poder desempeñar el papel de sustitutivo eficaz de la pena de prisión. En otros términos: la exclusión de la condena condicional en el arresto sustitutorio permite la utilización eficaz de la pena de multa en lugar de la de prisión y en definitiva, por tanto, redundaría en una disminución muy deseable del número de penas de prisión aplicables. Sin embargo, es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en el PCP 1992, en el CP alemán y en la Propuesta de 1983 se permite la condena condicional de la pena de multa, de suerte que el Juez puede evitar la ejecución de un arresto sustitutorio que considere improcedente suspendiendo condicionalmente la propia multa. Esta posibilidad ha desaparecido en el PCP 1992, lo que haría más insoportable la negación de la condena condicional en caso de arresto sustitutorio de la multa.

Otro aspecto de máxima importancia es la previsión de asistencia o control durante el período de suspensión condicional. El Proyecto de 1980 trató de incorporar la posibilidad de seguimiento del probando, pero la Propuesta de 1983 renunció a ello. Entre tanto, se ha ido generalizando en Europa la intervención asistencial y de control que en un principio distinguía a la *probation* anglosajona de la condena condicional continental. Hoy ambos sistemas se han aproximado. En nuestro país existe una corriente de opinión favorable a la introducción del seguimiento asistencial y/o de control durante el período de prueba. Sin embargo, la primera versión del actual PCP 1992, la del Borrador de 1990, no acogía ninguna forma de asistencia o control. A propósito de ello, escribí en su momento: "A mi juicio, es indiscutible la conveniencia de una intervención asistencial, tan favorable para la evitación de la reincidencia y, por tanto, para la prevención especial como vía de protección de los bienes jurídico-penales, como también para el propio delincuente, cuya necesidad de algún tipo de ayuda suele ser demasiado evidente. En cuanto al aspecto de control, que puede consistir en vigilancia y en la imposición de determinadas cargas o deberes, es cierto que supone un mayor menoscabo de la libertad del sujeto; pero podría permitir que la sociedad

aceptara una mayor ampliación de las posibilidades de suspensión de la pena. Como ambos aspectos, el de asistencia y el de control, no tienen por qué ir inexorablemente unidos, sería razonable proponer una admisión diferenciada de los mismos: mientras que la asistencia es siempre oportuna, el control podría reservarse para la suspensión de penas de más de un año de duración o de sujetos reincidentes, con la posibilidad de distinguir una forma de control menor y un control más intenso, procedente el primero para las penas de hasta dos años de no reincidentes y el segundo para reincidentes o para penas incluso superiores a los dos años. Es evidente que la suspensión de penas de mayor duración que se prevé para drogadictos se ha admitido, en parte, porque se acompaña de la posibilidad de un tratamiento de deshabituación. En cualquier caso sería imprescindible una nítida determinación legal de las posibilidades de intervención". El texto definitivo del PCP 1992 parece haber acogido una parte de esta propuesta. Diferencia en efecto, los casos de suspensión de penas de prisión superiores a un año de los restantes. Sólo para los primeros se prevén medidas de control y asistencia.

El PCP 1992 prevé una regulación de la libertad condicional que va más allá del Derecho vigente. No mantiene la ampliación propuesta en 1983 consistente en admitir, junto a la libertad condicional en sentido estricto, que se refiere a las penas de prisión, la posibilidad de suspender el cumplimiento final de toda clase de penas, como "suspensión del resto" de la pena que quede por cumplir. Ello era posible porque todas las penas que recogía la Propuesta de 1983 tenían carácter temporal —también la multa—. Tampoco suprime, como dicha Propuesta, la necesidad de haber observado buena conducta. Sin embargo, el PCP 1992 acoge otros elementos de la Propuesta de 1983 e incluso la supera en puntos fundamentales. Coincide, así, en los extremos siguientes: requiere que haya razones para suponer que el sujeto no volverá a delinquir, razones fundadas en informes de expertos; no se exige que el reo ofrezca garantías de hacer vida "honrada" en libertad; por último, se renuncia a imponer reglas de conducta al sujeto. En todo ello coincide fundamentalmente con la Propuesta de 1983. La supera, en cambio, en los puntos siguientes: deja de exigir el presupuesto de haber cumplido un mínimo de seis meses de prisión en esta clase de penas, permite que excepcionalmente se conceda la libertad condicional tras el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y exime del requisito básico de haber extinguido las tres cuartas partes, o las dos terceras partes, en su caso, de la condena a los sentenciados que hubieren cumplido la edad de setenta años o la cumplieren durante el cumplimiento de la condena y a los enfermos muy graves con padecimientos incurables —en donde sin duda tendrían cabida los infectados de SIDA.

Una fuerte crítica merece, sin embargo, el tratamiento del extranjero al que se concede la libertad condicional. Según el número 2 del art. 93: "El

extranjero que haya delinquido en España podrá ser expulsado por la Administración del territorio nacional, de acuerdo con la legislación vigente, al concederle la libertad condicional”. En párrafo aparte se añade: “en todo caso, le será de aplicación lo dispuesto en el número 2 del art. 89 de este Código”. Este precepto establece, junto a otras posibilidades de sustitución de la pena por expulsión de España, que “los Jueces y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena”. Es inadmisibles que el extranjero que reúna los requisitos para la libertad condicional, se vea discriminado respecto de los españoles en iguales condiciones. Se impondría, pues, una interpretación de estos preceptos que restringiese la posibilidad de expulsión a los casos en que el extranjero se encuentra en situación ilegal en España y según la legislación administrativa procede su expulsión (con independencia de su situación penal, que en sí misma es de libertad condicional y no justifica la expulsión), o en aquellos otros casos en que, pese a haber transcurrido las tres cuartas partes de la condena, faltan otros requisitos para la concesión de la libertad condicional. Pero aun así es evidente el trato desigual que el PCP 1992 efectúa del extranjero.

El Proyecto de 1980 contaba entre sus novedades principales la concesión al Juez de la posibilidad de sustitución de las penas privativas de libertad por otras. La Propuesta de 1983 dio algún paso más en esta línea. El CPC 1992 sigue por esta vía, pero introduce importantes reservas que comprometen su viabilidad práctica. Según su art. 88, 1, “los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa conformidad del Ministerio Fiscal, vistas las posibilidades efectivas de cumplimiento en la forma que reglamentariamente se determine —todo este cúmulo de restricciones es nuevo—, las penas de prisión que no excedan de dos años impuestas a los delincuentes no habituales —esto último también es nuevo—, por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea esta pena para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta y la naturaleza del hecho. En dichos casos, cada semana de prisión será sustituida por un arresto de fin de semana; y cada día, semana o mes de prisión será, respectivamente, sustituido por dos cuotas diarias, semanales o mensuales de multa”. El número 2 del mismo artículo establece: “En el supuesto de incumplimiento de todo o parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará hasta el cumplimiento de la condena, descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido de acuerdo con la conversión establecida en el párrafo precedente”.

Así como la posibilidad de sustitución de la prisión resulta positiva en términos generales, no lo es, sino todo lo contrario, cuando se utiliza como

vía de expulsión de extranjeros. El art. 89 del PCP1992 *obliga* a sustituir las penas privativas de libertad no superiores a dos años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional; y *permite* dicha expulsión cuando la pena impuesta sea de privación de libertad superior a dos años e inferior a seis. También permite la expulsión en el caso antes indicado de penas de seis o más años de privación de libertad cumplidas en sus tres cuartas partes.

#### IV

En las páginas que anteceden se han expuesto los mecanismos que el PCP 1992 propone para evitar la intervención innecesaria del Derecho penal, en especial mediante penas de prisión. El Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983 merecieron elogios por parte de la doctrina especializada por suponer planteamientos político-criminalmente entonces avanzados. ¿Cabe mantener el mismo juicio respecto al PCP 1992 a la vista de la evolución que entre tanto ha experimentado la Política criminal y las reformas europeas? Aparte de que la supresión de la figura de la suspensión del fallo disminuye el elenco de medios de evitación de la ejecución de la pena, en general el PCP 1992 ha perdido terreno en la búsqueda de alternativas a la intervención penal clásica. En los últimos años se ha extendido en Europa —en parte con el estímulo del Consejo de Europa— la tendencia a prever una gama relativamente amplia de alternativas. Así, las posibilidades de evitar o paralizar el propio proceso penal mediante formas de *diversión* se están generalizando en los países europeos; el trabajo al servicio de la comunidad —que ya propusimos en 1980— se está afirmando como pena sustitutiva especialmente interesante; también se ha implantado por doquier el seguimiento asistencial y de vigilancia de la suspensión a prueba; y se aprecia una fuerte tendencia político-criminal a la potenciación de la responsabilidad civil como instrumento complementario o incluso alternativo, en ciertos casos, respecto a la pena. Nada o poco de todo esto se contempla en el PCP 1992.

Por último, el PCP 1992 no atiende a la recomendación del Tribunal Constitucional de búsqueda de formas de responsabilidad subsidiaria para el caso de impago de la multa. Frena, incluso, esta vía al no hablar sólo de “responsabilidad personal subsidiaria” —expresión que el Tribunal Constitucional cree posible no reducir a la privación de libertad—, como el Derecho vigente, sino de concreta “privación de libertad” (art. 49). El arresto domiciliario, el trabajo comunitario o incluso la reparación civil son otras posibles alternativas que contempla la Política criminal del presente.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL

**JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

## SUMARIO

- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.
- II. LA DOBLE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.
- III. LAS RAZONES DEL PROYECTO PARA MANTENER LA DUALIDAD LEGISLATIVA.
- IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CONSIDERADA COMO REACCIÓN PENAL.
- V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO.

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Nuestro Derecho constituye una rareza en el Derecho comparado, porque tiene una doble regulación de la responsabilidad civil. Como es sabido la responsabilidad civil extracontractual se regula tanto en el Código Civil como en el Código Penal. En la actualidad la generalidad por no decir todos los autores están de acuerdo en que esta dualidad legislativa debería desaparecer. Causa extrañeza que el Proyecto desoiga el clamor unánime de la doctrina y mantenga la diversidad, sobre todo cuando existe un Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado en la Comisión General de Codificación, en el que se unifica la regulación de la responsabilidad civil cualquiera que sea la calificación que merezca el acto u omisión causantes del daño. Parece obvio que ambos esfuerzos legislativos deberían coordinarse y conducir a una regulación única de la materia.

Hoy no discute nadie la naturaleza civil de la responsabilidad civil. Ni siquiera quienes pretenden dar más relevancia en el Derecho Penal a la reparación de los daños, niegan el carácter civil de la obligación de resarcirlos.

El Proyecto, sin embargo, manifiesta en su Exposición de Motivos que la responsabilidad civil que nace de los delitos genera problemas especiales. De esta manera el Proyecto consagra como deseable una situación que ha sido censurada prácticamente por todos los autores que se ocupan del tema y que atribuyen a razones de oportunidad en la historia de nuestra codificación. El retraso de la codificación civil respecto de la penal hizo necesario incluir en el Código Penal una regulación de la responsabilidad civil sin esperar al Código Civil. Las normas aplicables a la responsabilidad civil eran las vetustas disposiciones de las Partidas. La regulación del Código Penal era más conforme con los tiempos. El Código Civil en 1889, sin embargo, no resolvió adecuadamente el tema al mantener las normas incluidas en el Código Penal y remitir a ellas en el art. 1.092. Este error del Código Civil ha dado lugar a un sistema de regulación doble de la responsabilidad que ha contribuido a complicar una materia que presenta por sí sola notable dificultad. El reproche más severo que merece este sistema actualmente vigente, que el Proyecto mantiene, procede de las incoherencias valorativas que provoca y que rompen la unidad sustancial de la responsabilidad civil.

## II. LA DOBLE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La relación existente entre las normas de ambos códigos sobre la responsabilidad civil no es una cuestión pacífica. Esta relación puede entenderse de dos maneras diversas: 1) Según una jurisprudencia muy numerosa la responsabilidad civil nacida del delito, esto es, la regulada en el Código Penal, tiene naturaleza, fundamento y finalidad diferentes a los de la responsabilidad civil regulada en los arts. 1.902 a 1.910 del Código Civil. Desde este punto de vista existen dos pretensiones diversas con plazos de prescripción diversos. 2) Según una autorizada opinión (Fernando Pantaleón, en *Comentario del Cc*, Ministerio de Justicia, art. 1.902) es un error entender que existen dos pretensiones distintas dependiendo de que el hecho que causó el daño merezca o no la calificación de delito. El fundamento y el origen de la responsabilidad civil es siempre el mismo: esto es, el daño atribuible al responsable mediante el correspondiente criterio de imputación (culpa o riesgo), y esto es independiente de que la conducta del responsable constituya un delito. Es obvio que si del hecho delictivo no surge daño, no hay responsabilidad civil (art. 119 del Proyecto).

Desde este punto de vista la doble regulación sólo significa una concurrencia de normas que fundamentan una única pretensión. Ésta tiene un único fundamento y naturaleza. Sólo razones históricas explican la doble regulación que en esta tesis debe ser objeto de coordinación. Las normas contenidas en ambos Códigos sobre la responsabilidad civil pueden ser aplicadas por unos u otros Tribunales y servir para colmar las unas las lagunas de las otras. La posibilidad de que los Tribunales penales resuelvan acciones puramente civiles, decidiendo el resarcimiento del daño al mismo tiempo que la responsabilidad penal se debe a una razonable economía procesal y a la indudable ventaja que ello supone para la víctima. La doble regulación, según esta opinión, no significa que existan dos pretensiones distintas cada una con su propio régimen jurídico. No estaríamos ante un concurso de pretensiones, sino ante un concurso de normas reguladoras de única pretensión.

Esta opinión conduce a resolver coherentemente algunos problemas que suscita la doble regulación.

— En materia de prescripción es obvio que no cabe aprobar la solución aceptada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la que la responsabilidad civil nacida de delito prescribe a los 15 años y la responsabilidad civil derivada de ilícito civil al año. La prescripción debe ser la misma, porque la pretensión es la misma, por ello debería ser la de un año, aunque en

efecto este plazo debería ampliarse. El Proyecto mantiene la solución jurisprudencial con lo que aquí consagra la tesis de la dualidad de pretensiones y una diferencia enorme entre ambas prescripciones.

— Las discordancias y lagunas entre ambas regulaciones deben ser armonizadas y llenadas para alcanzar una decisión teniendo en consideración ambos conjuntos de normas. El caso más llamativo hoy es el de la responsabilidad de los padres por los hechos de los menores de 18 años pero mayores de 16 (V. Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid 1992, págs. 79 y ss). Conforme al Código Penal vigente responden los mismos menores, porque son responsables criminalmente (art. 19), y no sus padres. Conforme al art. 1.903-II los padres responden por los daños causados por sus hijos menores de 18 años. La jurisprudencia civil ha rechazado la pretensión de indemnización contra el padre en caso de existir condena penal del hijo, porque entiende que los preceptos aplicables son los del Código Penal que no establecen la responsabilidad del padre y no puede aplicarse el art. 1.903-II, (STS 9-11-61 y 10-XI-82, en contra STS 11-X-90).

— Desde esta tesis de la existencia de una única pretensión, no existe el problema que surge, desde la otra, en casos de extinción de la responsabilidad penal por muerte del reo, amnistía, indulto, prescripción del delito, rebeldía, enajenación sobrevenida. En estos supuestos se cuestiona si el Tribunal civil, a falta de condena penal, debe entender que no se trata de responsabilidad civil nacida del delito (y el plazo de prescripción es de 1 año) o si, al único efecto de la responsabilidad civil, debe declarar que el hecho fue un delito y aplicar el plazo de 15 años. Desde la tesis de la pluralidad de pretensiones este problema es de muy difícil solución y por ello la Jurisprudencia está dividida.

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal no resuelve tampoco este problema. Es claro que el mantenimiento de la doble regulación en el Código Civil y en el Código Penal perpetuará las dificultades y afianzará la errónea creencia de que existen dos responsabilidades civiles distintas según que la conducta dañosa sea o no constitutiva de delito.

En esta materia hay que distinguir varias cuestiones: 1) Las normas sustantivas que regulan la responsabilidad civil deben ser las mismas; 2) Las vías procesales para exigir la responsabilidad civil pueden seguir siendo dos; 3) La función que pueda cumplir la responsabilidad civil en el Derecho penal no desnaturaliza su carácter civil

Es necesario separar la cuestión procesal de la sustantiva y al mismo tiempo deslindar las funciones que pueda cumplir la reparación del daño desde el punto de vista penal.

Es una cuestión importante desde el punto de vista penal la trascendencia que deba otorgarse a la reparación del daño. Éste es un tema relacionado desde luego con la responsabilidad civil y muy especialmente con su función, pero admite un tratamiento desde el Derecho penal que no tiene que interferir las normas del Derecho civil. La unidad sustancial de la responsabilidad civil no se ve afectada por esa perspectiva de la reparación como una tercera vía en el ámbito del Derecho penal, como pretenden algunos penalistas.

Otra cuestión es si el proceso penal debe mantenerse como cauce para obtener en él satisfacción a la pretensión derivada de la responsabilidad civil. Esta posibilidad no está en cuestión en el Proyecto y sobre ella puede estarse de acuerdo, sin perjuicio de observar la necesidad de evitar algunas consecuencias desventajosas que en la actualidad se producen, a saber: 1) El incremento de las reclamaciones por la vía penal para obtener la reparación del daño con la consecuencia de que se fuerce la condena penal del causante del daño casi con el único fin de dar satisfacción a la pretensión de reparación del daño en ese mismo procedimiento. 2) La inconveniencia de que la competencia judicial y las posibilidades de recursos se determinen por las reglas del proceso penal cuando las cuantías de las indemnizaciones civiles sean muy elevadas con la consiguiente desigualdad respecto de otros asuntos civiles. 3) La oscuridad existente en cuanto a si la acción civil ha quedado o no agotada en la vía penal con indudable trascendencia para la víctima a la que quizás no se le explica adecuadamente la necesidad de reservarse la acción civil para que no se entienda ejercitada.

Estas y otras observaciones en puridad no hacen mella en el Proyecto de un modo directo, porque se trata de cuestiones a resolver en la Ley de Enjuiciamiento criminal. No obstante el Proyecto conduce a consagrar la idea de la existencia de dos pretensiones diversas, lo que tiene gran trascendencia procesal. Con todo no hay que entender que los problemas quedan resueltos por esta opción.

Uno de los puntos cruciales de la actual doble regulación continuará oscuro: el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida de delito es de quince años según la jurisprudencia y así lo establece el Proyecto (art. 129), pero cuando por diferentes razones no hay condena penal (muerte del procesado, indulto, amnistía, etc.) no es claro qué plazo de prescripción sea aplicable: si el citado de quince años o el de un año (art. 1.968- 1º Código Civil). La discrepancia es tan radical que por sí sola prueba lo absurdo de la dualidad legislativa. Como ha observado con razón F. Pantaleón, en este caso, al no existir condena penal, no debería dudarse de la aplicación del plazo de un año, pero el afán de proteger a la víctima y la

diferencia tan drástica con el otro plazo provocan la vacilación jurisprudencial. Éste es un tema que no resuelve el Proyecto, sino que consolida los términos en que se plantea.

Otros puntos en los que la dualidad produce hoy problemas son: la responsabilidad de los menores y la de sus padres y tutores, la carga de la prueba de la culpa de estas personas, y la responsabilidad por los dependientes.

### **III. LAS RAZONES DEL PROYECTO PARA MANTENER LA DUALIDAD LEGISLATIVA**

La Exposición de Motivos del Proyecto justifica el mantenimiento de la duplicidad de regulaciones de manera poco convincente. En realidad es imposible justificar la existencia de diversas normas para regular el mismo fenómeno jurídico como es la responsabilidad civil por los daños causados.

Según la Exposición de Motivos: “La responsabilidad civil que nace de los delitos genera problemas especiales, tanto por su origen como por la fijación de su contenido y de la persona obligada a asumirla que la diferencian de las restantes obligaciones. Siendo así es evidente que sin perjuicio de su esencial naturaleza civil, exige reglas particulares que, como es sabido, el Código Civil (aquí seguramente por una errata se ha omitido un **no**) ofrece. Este dato, por sí solo, ha explicado la tradicional regulación en sede penal de los problemas relativos a la responsabilidad “ex delicto”. A ello debe añadirse que, en los sistemas penales contemporáneos, la reparación civil del daño o del dolor causados no es únicamente un resarcimiento material, sino que se integra en el conjunto de la reacción penal y por lo tanto resulta oportuna su regulación conjunta con el sistema de penas, sin perjuicio de preservar la naturaleza civil substancial de la misma”. Después se refiere a la vetustez de la actual regulación de la responsabilidad civil y a su insuficiencia e inadecuación “para atender a las necesidades de sociedades anónimas, coberturas aseguradoras, intervención del Estado o de entes públicos en las más variadas situaciones, impone una renovación y ampliación de aquellas normas.”

Estas últimas razones pueden justificar una reforma de la responsabilidad civil, pero es obvio que no justifican la doble regulación en el Código Civil y en el Código Penal, y menos justifican su inclusión exclusiva en el Código Penal, sobre todo cuando alguna de las normas relacionadas con la intervención del Estado o entes públicos lo que determina en el Proyecto es más bien la remisión de su responsabilidad a la Administración (art. 122). Es decir, la nueva regulación en lo relativo a la responsabilidad del Estado es

negativa en la medida en que se remite a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa. Quizá en este punto la Exposición de Motivos dé una justificación paradójica que, sin embargo, resulta excesivamente expresiva. La frecuente intervención del Estado en procesos penales como responsable por los hechos de sus funcionarios exige una norma que excluya esa frecuente aparición y remita su responsabilidad a otras instancias más discretas y con principios diversos. La vinculación de la responsabilidad civil a la penal se corta, en este caso, para presumiblemente llevar el centro de gravedad del interés de la víctima fuera del proceso penal.

Las razones expuestas al principio para sostener la peculiaridad de la responsabilidad civil nacida del delito son éstas: a) origen; b) fijación del contenido; c) persona responsable. Consideración aparte merece la referencia a los sistemas contemporáneos en los que la reparación civil se integra en el conjunto de la reacción penal.

La apelación al origen de la responsabilidad civil como criterio para justificar la especialidad de la nacida de delito frente a la nacida de hechos no delictivos entraña seguramente una petición de principio, si no ha de ser considerado como algo obvio o irrelevante. Es una petición de principio, porque supone que la responsabilidad civil nace del delito, cuando es una verdad de clavo pasado que no nace responsabilidad civil si no hay daño, aunque exista delito. Por ello la afirmación debería corregirse para decir que la responsabilidad civil nace de delitos que causan daños, para inmediatamente llegar a la sencilla verdad: la responsabilidad civil nace del daño y no del delito. Desde esta afirmación la unidad de la responsabilidad civil se aclara por sí sola.

La segunda especialidad a la que se refiere la Exposición de Motivos es por la fijación del contenido, expresión con la que no es claro a qué se alude. En cualquier caso parece una consecuencia de las normas y por ello otra petición de principio. Si se trata de decir que la extensión de los daños indemnizables es diversa según que la responsabilidad nazca de dolo o de culpa o negligencia (art. 1.107), aparte de ser una norma de la responsabilidad contractual, es un criterio que no se corresponde con la distinción de que tratamos, porque hay delitos culposos y daños causados por dolo que pueden no estar tipificados como delitos. Si se quiere decir que la obligación nacida de la responsabilidad civil “ex delicto” debe tener un tratamiento diverso eso es precisamente lo que se discute.

Respecto de la persona obligada sólo cabe decir que es el causante del daño y respecto de los responsables civiles por hecho ajeno parece obvio que su responsabilidad debe ser la misma cualquiera que sea la calificación que merezca la conducta del hijo, pupilo, o dependiente del que deba responder.

#### IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CONSIDERADA COMO REACCIÓN PENAL

Mayor envidia pudiera tener la consideración de la reparación civil como integrante del conjunto de la reacción penal. Mas no se descubre en el Proyecto la incorporación de soluciones nuevas inspiradas en ideas semejantes al llamado Proyecto alternativo elaborado por un grupo de trabajo de penalistas alemanes, austríacos y suizos (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, publicado con este título por J. Baumann y otros, Munich 1992) que pretende integrar la reparación (*Wiedergutmachung*) en el conjunto de la reacción penal con consecuencias nuevas.

La reparación tiene en el Proyecto de Código Penal, si yo no me equivoco, transcendencia penal como atenuante (art. 20-5º semejante al art. 9-9º actual), como requisito para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 81-4º Proyecto) y también en la medida en que ha de satisfacerse con preferencia a la multa (art. 131 Proyecto). Ahora bien, estas ideas como la misma Exposición de Motivos reconoce, no alteran la naturaleza civil de la reparación, ni fundamentan una regulación dualista de la responsabilidad civil. La naturaleza civil de la responsabilidad civil es independiente de su utilización como arma civil contra delito (Santiago Mir.).

Quizá el problema de la relación entre el Derecho penal y la responsabilidad civil sea precisamente determinar hasta qué punto cada uno de ellos sirve al otro. En puridad parece que los planteamientos del Proyecto alternativo de la *Wiedergutmachung* (AE-WGM) sirven más a la responsabilidad civil que ésta al Derecho penal. Uno de los críticos de esta tendencia afirma que la responsabilidad civil como alternativa de la pena suprime la función preventiva general de ésta (Hirsch, ZStW 90, 536), porque las consecuencias del hecho delictivo corresponden a las que sin más resultan de la responsabilidad civil. A juicio de este autor: “La protección de las víctimas no sería mejorada, sino por el contrario, fuertemente empeorada”.

La esencia de la *Wiedergutmachung*, a diferencia de la pena, está en ser un camino autónomo y referido a la víctima para la restauración de la paz jurídica. Es la reparación de las consecuencias del delito por medio de una prestación voluntaria del delincuente (art. 1.1 del proyecto alternativo).

La meta del citado Proyecto alternativo (AEW) es la integración de la reparación (WGM) en el sistema de consecuencias jurídico-criminales. Esto presupone que se tenga clara la relación entre pena y reparación del daño (WGM). Para ello se formulan cinco preguntas:

— ¿Pertenece la reparación del daño a las funciones del Derecho penal?

— ¿En qué relación están la reparación del daño y los fines penales tradicionales de la retribución y de la prevención?

— ¿Puede integrarse la reparación del daño en el sistema existente de consecuencias jurídico-penales?

— ¿Qué nuevos aspectos puede aportar la reparación del daño?

— ¿Ha de considerarse la introducción de la idea de la reparación del daño en el Código Penal?

El grupo de trabajo del proyecto alternativo, en la búsqueda de soluciones estuvo preocupado de evitar prejuicios, especialmente la aceptación de una contraposición apodíctica entre el Derecho penal y el Derecho civil, y correlativamente entre daño a la víctima y lesión de bienes jurídicos. Esas contraposiciones no serían adecuadas a la realidad social, en la que, para establecer la paz jurídica, se deben considerar cinco perspectivas:

- El delito, para dar satisfacción a la justicia.
- La víctima, para satisfacer sus legítimos intereses.
- El delincuente, para evitar ulteriores delitos.
- La relación víctima-delincuente, para ordenar un conflicto.
- La colectividad, para mantener su confianza en el Ordenamiento jurídico.

Todos estos aspectos deben estar presentes en el sistema de la reacción jurídica de modo que en el enjuiciamiento del caso concreto puedan realizarse de conformidad a su diverso peso o importancia. El Proyecto alternativo quiere ante todo proporcionar un espacio más amplio a los hasta ahora descuidados intereses de la víctima, así como a las posibilidades de regulación del conflicto.

En el cuadro de las reacciones frente al delito, la *Wiedergutmachung* colmaría el ámbito vacío existente entre la renuncia a la reacción penal (*De minimis non curat Praetor*) y la pena. Contituiría un escalón intermedio en la sistemática de las consecuencias jurídicas. Antes que la imposición coactiva de responsabilidad, está la autónoma restauración de la paz jurídica mediante la asunción voluntaria de responsabilidad. Después del principio de subsidiariedad, la *Wiedergutmachung* precede a la pena allí donde la renuncia a la reacción penal no sea ya posible y la atribución coactiva de responsabilidad todavía no sea necesaria o sólo de modo debilitado. Este ámbito intermedio,

según demuestra la experiencia, es tan grande que el nuevo escalón intermedio conduce a una ulterior vía de reacción. El esquema de la estructura de las consecuencias jurídicas sería completado de este modo para obtener la restauración controlada y el aseguramiento de la paz jurídica:

1) Renuncia a la reacción jurídico-penal por ser el hecho soportable socialmente.

2) *Wiedergutmachung* (reparación del daño) como asunción voluntaria de responsabilidad.

3) Pena como imposición de responsabilidad.

4) Medidas de seguridad como eliminadoras de riesgo.

No me corresponde hacer el balance de los pros y de los contras de la inserción de la reparación del daño dentro de la reacción penal tal como pretende el llamado *ALTERNATIV-ENTWURF WIEDERGUTMACHUNG*, pero parece claro que si se intenta otorgar una función penal a la reparación del daño puede transformarse su naturaleza estrictamente civil, aunque se nos diga que no se trata de borrar las fronteras entre el Derecho civil y el penal, sino de la concurrencia fáctica de las pretensiones civiles con la regulación penal de un conflicto. Mas cuando se añade que el Derecho penal no puede renunciar al potencial preventivo general y especial de la reparación es claro que se puede llegar a otorgar a la responsabilidad civil una función diversa de la que resulta de su régimen actual.

En efecto la responsabilidad civil no tiene una función ni preventiva ni punitiva, como ha señalado con acierto F. Pantaleón en su comentario al art. 1.902. Dice este autor: “aquel a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño, puede sentirse tan castigado como aquel a quien se impone una multa o una pena preventiva; y la “amenaza” de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS 2ª 18-X-79). b) Es transmisible mortis causa a los herederos del responsable (art. 105.1 Código Penal (art. 128 del Proyecto). c) Es asegurable. d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte (STS 2ª 8-X-84). e) No existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable (STS 6-II-82) ni es materia reservada a Ley Orgánica (STS 2ª 28-X-86). También habría que señalar que dada su función resarcitoria no es aplicable la presunción de inocencia que establece el art. 24-2 CE (STS 28-IV-89).

## **V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO**

En este punto es necesario detenerse porque parece que el Proyecto quizá bajo la idea de la presunción de inocencia no contiene las reglas de presunción de culpa que existen en el art. 1.903 cuando se regula la responsabilidad por hecho ajeno, de los padres, tutores y empresarios.

Aunque la STC 1-IV-1982 aplicó la presunción al Derecho civil y alguna otra como 23-II-1984 y 8-III-1985 han afirmado que no se limita a las conductas presuntamente delictivas, sino que se refiere a cualquier resolución (administrativa o jurisdiccional) de la que derive un resultado sancionador o limitativo de derechos, la STC 22-II-1989 señala que de esa doctrina no puede deducirse la aplicación del mencionado derecho fundamental, sin más, a todos los procesos civiles y a la apreciación de la prueba en ellos, pues la extensión del mismo ámbito probatorio civil y en consecuencia la posibilidad de su enjuiciamiento en vía de amparo constitucional, sólo procede en supuestos excepcionales y tras ponderar las singularidades que en cada caso concurran.

El Proyecto resuelve una de las lagunas actuales del Código Penal respecto a la responsabilidad civil por los hechos de los menores. De acuerdo con la regulación vigente contenida en el Código Penal los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis responden civilmente. Sus padres o tutores no responden por ellos. La regulación penal es más desfavorable para las víctimas que la civil porque el art. 1.903 del Código Civil impone a los padres y tutores responsabilidad por los hechos de los menores de edad. Este punto es cubierto ahora por el Proyecto en su art. 121 al establecer la responsabilidad de los padres o tutores en defecto de la de sus hijos o pupilos que vivan en su compañía y sean responsables criminalmente.

No obstante, esta nueva norma mantiene dos importantes diferencias entre esta responsabilidad y la establecida en el Código Civil. En el Código Civil los padres o tutores tienen la carga de la prueba de su diligencia para eximirse de responsabilidad, mientras que el Proyecto exige que la víctima lo pruebe (se dice “siempre que hubiera por su parte culpa o negligencia” Vid. no obstante S. Díaz Alabart ADC 1987 p.801 n.14 bis).

Una importante diferencia respecto a la responsabilidad de los menores e incapacitados la introduce el art. 120-1ªII al establecer su responsabilidad en defecto de la de sus padres o tutores en la medida en que lo consideren equitativo los jueces y tribunales. Norma que parece inspirada en la solución del BGB. La equidad viene aquí a fundamentar la obligación de res-

ponder como la cuantía de la responsabilidad, aumentando de modo notable los factores a tener en cuenta para establecer dicha responsabilidad y su cuantía. Es una solución que se corresponde con la que establece el Anteproyecto de reforma de los arts. 1.902 y ss. del Código Civil.

El art. 119-II del Proyecto establece la responsabilidad civil de los aseguradores hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda. En este punto no queda claro si se podrá repetir contra todos los autores de los daños, los responsables subsidiarios e incluso contra aquellos menores e incapacitados que responden por razones de equidad. Parece claro que este último caso debe quedar fuera de la repetición de los aseguradores. Lo mismo me parece respecto de otros responsables subsidiarios.

En el supuesto del que actúa por miedo insuperable se le impone la responsabilidad subsidiaria sin permitir su moderación equitativa a diferencia de lo que prevé el Anteproyecto de reforma del Código Civil, lo que parece más razonable.

La responsabilidad de los empresarios está desglosada en varios supuestos. Por una parte se trata de los titulares de editoriales, revistas, periódicos, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares. Aquí no se alude a que intervenga culpa o negligencia por lo que parece una responsabilidad objetiva. De otra parte se menciona a las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio respecto de las que distingue dos tipos de responsabilidad por los delitos de sus empleados o dependientes, una por la consumación imprudente de un riesgo típico de la actividad que se le encomendó y otra cuando exista dolo en el delito o falta del empleado, supuesto en el que la responsabilidad del empresario exige negligencia en la vigilancia de las actividades, aptitudes o condiciones personales de sus empleados.

No se adivina la justificación de esta norma que exige negligencia del empresario cuando el delito es doloso y no la exige cuando es culposo. La regulación del Proyecto discrepa de la prevista en el Anteproyecto civil. Éste establece el riesgo de empresa como criterio general de imputación de responsabilidad en pie de igualdad con el criterio de la culpa. En ambos criterios hay delimitación de ámbitos de aplicación. El titular del establecimiento o empresa, actúe o no con ánimo de lucro, debe responder de todos los daños que sean realización de los riesgos típicos de su actividad, puesto que él es quien mejor puede administrarlos económicamente (EM Anteproyecto de reforma del Código Civil) quien dispone de mejor información sobre las con-

diciones generales del riesgo, lo que le permite, por un lado, tomar y ejecutar decisiones más eficientes en materia de prevención de daños y por otro, asegurarse con el menor coste. Aceptada con carácter general la responsabilidad por riesgo de empresa nada más lógico que configurar como un caso concreto de ella a la responsabilidad por hecho de los dependientes, superando la idea de responsabilidad por culpa “in eligendo o in vigilando”.

De otra parte la responsabilidad de las personas o entidades, públicas o privadas que sean titulares o de las que dependa un centro de enseñanza responden por los delitos o faltas en que hubieran incurrido los alumnos, menores de dieciocho años, durante los períodos en que dichos alumnos estén bajo control o vigilancia del profesorado del centro, si existiera negligencia en dicha vigilancia, lo que constituye también una diferencia con lo dispuesto en el art. 1.903-IV y V del Código Civil.

Es importante mencionar la introducción de la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos o faltas cometidos en la utilización de los mismos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas en beneficio del titular. Una norma semejante se contiene en el Anteproyecto civil si bien con diversa técnica: quien de manera no meramente ocasional esté en condiciones de decidir en interés propio sobre el tipo y forma de utilización y conservación de un vehículo de motor respondiera de los daños que sean realización de los riesgos típicos del vehículo. Con ello se cubre la necesidad de una norma de responsabilidad por riesgo no restringida a los daños cubiertos por el seguro obligatorio y se permite en los casos de personas autorizadas por los propietarios llegar sin dificultad a las soluciones que la Sala Primera del Tribunal Supremo sólo alcanzaba más allá de la letra del art. 1.903 CC y la Sala Segunda de la del art. 22 CP. La norma del Proyecto de Código Penal requiere *una utilización en beneficio del titular* que frustrara llenar la necesidad indicada. No se ve la necesidad de que la autorización haya de ser para uso en interés del titular. Parece estar presente en esa idea la de asignar la responsabilidad por el beneficio que reporta una actividad más que por la asunción del riesgo típico.

En el régimen jurídico de la obligación de indemnizar además de la consagración del plazo de 15 años para la prescripción, llama la atención la prohibición de compensar que introduce el art. 129-II. Esta prohibición resulta sumamente extraña y sin justificación en muchos casos. Parece razonable prohibir la compensación como medio de consolidar las consecuencias de un delito de realización arbitraria del propio derecho porque se produciría por esta vía lo que se quiere impedir, pero ir más allá carece de justificación.

Si el Proyecto de Código Penal mantiene la regulación de la responsabilidad civil mantendrá un estado de cosas cuya desaparición se reclama con razón desde hace mucho tiempo y consagrará una peculiaridad de nuestro Derecho que carece de justificación y crea graves problemas. Es tan clara la necesidad de reformar el Derecho de la responsabilidad civil como la de suprimir la dualidad legislativa existente, por ello y para terminar, quiero reiterar la aspiración de unidad de normas reguladoras de la responsabilidad civil, de coordinación de los trabajos legislativos de reforma en esta materia, porque sólo así pueden conseguirse soluciones coherentes que son imprescindibles para la realización constante de la justicia.

# LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA Y CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

**JOAN JOSEP QUERALT**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

## SUMARIO

- I. NECESIDAD, SENTIDO Y ALCANCE LA REFORMA DE  
LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD  
FÍSICA Y MENTAL.
- II. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE.
  - A) Delitos suprimidos.
  - B) Delitos subsistentes.
    - a) Homicidio.
      - aa) Homicidio doloso.
      - ab) Penalidad.
      - ac) Homicidio imprudente.
      - ad) Penalidad.

- b) Asesinato.
  - ba) Nueva formulación típica.
  - bb) Penalidad.
- c) Inducción y auxilio al suicidio.
  - ca) Formulaci3n típica.
  - cb) Penalidad.
  - cc) La eutanasia.

### III. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA NO DEPENDIENTE.

- A) Delitos suprimidos.
- B) Delitos subsistentes.
  - a) Modalidades típicas.
    - aa) Tipos relativos a la gestante: penalidad.
    - ab) Tipos relativos a terceros.
    - ac) Penalidad.
- C) El aborto imprudente.
- D) Las causas de impunidad.
  - a) Sistema de indicaciones.
  - b) Innovaciones.

### IV. DELITOS DE LESIONES: UNA NUEVA FORMULACI3N.

- A) Delitos suprimidos.
- B) Delitos subsistentes.
  - a) Innovaciones típicas.
  - b) Las mutilaciones.
  - c) Las lesiones stricto sensu.
  - d) Nueva clasificaci3n.
  - e) Penalidades.
- C) Nuevos delitos.
  - a) Variantes.
  - b) Penalidades.
- D) El consentimiento.
- E) Las lesiones imprudentes<sup>(1)</sup>.

(1) La novedad que introduce el PCP en materia de protecci3n de la vida humana por aspectos relativos a la manipulaci3n genética o embrionaria no pueden ser tratados aqu3. El alcance de estos nuevos tipos requiere un análisis propio y pormenorizado, lo cual desbordaría el marco de las líneas que siguen.

## **I. NECESIDAD, SENTIDO Y ALCANCE DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL**

El PCP da comienzo a la Parte Especial, precisamente, con los delitos tradicionalmente denominados contra la vida y la integridad física y mental. Este encabezamiento de la porción que el texto punitivo dedica a cada una de las infracciones penales en sí mismas consideradas suponen un giro copernicano en la sistemática de nuestro texto criminal básico.

Ciertamente, se han alzado voces <sup>(2)</sup> contra la sistemática actual por entender que encabezar la Parte Especial con los delitos contra el Estado, lato sensu entendido, es impropio de la sensibilidad social y política de nuestros días. El legislador, prelegislador más correctamente, se ha hecho eco de este estado de opinión y ha enfatizado este cambio.

Dejando de lado los no pocos problemas prácticos que ponen patas arriba un Código centenario como el nuestro supone <sup>(3)</sup>, la afirmación que se efectúa en la Exposición de motivos del PCP no puede ser tenida como realmente seria, pues no se llega a producir vuelco alguno en el área de la protección penal de la vida. Estamos en presencia de supuesto paradigmático de legislación simbólica, puesto que el único efecto plausible de la reforma, en líneas generales, no es el reforzamiento real de la protección de la vida humana, sino la apariencia de que tal cambio se ha producido.

Tres argumentos de diversa índole me llevan a sustentar tan radical opinión y a censurar, por tanto, en este aspecto, el PCP. Considero, de una parte, que la regulación de la imprudencia y de la responsabilidad civil contenida en el PCP, y, de otra, la actuación diaria de algunos poderes públicos perturbando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los justiciables son pruebas palpables del auténtico espíritu que anima al PCP.

Si observamos la regulación propuesta de la imprudencia veremos que sólo el homicidio imprudente grave es delito (art. 148. 1. PCP); el homicidio imprudente leve es falta (art. 600. 2. PCP), que además, sólo será perseguible de mediar previa denuncia del ofendido <sup>(4)</sup>. Para más inri nos encontramos con que el PCP no contiene referencia alguna a si la negligencia o impericia profesional es equiparable a la imprudencia grave, trasunto, al parecer, de la clásica imprudencia temeraria.

(2) Vid., por ejemplo, QUINTANO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I/1º, 1972 — ed. a cargo E. GIMBERNAT —, págs. 14 ss., 25 ss.

(3) Cfr. QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, 1992, pág. VIII.

(4) Sobre la problemática de que la falta de homicidio imprudente pueda ser proseguido sólo si media denuncia del ofendido vid. infra B) ac).

Así las cosas, pudiera muy bien resultar que la mayor parte de las imprudencias en materia de homicidio quedan relegadas a falta, lo que, en no pocas ocasiones acarrearía, mediando compensación económica o no, la impunidad<sup>(5)</sup>. Una impunidad tan amplia en materia de delitos contra la vida casa mal con el declarado propósito del prelegislador de proteger jurídicamente penalmente con la amplitud que se merece dicho bien jurídico.

En segundo lugar, nos encontramos con la regulación de la *responsabilidad civil* cuando el obligado al pago de la misma es un ente público. La vida y la impericia de determinados agentes públicos van de la mano en no pocos casos. Rememoremos aquí sólo dos haces de supuestos: los disparos policiales y las impericias médicas. Pues bien: cuando el sujeto pasivo o sus causahabientes dispongan de una sentencia penal favorable, ésta sólo podrá hacer referencia al aspecto penal. Tratándose el obligado al pago subsidiario —o directo— un ente público<sup>(6)</sup>, el Tribunal penal deberá abstenerse de todo procedimiento (art. 122 II PCP), y el interesado, de querer resarcirse económicamente por la pérdida de un bien como la vida o la integridad física, tendrá que acudir a un procedimiento administrativo, primero, y casi con certeza contencioso-administrativo, después. Tal sistema llevado al terreno de la protección jurídico-penal de la vida e integridad física, que, a no dudar, uno paradigmático, no deja de ser curioso.

Y no vale argumentar diciendo que la responsabilidad civil es una institución de carácter privado y no jurídico-penal. Ello supone *confundir* dos cuestiones diversas; por un lado, la naturaleza jurídica del instituto, que es civil<sup>(7)</sup>, y otra muy distinta, cual es la funcionalidad político-criminal del instituto y su clara vertiente de protección específica de la víctima, de sus allegados y de los demás perjudicados por el delito.

Finalmente, para proteger jurídicamente penalmente la integridad física de las personas no basta con una alteración simbólica en la sistemática positiva.

- 
- (5) Piénsese que si el proceso penal se inicia por falta, el período de prescripción de estas infracciones es relativamente corto (ahora dos meses; en el futuro, quizás, seis —art. 137. 3. PCP—); en consecuencia, si el hecho inicialmente denunciado se presenta como falta, la posibilidad de protección jurídico-material de la víctima es mínima y puede tener cierta relevancia criminológica.
  - (6) Estado, Comunidad Autónoma, Municipio y demás entes públicos reza el art. 122 II PCP. Entre estos entes públicos se encuentran los organismos autónomos (INSALUD —para las actuaciones facultativas—, los Colegios profesionales —por el visado de servicios, p. ej.—, Consejo de Seguridad Nuclear,...). No menos interés tiene saber si “ente público” vendrá determinado por el giro jurídico o por su adscripción administrativa o por la titularidad de su propiedad; así, los casos de RENFE o RTVE —y sus homólogas autonómicas—; piénsese en un accidente ferroviario o en una condena por intromisión en la intimidad con ocasión de la difusión de un programa emitido por una cadena pública de radio y/o televisión.
  - (7) Vid., por todos, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, págs. 28 ss.; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 1990, págs. 14 ss.

Hace falta algo más: y ese algo no es más que una tutela judicial que, cumpliendo a pies juntillas el programa constitucional, sea realmente efectiva. Y no podrá ser realmente efectiva tal tutela judicial si, por más celeridad que intenten imprimir los órganos judiciales a las causas penales en las que se enjuicia una lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de los ciudadanos, el Ministerio Fiscal, que depende en no poca medida del Poder Ejecutivo no cumple taxativamente con las funciones para las que está diseñado constitucionalmente; entre otras “promover la acción de la justicia” (art. 124. 1. CE), aun cuando los acusados sean funcionarios públicos o el responsable civil sea un ente público. Igual recriminación ha de hacerse a la actuación del Abogado del Estado cuando, en un torticero entendimiento del derecho a la tutela judicial de un ente público, dilata el cumplimiento de una sentencia mediante la interposición de recursos a los que es más que dudoso que tenga derecho constitucional<sup>(8)</sup>. Que un ente público, alegando tal discutible derecho fundamental a la tutela judicial, deje sin efecto el derecho a la tutela de un ciudadano —sujeto cabal de los derechos públicos fundamentales— es algo más que sorprendente<sup>(9)</sup>. Erradicar esta posibilidad sería mucho más efectivo para la vida —y otros no menos relevantes derechos, fundamentales o no— que el cambio situacional de los preceptos.

Desde esta perspectiva, pues, no es extraño que el cambio posicional de los delitos contra la vida e integridad física y mental, encabezando la Parte Especial, no se considere más que un esfuerzo simbólico y sin alcance real, pues ello no supondría eliminar trabas reales en su protección, sino que dichas trabas se agigantan con el PCP.

(8) El derecho constitucional, de acuerdo al art. 6. 3 CEDH y art. 14. 5 PIDCP, a una doble instancia lo es sólo para el condenado criminalmente; y el responsable civil no lo es. Por lo tanto, no existe ningún obstáculo en privar a los entes públicos de esa revisión de la condena civil, máxime cuando no afianzan su cumplimiento ni se acepta su ejecución provisional; cfr., por todas y con toda claridad STC 37/1988, f. j. 7.

(9) Ello es mucho más grave cuando, tratándose por ejemplo de un homicidio frustrado en la persona de un recluso, la Abogacía del Estado acepta ante la Audiencia —obligado por la doctrina jurisprudencial más reciente —SSTS 20.10 y 26.12.1989, 23.1.1990, entre otras— el pago de ciertas indemnizaciones y, al formular el recurso de casación a la vista de la indemnización a la que ha sido condenada la Administración pública —condena de todo punto racional, dicho sea de pasada: indemnización al recluso y a su familia por el daño sufrido, más una serie de pensiones vitalicias por el estado de coma en que se encuentra irremediamente sumido aquél—, abandona su posición inicial y niega cualquier derecho reparador a la víctima. Lógicamente, aparte de inadmitirse el citado recurso —ATS 28.7.1993—, se afirma que nadie puede ir contra sus propios actos —f. j. 1—.

## II. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

En lo esencial, la reforma pivota sobre los mismos delitos que hasta la fecha: homicidio, asesinato e inducción y auxilio al suicidio. Ahora bien, el tono dado fundamentalmente a esta última figura permite adivinar, como veremos, un enfoque *político*-criminal radicalmente distinto del legislador en materia de delitos contra la vida que el sostenido hasta ahora.

No obstante, antes de entrar a analizar las modificaciones producidas o, mejor dicho, planeadas, veamos cuáles han sido los delitos que desaparecen y qué sentido cabe dar a tal desaparición.

### A) Delitos suprimidos

Abandonado ya el homicidio en riña tumultuaria por la reforma practicada por la LO 3/1989, atendidas por fin razones de sobra conocidas relativas a la presunción de inocencia, el PCP plantea expulsar del acervo penal tanto el parricidio como el infanticidio. Ambas supresiones merecen, desde mi punto de vista, aplauso.

Por lo que respecta al *parricidio*, y aunque pudiera sonar a perogrullo, la supresión de figuras penales ha de ser siempre bien recibida, si, como dice también la Exposición de Motivos, nos hallamos ante un movimiento despenalizador. En segundo lugar, existe una fundamentación sociológica, o, si se quiere, ideológica: la sociedad ha dejado de ser patriarcal, por un lado, y, por otro, tiende al igualitarismo. En este contexto no es de extrañar que la figura del parricidio, ajena, además, al Derecho comparado, resultara un anacronismo; máxime, después de haber perdido tras la reforma de 1983 el honor de ser la figura más grave del CP<sup>(10)</sup>, lo que ha sido absurda fuente de no pocos problemas<sup>(11)</sup>.

Por lo tanto, sin entrar ahora en la polémica de si el delito de parricidio es un delito autónomo o no<sup>(12)</sup>, no cabe duda de que, manteniéndose en lo esencial el sistema peculiar español de circunstancias atenuantes y agravan-

(10) Sin que se sepa bien por qué, en 1983 se incrementó la pena del asesinato, convirtiéndolo en el delito más grave. Tradicionalmente, pese a la identidad de penas, dado que el parricidio abría el título de delitos contra la vida, y dado que el legislador abre los títulos con el delito más grave, se tenía al parricidio por el delito más grave contra la vida.

(11) Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La relación concursal parricidio-asesinato después de la reforma de 1983*, en *La Ley*, 1983; CARBONELL, *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?*, en *ADPCP*, 1986; MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, en *Homenaje a Fernández Albor*, 1989.

(12) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 1991, pág. 52.

tes, matar a ascendientes y descendientes en primer grado continuará siendo más grave que matar a un tercero, pero, como en la actualidad, menos grave que si se le hubiera asesinado. Ahora bien, si concurren, además del parentesco (art. 22 PCP), alguna de las circunstancias del asesinato, procederá la aplicación de esta figura con la citada circunstancia mixta; de este modo, el actual problema concursal existente entre parricidio y asesinato desaparece.

E igualmente desaparece buena parte de la problemática relativa a la coautoría y participación del extraneus en el parricidio. Si el PCP se convierte en Derecho positivo, sólo podrá apreciarse la agravación de la mentada circunstancia mixta en aquellos sujetos en quienes concurra. Así es: ello viene impuesto por el futurible art. 62. 1 PCP, trasunto literal del art. 60 I CP aún vigente.

Por lo que hace relación al *infanticidio* su supresión, como justifica la Exposición de Motivos, era aún más necesaria. En efecto, reconducido el honor —y la honra, versión sexual de ése<sup>(13)</sup>— a un terreno menos virulento, la permisividad en las relaciones sexuales y la existencia, si bien aún cicatera y restringida, de causas de impunidad en el aborto, el infanticidio<sup>(14)</sup> debía pasar a mejor vida. Ello ha de ser así, si, además tenemos en cuenta que los abuelos maternos, sin consentimiento de la madre podían dar muerte al bebé y beneficiarse de la misma reducción punitiva que aquélla, aun sin mediar su indicación o consentimiento. El intento del Código republicano de ampliar el ámbito de lo punible, trocando la expresión “hijo que no haya cumplido tres días” por “recién nacido” no fue, allá en 1932, secundado por la jurisprudencia y la doctrina se ha mostrado muy crítica respecto de esta figura<sup>(15)</sup>. En fin, el delito de infanticidio concebido como privilegiado parricidio resulta incabable con la protección del ser vivo que debe brindarle el Estado social y democrático de Derecho; si existen problemas personales en la madre, éstos deben ser resueltos antes del nacimiento, ya sea mediante la adecuada utilización y facilitamiento de métodos anticonceptivos, ya sea acudiendo, cuando sea legalmente posible, al aborto. Únicamente cometido, si el PCP se convierte en Derecho positivo, un asesinato, caso de dar muerte al recién nacido, cabría aplicar las reglas generales de la disminución de la imputabilidad —y correlativamente de la penalidad— si se entiende alterada, a la vista de las circunstancias del caso, la norma motivabilidad de la autora. Dejar jugar libremente las reglas generales, que para eso son generales, es mejor que la

(13) Vid. la acertada STS de 9.3.1989; cfr., igualmente, COBO/CARBONELL en VIVES (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 1990, págs. 528 ss.

(14) La Exposición de motivos califica al infanticidio de asesinato, lo cual, ciertamente, en cuanto a su parte ejecutiva no es descabellado; sin embargo, se trata, como es obvio, de un parricidio privilegiado.

(15) Por todos, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal cit.*, 1991, pág. 56.

previsión, como sucede en ocasiones en el Derecho comparado y que el Proyecto de 1980 efectuaba, de una figura de infanticidio atenuado por el puerperio.

## B) Delitos subsistentes

### a) *Homicidio*

#### aa) *Homicidio doloso (art. 144)*

Comparando las dicciones del aún vigente art. 407 CP y propuesto, las diferencias estriban en una modificación meramente estilística y en la pena.

Por lo que hace referencia al cambio de términos empleados en la confección del tipo, ha de señalarse que ninguna precisión nueva se gana. Trocar “como homicida” por “reo de homicidio” tiene sentido únicamente si se considera que la expresión secular de nuestro código contenía una alusión al autor y no al hecho, es decir, que era, acaso, una muestra de Derecho penal de autor. Mantener esto con la sola ayuda de un pasaje supone un empeño vano, pues muy otros y más graves son los problemas de la legislación y la política criminales. Más bien ha de tomarse esta expresión —y la que se propone— como un prurito estilístico del legislador, sin trascendencia alguna que pretenda, además, dotar de nomen iuris a un delito de sobras conocido<sup>(16)</sup>.

#### ab) *Penalidad*

Más significativa resulta la aparente rebaja en materia de *punición*<sup>(17)</sup>. En efecto, la pena prevista, prisión de 10 a 15 años, es inferior en un 20% a la actual de 12 a 20 años. Sin embargo, y esto lógicamente es de general aplicación a todos los delitos, dado que *desaparece la redención de penas* por el trabajo, el actual art. 100 CP, la penalidad, *de hecho se ve incrementada*.

Este *incremento real* resulta *criticable*<sup>(18)</sup>, pues denota una política criminal conservadora: la represión es el instrumento principal de acción estatal sobre la criminal y sus causas. Este neoconservadurismo penal es del mayor interés, puesto que endurece la posición del Estado respecto al delincuente, propiciándose de este modo un más intenso y acelerado proceso de marginalización social. Este proceso resulta a todas luces preocupante.

(16) Este esfuerzo denominador no se da en la inmensa mayoría de infracciones, siendo la doctrina y la jurisprudencia, de la mano de la Historia, quienes, por lo general, bautizan las diversas infracciones.

(17) De acuerdo al art. 78. 4. PCP. de causar una sola acción varios delitos de homicidio o asesinato, se penará cada uno por separado. Aunque el PCP no lo diga, se entiende que con el límite del art. 77 PCP.

(18) Sin embargo, el art. 94 PCP permite entender que fuera de los casos de terrorismo, rebeldes o bandoleros, pueden aplicarse ciertos beneficios teniendo en cuenta la pena no totalmente impuesta sino la realmente extinguida.

Cierto es que las reducciones de pena, al igual que los indultos, se prevén cuando el legislador es consciente de la injusticia, o cuando menos inconveniencia, de castigar un hecho o de castigarlo con la pena que lo hace. Desahacerse de dichos mecanismos significa la confianza del legislador en sus propias decisiones valorativas, es decir, en la justeza de las previsiones típicas y punitivas.

Centrando estas consideraciones en nuestro tema resulta que los hechos que se cometan tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal sufrirán, en la práctica mayor castigo que en la actualidad, en la que, como mínimo, la reducción nominal de la pena impuesta es de un 30%. Efecto directo de esta política de endurecimiento será el incremento de la población penitenciaria, salvo que se recurra a las alternativas legales al ingreso en prisión, más generosas en el PCP que en el CP vigente. Otra alternativa, indeseable desde todo punto de vista por quedar sustraída a todo control y ser constitucionalmente dudosa, es la de recurrir al indulto particular, tal como, yendo más allá de lo previsto en el aún vigente art. 2.2, establece el proyectado art. 1.3.

En consecuencia, la pena del homicidio no ha sufrido una disminución, sino que, a la vista de las posibilidades reales de ejecución puede afirmarse que se ha incrementado respecto a la situación real actual.

ac) *Homicidio imprudente (arts. 148, 600. 2)*

Como es sabido, todos los proyectos desde 1980 han pretendido acabar con el sistema tradicional de incriminación abierta de la imprudencia. No vamos a entrar aquí en polémica, aunque, sin duda, pese a la plasticidad del sistema aún vigente, el propuesto, de ser diseñado con atención, será político-criminalmente satisfactorio y, sin duda, más atento con el principio de legalidad.

Dicho esto, no parece que pueda cuestionarse que el homicidio es una de las infracciones en que parece ineludible construir un tipo o tipos imprudentes. Lo que llama la atención es el hecho de que aplicando al homicidio el nuevo planteamiento del delito culposo, obtenemos unas tipificaciones, que, como mínimo, cabe calificar de sorprendentes.

En efecto, dado que el PCP sólo conoce dos clases de imprudencia<sup>(19)</sup>, la grave y la leve, la primera es constitutiva de delito y la segunda de falta. Con lo que tenemos una falta de homicidio imprudente leve (art. 600. 2 PCP). Este diseño legal, al menos en lo que a nuestro concreto tema concierne resulta más que problemático. Y ello por varias razones, unas de índole general y otras de índole específica del delito de homicidio; así:

(19) La tabla de adecuaciones de las actuales modalidades de imprudencia en relación con las creadas en el PCP no se contempla en las prolijas disposiciones transitorias de éste.

I) nada dice el PCP que haya que entender por imprudencia grave o leve;

II) nada hay en el PCP que obligue a considerar la imprudencia temeraria actual como la grave futura;

III) nada hay en el PCP que obligue a considerar la negligencia o impericia profesionales, hasta ahora generalmente equiparadas a la imprudencia temeraria, a la imprudencia grave en el PCP;

IV) resulta difícilmente aceptable que una destrucción de la vida, siquiera imprudente, sea merecedora sólo de ser inhibida mediante una pena mínima y aun sujeta a denuncia previa del ofendido.

Repasamos, aunque someramente, las precedentes consideraciones. Así, para:

I) La indefinición que genera el que la imprudencia pueda ser entendida como grave o leve sin mencionar criterios legales que lo hagan hacedero, supone desperdiciar la ocasión que la Exposición de Motivos dice haber aprovechado para asegurar el *principio de legalidad*. En efecto, si, entre otras cosas<sup>(20)</sup>, la alteración radical de la imprudencia obedece a preservar el principio de legalidad, mal puede entenderse éste preservado mediante la introducción de *cláusulas valorativas* que dejan a los operadores jurídicos inermes ante su propio arbitrio.

Ciertamente, la imprudencia puede ser grave tomando en consideración el grado de desatención de la norma de cuidado o a la vista de la lesión del bien jurídico. Sin embargo, esta dicotomía dista de ser tan tajante como parece ser entendida por cierto sector doctrinal<sup>(21)</sup>. En efecto, el hecho de hallarse el sujeto activo en una posición potencialmente peligrosa para un bien jurídico de importancia debe integrar necesariamente la valoración que se haga sobre el deber interno de cuidado y, por tanto, integra el grado de gravedad de la imprudencia. De esta suerte, el concatenado de objeciones efectuadas puede abordarse muy críticamente.

II) Huérfana la dicción prelegal de criterios, se corre el riesgo, por mor de buscar una pauta de seguridad jurídica, de equiparar la imprudencia temeraria a la grave y la simple a la leve; ello impediría matizar la existencia de otras modalidades de imprudencia, reconducibles a grandes rasgos a las dos típicas y reconocibles a la hora de medir la pena a imponer al hecho con-

(20) El principio de intervención mínima entre otras; vid. Exposición de motivos —*Boletín de Las Cortes Generales*, 23.9.1992—, págs. 4/II, 5/I.

(21) Vid. VIVES, en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, 1989, pág. 28.

creto. Si ello se admitiera, y admitiendo que la entidad del bien jurídico penalmente protegido ante el que el sujeto se halla debe ejercer una función de llamada, cuya desatención integra la gravedad de la imprudencia, podríamos castigar la muerte imprudente de un hombre siempre como homicidio imprudente, en grado mínimo si se quiere, puesto que no existe siempre y en todo caso temeridad —el grado sumo de la imprudencia, lo diga o no la Ley—. Pero ello se halla desmentido por el citado art. 600. 2 PCP, que, por primera vez, rompe con la oscuridad legal habitual<sup>(22)</sup>, y se hace referencia expresa a que la muerte por imprudencia simple de un ser humano constituye una falta sometida, además, a la *condición de perseguibilidad* que supone la *denuncia del ofendido*.

A diferencia de otros pasajes legales en que se hace referencia al “perjudicado”, aquí el pretexto, como se ha puesto ya de relieve anteriormente, siguiendo el art. 586 bis CP, sólo tiene presente al “ofendido”. En buena lógica, material y no meramente procesal, el ofendido es el titular del bien jurídico; una vez fallecido, tal titular desaparece. Dado que, por otro lado, la denuncia no está configurada en nuestro ordenamiento como un derecho subjetivo, la persecución de la falta imprudente de homicidio queda más que en el aire. El que el lesionado pueda perseguir a su lesionador y los deudos del fallecido sólo puedan instar una acción civil de responsabilidad contra el causante imprudente de la muerte de su familiar suena algo chusco. Es algo que, ciertamente, debería ser corregido, salvo que, orquestando una ceremonia de la confusión, hagamos decir a la ley lo que no dice y que sean una vez más los operadores jurídicos quienes, extravasando su función, colmen las deficiencias, de otro lado elementalmente evitables, que produce el prelegislador con más frecuencia de lo que la seriedad aconseja.

III) Particular importancia tiene, de otro lado, el que no figure mención alguna a la negligencia o impericia profesionales, toda vez que, como ya apunté más arriba, dos fuentes paradigmáticas entran aquí en juego: las actuaciones policiales y las médicas. Sólo una interpretación, que es una propuesta y no el cumplimiento de un inequívoco mandato legal, permitirá equiparar dichas modalidades de imprudencia a la imprudencia grave y, por tanto, permitirán castigar el homicidio imprudente como delito y no como falta. De no ser así, ello, además, podría verse agravado por la limitación en materia de perseguibilidad de la falta; o lo que es lo mismo: un entendimiento técnico-jurídico pulcro, que es, sobra decirlo, el siempre exigible, hará que la acción penal que quede a los perjudicados sea nula en materia de homicidio

(22) Las faltas vienen hablando en el Derecho vigente de “mal a las personas”; vid. GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, pág. 134.

imprudente, aunque éste sea por negligencia profesional. Si se califica de falta, estando ausente, por ser imposible su nacimiento, la denuncia del ofendido, sólo la acción civil por responsabilidad extracontractual será la puerta que permita el resarcimiento por la indebida pérdida del allegado<sup>(23)</sup>.

IV) Si la vida fuera el bien supremo y fundamental que la Exposición de motivos del PCP afirma enfáticamente, no podría darse ningún ataque contra la vida e integridad física y mental que fuere constitutivo de falta. Todos los ataques, dolosos e imprudentes a tan preciado y elemental bien jurídico, deberían ser castigados como delito. Así es en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Ello lleva a efectuar desde aquí una propuesta que se ha hecho desde otros foros: la *desaparición de las faltas* y, en todo caso, *no considerar nunca falta cualquier ataque contra los bienes personalísimos* de los ciudadanos.

El mantenimiento de las faltas atenta contra el principio de *última ratio* del Derecho penal, por un lado, y contra el principio de indemnidad de bienes jurídicos, por otro. Despenalizar, o lo que es lo mismo, reducir el Derecho penal a lo que en cada momento se consideren sus justos términos es un postulado ciertamente irrenunciable. Pero no es menos irrenunciable asegurar jurídico-penalmente la plena protección de ciertos bienes jurídicos, máxime cuando la jurídico-penal es la única que, por mor de la prevención general, puede desplegar efectos razonables.

#### ad) *Penalidad*

Por lo que respecta la *penalidad*<sup>(24)</sup> del homicidio imprudente grave, dejando de lado lo dicho ya sobre la aparente rebaja de las penas, la aquí prevista puede considerarse acertada y supone una rebaja del 50% respecto de la vigente. En cambio, la pena por falta de homicidio imprudente (pena de multa de uno a dos meses) parece más bien ridícula.

#### b) *Asesinato (arts. 145 y 146)*

Por un lado, el asesinato recibe una correcta simplificación y, por otro, experimenta una agravación específica.

#### ba) *Nueva formulación típica*

En efecto, las modalidades típicas sufren una drástica reducción. En primer término se hace desaparecer una redundancia, pues, en puridad, la

(23) Con ello, máxime en una materia como la vida, la protección de la víctima queda penalmente muy diluida.

(24) La previsión específica, relativa a la privación del permiso de conducir, contenida en el art. 148. 2 PCP resulta lógica.

actual múltiple circunstancia 3ª del art. 405, no representa más que modalidades de alevosía<sup>(25)</sup>.

La premeditación suponía, en el fondo, un castigo del fuero interno por mostrar una tendencia interna intensificada. Quien premedita no es más peligroso, sino que puede manifestar mayor perversidad, es decir, puede manifestar una tacha moral. Pero por una disposición moral no es lícito en el Derecho penal democrático del Estado social de Derecho imponer a alguien la pena del asesinato. Y todo ello sin entrar, por ejemplo, en las enormes dificultades reales de distinguir el dolo de la premeditación, cuando la ejecución del hecho requiere un plan medianamente minucioso. A ello se añade la no renuncia jurisprudencia a hacer compatible la premeditación con causas de semiimputabilidad<sup>(26)</sup>. En suma la supresión de este subjetivismo debe ser recibida con aplauso.

#### bb) *Penalidad*

La *penalidad* del asesinato merece un breve comentario. Por un lado, la penalidad básica baja del grado máximo de la reclusión mayor, es decir, de los veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años, a una pena sustancialmente inferior, al menos nominalmente: de quince a veinte años. Esta rebaja merece, por igual, aplauso, dado que supone una rebaja sustancial comparada la virtualidad imperante.

En cambio, no merece igual elogio el que, de concurrir dos elementos del asesinato, la pena se incremente por encima del marco típico (de veinte a veinticinco años). Se rompe el sistema aún vigente consistente en considerar la circunstancia no constitutiva de asesinato como una agravante genérica, con lo que la pena se imponía en grado medio o máximo, pero sin superar el citado marco típico.

#### c) *Inducción y auxilio al suicidio (art. 149)*

Los tres primeros apartados de este precepto contienen conductas análogas a las actuales contenidas en el art. 409 CP. Pero si bien las conductas punibles son igualmente tres, dos cuestiones llaman poderosamente la atención, la disminución general de las penas nominales con relación al Derecho aún vigente y la diferenciación de las coincidentes castigadas. Conductas por esta segunda cuestión, es decir, la relativa a la diferenciación de comportamientos.

(25) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal* cit., 1991, pág. 41.

(26) Cfr. QUINTANO, *Tratado* cit., I, 1972, págs. 310 ss.; QUERALT, *Derecho penal* cit., 1992, págs. 27 ss.

ca) *Formulación típica*

Por fortuna el prelegislador lleva a cabo una tarea elemental: distingue en la letra de la ley lo que es diferente en el mundo real. Así se distingue, de mayor a menor: el auxilio ejecutivo al suicidio, la inducción al suicidio y la complicidad en el suicidio. Y distingue porque atribuye tres penas diferentes, en lugar de las dos actuales.

Como en el Derecho vigente se distingue la penalidad entre el auxilio ejecutivo —que ahora, además, no se equipara al homicidio— y la inducción al mismo. Esta diferenciación ha de permitir que no se incluyan en el tipo de inducción comportamientos que no sean constitutivos de inducción, es decir, de la producción en el sujeto, por medios psicológicos directos, de la determinación de llevar a cabo la acción. Es más: argumentar contrariamente a esto e incluir, por ejemplo, la divulgación de las ideas relativas a la muerte digna o la creación de una asociación en tal dirección, a la vista de la regulación que de la buena muerte efectúa el último párrafo del art. 149, resultaría ahora, además, político-criminal absurdo. La inducción al suicidio tanto dogmática como político-criminalmente debe mantener en los términos de la inducción del actual art. 14, 2º CP o del futuro art. 25, 2º PCP.

La distinción decisiva que ha introducido el PCP estriba en la diferenciación que se efectúa entre la inducción y la cooperación. A diferencia del texto vigente, la cooperación aquí es una conducta secundaria y marginal. A la vista de tal consideración legal carece de mayor interés distinguir entre cooperación necesaria o mera complicidad; la razón estriba en la penalidad, ya muy degradada con relación al auxilio ejecutivo, que asigna el PCP a este haz de comportamientos.

Ha de añadirse una cuestión de no poco interés y que, en buena lógica, deberá cerrar una polémica: la de la cooperación por omisión. A la vista de que el PCP (art. 149. 2) exige que la cooperación se realice mediante *actos*, no me parece ya posible seguir, no ya incluyendo cooperación por omisión, sino, simplemente, hablar de esta cuestión. Se trata de una clara restricción de la materia de lo punible.

Y en conexión con la *restricción de la punibilidad* debe ponerse de relieve un punto significativo. Dado que en el PCP sólo son punibles los actos preparatorios cuando su punición está específicamente prevista, al no estarlo aquí, sólo podrá castigarse alguna de las figuras a las que aquí pasamos revista si se produce el delito consumado.

cb) *Penalidades*

El proyectado art. 149. 3 PCP, que contempla el auxilio ejecutivo al suicidio, *rompe con un tabú secular*: la equiparación de esta figura a la del

homicidio, equiparación que algunos creyeron era un privilegio, pues, en realidad, estaríamos ante un asesinato atenuado<sup>(27)</sup>.

Sin necesidad de entrar ahora en las profundidades morales y antropológicas del llamado homicidio-suicidio, lo cierto es que considerar que el auxilio ejecutivo al suicidio no debe tener ni tan siquiera la pena del homicidio, hace patente una concepción del hombre diversa a la judeo-cristiana que, por unas u otras razones, ha sido dominante en Occidente durante los últimos 20 siglos. El que el consentimiento o la petición del suicida para que un tercero lleve a cabo su muerte o participe directamente en la ejecución de la misma sea tenido en cuenta para modificar a la baja la pena tradicionalmente asignada a este delito no puede sino significar que se considera que el hombre es más dueño de su propia vida y que, por tanto, puede disponer de ella en mayor medida.

Y es más: la experiencia demuestra que la cooperación ejecutiva al suicidio, fuera de los casos de eutanasia, responde, en la inmensa mayoría de casos, a situaciones anímicas que, aunque alejadas de la enfermedad, entran en el campo de la patología de la desesperación y que quien da muerte a otro, a petición sería de éste, normalmente mediante un pacto de doble muerte, experimenta no poca desesperación por sobrevivir a tal pacto de sangre. Por ello, el legislador de un Estado social y democrático de Derecho, partiendo del pluralismo ideológico y cultural de la sociedad, hace bien en reconocer estas situaciones. Cosa distinta es el límite hasta donde la prudencia debe llevar la atenuación de la pena y la eventual despenalización, legal o judicial<sup>(28)</sup>.

A no dudarlo, éste es un aspecto tan novedoso como polémico, que generará controversias encendidas. Lo significativo es, desde mi punto de vista, que se ha iniciado una época en que el pluralismo también se reconoce en aquellos recovecos más íntimos del ser humano y pasan de estar penalizados, incluso gravemente penalizados, a verse con mucha mayor humanidad y comprensión, sin pretender imponer con la fuerza de la coacción estatal un determinado modo de ver y entender el mundo y al hombre mismo.

cc) *La eutanasia*

A no dudar, la previsión que contiene el último párrafo del art. 149 PCP levantará no pocas ampollas, por ahondarse un grado más en la ruptura del tabú que antes comentaba. Dicho lo que antecede sobre el reconocimien-

(27) Vid. QUINTANO, *Tratado* cit., 1972, págs. 382 ss.

(28) Piénsese en la aplicación de la eximente incompleta de trastorno mental y la posibilidad, en consecuencia, de remisión condicional de la pena, si tal atenuante se aprecia como muy cualificada.

to del pluralismo cultural e ideológico, no creo que deba añadirse nada más en tal sentido.

Procede, pues, únicamente, el análisis de este tipo, atenuando en relación con el auxilio ejecutivo al suicidio, en atención a una modalidad de disposición sobre la propia vida.

La *acción* típica prevista es la de poner fin directamente a la vida del doliente o bien cooperar activamente en el suicidio; estos conceptos ya nos son conocidos por haber sido previamente definidos en los apartados 3 y 2 del art. 149, por lo que a lo allí dicho hay que remitirse ahora. En todo caso, constituye un acierto no limitar los *sujetos activos* de este delito atenuando a los médicos u otro personal sanitario; el que puedan ser incluidos en este preciso título los parientes, familiares o allegados del doliente supone, a mi modo de ver, un claro acierto.

Por lo que respecta a la petición —lo que excluye el consentimiento, es decir, el conformarse con ser eliminado—, ésta ha de ser *expresa y seria*. Ello significa que, de una parte, tal petición sólo puede tener lugar o bien mediante una declaración previa a la situación al modo del denominado testamento vital —lo que genera algunas reticencias lógicas—, o bien ha de ser formulada en el caso concreto por el interesado. Ello *excluye* la *eutanasia directa* basada en un consentimiento presunto de la víctima; y, de igual modo, queda excluida la *eutanasia precoz*.

Estas restricciones, en principio, parecen acertadas; o lo que es lo mismo: lo que no pueda quedar cubierto bajo la impune *eutanasia pasiva o indirecta*, se verá sometido a pena. Así no prolongar inútilmente la vida de un sujeto, cuando el momento final está próximo, o ayudarle, aliviándole sus dolores, físicos o psíquicos, a dejar ésta, entra dentro de las prácticas médicas y pietistas socialmente aceptadas. Así, en estos contextos, el consentimiento expreso del sujeto no es, pues, imprescindible ante lo irreversible de la situación. En cambio, dar paso al acortamiento directo de la vida sin mediar petición expresa del interesado, puede resultar, hoy por hoy, más que cuestionable: simplemente resulta inadmisibile.

Además de la petición expresa, hace falta que ésta sea *seria*. Sobre qué sea serio o no, el texto, como suele ser habitual, no da pista alguna ni menos aún ofrece criterios para llegar a tal consideración. Desde mi punto de vista, la seriedad de la petición sólo puede venir dada por la situación de postración en la que sin remisión se halla sumido el que solicita se acabe, o se le ayude a acabar, con su vida. La constatación de esta situación no parece que haya de resultar difícil y, por tanto, no considero que haya que acudir a autorizaciones judiciales o a la de comités médicos o consultivos ad hoc. La falta

de esperanza de vida digna que se le ofrece al paciente, que contempla directamente su estado, es tal, que, precisamente, le lleva a adoptar la decisión de quitarse la vida; y, tan penosa es su situación, que para llevar a cabo su designio necesita el concurso más o menos pleno de un tercero. Es más: si no se hallara en tal situación, no sólo no requeriría tal concurso, sino que ni tan siquiera pensaría en quitarse la vida.

Finalmente, y antes de entrar en la penalidad, ha de subrayarse que la situación en que se halle el dolente puede ser tanto la del enfermo terminal como la del dolente no terminal, pero sumido en padecimientos que la hacen insostenible seguir viendo; algunos enfermos crónicos, totalmente impedidos, pero conscientes, pueden ser un ejemplo paradigmático y sobrecogedor.

En materia de *penalidad* es donde, con todo, reside mayor novedad. Las penas a imponer, de acuerdo con el art. 70. 2 PCP, podrán ser para los ejecutores de un año y seis meses a tres años y de tres a seis años; para los cooperadores, de seis meses a un año y de uno a dos años. Ello supone que para la inmensa mayoría de supuestos la pena de prisión podrá ser sustituida por multa o arresto fin de semana. De esta suerte, se diseña un área de semiimpunidad virtual. Esta situación, por el momento, puede ser un lenitivo para la introducción efectiva, y mejor regulada, de la impunidad radical de la eutanasia. Sólo desde esta perspectiva posibilista merece asentimiento esta modificación de la situación actual, aunque, como he intentado demostrar en otro lugar <sup>(29)</sup>, una argumentación jurídica con las normas constitucionales, permite llegar más allá que lo que ha llegado el prelegislador.

### III. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA NO DEPENDIENTE

El delito de aborto ha sufrido una modificación esencialmente formal, lo que ha supuesto una depuración técnica de los tipos y agravaciones específicas y comporta una nueva causa de impunidad, torturando aún más el sistema de indicaciones que tímidamente se acogió en 1985.

#### A) Delitos suprimidos

Del PCP desaparecen, siguiendo el orden sistemático y no el numérico, el aborto honoris causa (art. 414 CP), el delito cualificado por el resultado (art. 411, II CP), el tipo marginal de ejecución (art. 412 CP), los tipos marginales relativos, en lo esencial, a facilitar medios para el aborto (arts. 415 III y

(29) Vid. *mi Eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, en ADPCP (XLI-I), 1988, *passim*.

416). Estas supresiones de catálogo punitivo reducen la materia penal y conllevan una depuración sistemática de un capítulo tan complejo y sometido a tensiones como es el del aborto. Ahora la regulación es más transparente, aunque, como veremos, no está exenta de ciertas imprecisiones.

## **B) Delitos subsistentes**

### *aa) Tipos relativos a la gestante: penalidad*

La refundición de algunas figuras, como se ha expuesto, comporta, en primer lugar una sensible disminución, en cualquier caso, de la penalidad que recibe la mujer que realiza su aborto o consiente que un tercero se lo practique. Se trata de una reducción de pena real y efectiva. En efecto, la penalidad precitada es la de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. Esta disminución de la pena supone un cambio de actitud del legislador para con la mujer que se ve en el trance de practicarse o consentir en la práctica de un aborto. Se pondera, aun sin llegar a la despenalización, más la situación de la mujer que el bien que supone la *spes vitae* y, en consecuencia, se produce una reducción sensible del castigo.

Además, la materia de injusto queda disminuida al no establecer castigo de los actos preparatorios punibles, es decir, la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

### *ab) Tipos relativos a terceros*

Las conductas realizadas por terceros siguen, en lo esencial, la regulación vigente. Nos hallamos con dos grandes tipos: uno de participación (art. 151. 1 PCP) y otro de autoría (art. 150). Este último, empero, se ve atenuado con relación a la sistemática vigente, lo cual puede resultar discutible, si el consentimiento de la mujer ha sido obtenido mediante violencia, amenaza o engaño.

En cambio, supone una novedad de interés la sustitución del problemático precepto del art. 411 II por una nueva figura de incremento del riesgo. Así es: el art. 152 PCP establece un incremento de las penas, hasta su mitad superior, cuando se haya creado un riesgo grave para la embarazada a consecuencia de haber utilizado los medios que se han utilizado o por la forma imperita de actuación.

Esta regulación permite castigar la práctica de los abortos inidóneamente realizados, sean por causas objetivas o subjetivas, por la propia creación de un riesgo que, en todo caso, ha de ser grave. Si bien nada se dice sobre cómo haya que determinar la gravedad del riesgo, ésta ha de superar, en todo caso, el propio de este tipo de intervenciones de acuerdo a la *lex artis* y ha de estar ligado a la práctica inidónea del aborto.

Ahora, cuando tal riesgo se verifique y se cometa un homicidio o lesiones imprudentes —infracciones que pueden ser constitutivas sólo de falta—, la pena en muchas ocasiones no superará la que merezca el aborto inidóneo, a la vista del régimen de penalidad de esta modalidad delictiva y la del concurso ideal de delitos (art. 78. 2 PCP). Es más, de producirse un delito de lesiones dolosas o imprudentes al feto (arts. 165 s.), que supone un delito de aborto intentado, la pena a imponer será más grave, de mediar el riesgo típico que nos ocupa, que la de las lesiones ocasionadas a persona real. Esta consecuencia valorativa del prelegislador resulta más que discutible, pues supone una grave incorrección tanto dogmático como político criminal que debe ser urgentemente corregida.

ac) *Penalidades*

La penalidad genérica comprende ahora la pena privativa de libertad y una inhabilitación especial, que se aplica tanto al personal facultativo como al que no lo es. Esta pena supone, como siempre, un freno a la práctica de abortos en condiciones higiénicas bastantes y se fuerza la existencia de escenas de auténtico aquellarre.

Además, aun con menos crudeza que en la actualidad, se incrementa la pena igualmente en la mitad superior (art. 152. 2º. 1. PCP) en caso de habitualidad. Si, además, concurre precio, se añade una nueva pena: esta vez de multa de doce a dieciocho meses. Este encarnizamiento penal fuerza, lamentablemente como se ha reiterado en multitud de ocasiones, a incrementar el riesgo físico para la mujer al verse compelida a la marginalidad abortista.

**C) El aborto imprudente (154)**

Como ya hemos señalado antes ha desaparecido el insólito precepto que se contenía en el art. 412.

Ahora, por mor del castigo individualizado de la imprudencia, se castiga el aborto imprudente sólo en el tercero; o lo que es lo mismo: la mujer gestante queda excluida del ámbito punitivo. Lógicamente, como es tónica casi general en la tipificación de los delitos imprudentes, la imprudencia debe ser grave.

Además, la pena a imponer es de multa, en este caso de seis a veinticuatro meses, lo cual, desde una perspectiva más pluralista del delito de aborto resulta bienvenido.

**D) Las causas de impunidad (art. 153)****a) Sistema de indicaciones**

Como sabemos, en el sistema vigente, tras la reforma de 1985, se rige la impunidad en la interrupción voluntaria del embarazo por el denominado *sistema de las indicaciones*. Este sistema ya es suficientemente conocido y ha sido criticado por un amplio sector doctrinal, acaso mayoritario, por considerar preferible el sistema de los plazos.

Sea como fuere, el sistema vigente es el que es, y sobre el mismo existe un amplio consenso respecto a su insuficiencia. Por ello, de forma ciertamente insatisfactoria, el PCP amplía la impunidad e introduce —o amplía, según se mire— una nueva indicación en atención a la angustia que experimente la madre. Estamos en presencia, pues, de la indicación psicológica, si se me permite el calificativo.

Con todo, no es esta la única innovación, pues existen otras dos que pasamos, junto con la anterior, a analizar a continuación.

**b) Innovaciones**

aa) La primera innovación consiste en modificar en el último párrafo de la denominada indicación terapéutica la conjunción “y” por la “o”. En la redacción actual, en los supuestos de riesgo vital para la gestante, puede *prescindirse* tanto del dictamen médico como del consentimiento de la gestante; en cambio, en el *futuro* sólo podría *prescindirse* de uno de los dos, pero no de los dos. Esta conclusión no es forzosa, pero no es ajena a la letra del pretexto legal y, consecuentemente, cabe entender restringido, sin fundamento alguno, el aborto terapéutico en caso de necesidad. Restricción, por otro lado, innecesaria, a la vista de que el Tribunal Supremo<sup>(30)</sup> admite ahora la aplicación al aborto de las causas ordinarias de exención de la pena del art. 8 CP.

bb) La segunda innovación en orden de importancia, estriba en la ampliación del llamado aborto ético o jurídico. Se amplía, ante la injustificada restricción anterior, el supuesto a que la gestante haya sido víctima de cualquier delito contra libertad sexual e, incluso, de inseminación artificial, in consentida.

Esta ampliación, a la vista, como he señalado, de lo injustificadamente restrictivo de la situación vigente, debe ser recibida favorablemente.

cc) La innovación que pretende ser de mayor calado es la que he denominado *indicación psíquica*, aunque, como veremos, tal denominación sea

(30) Por ejemplo, vid. STS 11.12.1990.

acaso corta. En efecto, el PCP añade, tras la indicación terapéutica, esta nueva indicación, de factura oscura y tortuosa.

Por un lado, tiene bastante en común con el aborto terapéutico, pues tiene la misma finalidad: preservar la integridad física y moral de la embarazada. Ahora bien, tal objetivo se cumple desde otros parámetros y su realización parece apartarse de dicho objetivo, lo cual sería, claro está, una redundancia.

Veamos: por un lado, se formula un límite legal, a saber: esta modalidad de aborto sólo podrá ser llevada a cabo dentro de las doce primeras semanas de embarazo. Por otro, se exige una actividad propia de la embarazada, es decir, que se haya informado en un “centro público de orientación familiar o de servicios sociales, acerca de otras posibilidades alternativas, así como de los derechos y ayudas previstos en favor de la embarazada y de la madre”. Se requiere, *además*, que un médico, aquí, cualquier médico, “haya certificado la existencia de un estado de angustia o ansiedad en la gestante y un pronóstico de riesgo para su salud de continuar adelante el embarazo, atendidas, en su caso, sus condiciones personales, sociales o familiares”.

A la vista de esta compleja regulación, la conclusión no puede ser más contundente: o estamos ante una modalidad del aborto terapéutico o estamos ante una cicatera modalidad de indicación social. Ahora bien, sea como fuere, dado que el aborto terapéutico contempla como objetivo, también, la salvaguarda de la integridad psicológica de la mujer y sin límite de plazo, no se entiende muy bien qué papel viene a representar esta modalidad que me he permitido calificar de indicación psicológica.

#### **IV. DELITOS DE LESIONES (Arts. 155 ss.)**

De nuevo nos hallamos ante una reformulación del delito de lesiones; reformulación que, de otra parte, ya se ha hecho habitual en las recientes reformas penales. Dejando a salvo las faltas dolosas de lesiones que, con las modificaciones penales necesarias, se mantienen intactas en su redacción típica y en su lugar sistemático, es decir, como tipo básico (art. 597. 1. PCP) y maltrato de obra común (art. 597. 2. I PCP) y maltrato de obra a ciertos parientes (art. 597. 2. II PCP). El resto de lesiones, incluyendo las imprudentes es objeto de reforma, como veremos a continuación.

### A) Delitos suprimidos

Desaparecen los delitos de mutilaciones, puesto de los posibles correlatos, los arts. 157 y 158 PCP, se ha eliminado la secular expresión “de propósito”. Desde ahora, todas las lesiones, sean constitutiva de mutilaciones o no, pueden ser cometidas dolosa o imprudentemente. Igualmente desaparecen los delitos de automutilaciones para excluirse del servicio militar que, simplificando, pasan a integrarse en el art. 581 dentro del capítulo dedicado a la defensa nacional. En el traspaso se han perdido la automutilación y figuras asimiladas para excluirse de la prestación de un servicio de obligado cumplimiento.

### B) Delitos subsistentes

Se mantienen los actuales arts. 420 y 421, es decir, los tipos agravados de lesiones, pero con la salvedad de que en las agravaciones del segundo de los preceptos citados, desaparece, por coordinación lógica con las nuevas mutilaciones dolosas y depuración de subjetivismos peligrosos desde el punto de vista de las garantías, la mención a la brutalidad (art. 421, 1º, in fine), todo el nº 2 del art. 421 y el 3º actual y la tortura se troca por el ensañamiento. El prelegislador parece haber atendido algunas de las críticas que se le han formulado.

Se conserva, reformado, el delito introducido en la reforma de 1989, consistente en el ejercicio de violencia sobre ciertos familiares y personas dependientes del sujeto activo (art. 425 CP). Se depura este precepto (art. 161); la precisión de que este delito tendrá lugar sin perjuicio de que las violencias generen otro delito, de lesiones propiamente dichas en este caso y de mayor gravedad, ha de ser bien recibida. Del mismo modo, en el nuevo párrafo segundo aclara lo que haya que entenderse por habitualidad: ésta queda establecida por la condena por tres hechos idénticos, constitutivos de delito o falta, durante los cinco años anteriores a la conducta enjuiciada.

La riña tumultuaria (art. 162 PCP), finalmente, se mantiene con la rebaja sustancial de pena.

### C) Los nuevos delitos

Estos nuevos delitos los constituyen las mutilaciones, como se ha apuntado. Las nuevas mutilaciones, que podrán ser dolosas (arts. 157 y 158 PCP) e imprudentes, en forma de imprudencia grave<sup>(31)</sup>, suponen una refundición

(31) La imprudencia leve de mutilaciones se engloba dentro de la falta imprudente leve de lesiones (art. 600. 3. PCP).

de los anteriores arts. 418 y 421, 2º, por un lado, del 429 CP, por otro, aún vigentes. A destacar que, como podía ocurrir con el anterior art. 421 CP — anterior a la reforma de 1983—, el contagio es un medio comisivo de esta modalidad de lesiones. El contagio, ahora por excelencia, es la transmisión del sida en cualquier estado que se halle su portador.

Las *penas* de estas nuevas mutilaciones, tanto dolosas como imprudentes se reducen y, además, se desequiparan a la tradicional igualación punitiva con el homicidio. Esta modulación de la pena debe ser considerada positivamente, pues distingue la gravedad de diversos injustos, máxime cuando las descripciones típicas han ido en aumento.

#### **D) Las lesiones imprudentes**

Partiendo de una filosofía penal que impediría que ningún ataque a los bienes y los personalísimos pudieran tener la consideración de falta, llama la atención el mantenimiento del tipo básico de lesiones entre las faltas (art. 597. 1. PCP).

Pero es aún más censurable, por las razones ya expuestas, que las lesiones graves (art. 155 PCP) cometidas por imprudencia grave tengan la consideración de falta (art. 600. 1. PCP), precepto que, para más inri, precede en la redacción a la falta de homicidio por imprudencia leve.

La regulación que se analiza comporta una clara banalización de los bienes jurídicos de la vida y la integridad física y sobre el particular huelgan mayores comentarios.

#### **E) El consentimiento**

El consentimiento en el Derecho penal y en las lesiones especialmente son un problema que aún está por resolver. Y el PCP no ayuda, desde mi punto de vista, a resolverlo. Junto al mantenimiento del actual art. 428 CP, con la salvedad del consentimiento para eximirse del servicio militar (art. 164 PCP), se introduce un precepto de nuevo cuño, el art. 163 PCP, que se limita a rebajar la pena un grado cuando aquél se preste para los delitos de lesiones anteriores (incluidas las violencias familiares —!—).

Esta regulación, desde el punto de vista de la libertad del adulto normalmente motivable resulta inexplicable; es más, considero que se trata de un ataque a la libertad de disposición del propio cuerpo.

Por un lado, que la fórmula de emisión del consentimiento ha de ser “libre, espontánea y expresa” es más que equívoca. En efecto, la espontaneidad del consentimiento pudiera ser entendida como irreflexiva, con lo cual el

precepto diría lo contrario que lo que quiere decir. Espontáneamente, dicción que entorpece la redacción legal, sólo puede ser entendida como propia y no resultado de injerencias de terceros; pero esta limitación, en determinados casos también resulta discutible.

De todos modos, ha de tenerse presente que el consentimiento sólo puede operar sobre lesiones, no sobre resultados idénticos a los de las lesiones que no menoscaben la salud o integridad física del sujeto, desde un punto de vista objetivo; así, por ejemplo, los tratamientos médicos. Cuando la lesión resulte sólo beneficiosa desde el punto de vista subjetivo, pero, al parecer desde una inexistente moral oficial, dañina, entrará en juego la atenuación del consentimiento.

Pero, así las cosas, el PCP puede entorpecer el recto entendimiento de la función del consentimiento para una actividad peligrosa que realiza otro en beneficio del otorgante del consentimiento o en beneficio mutuo. El consentimiento lo es sólo sobre el beneficio y no sobre una defectuosa ejecución de lo convenido o acordado. Por lo tanto, si, mediante aquél, una operación quirúrgica es negligentemente realizada, nacerá responsabilidad criminal, pues sobre la imprudencia no se ha consentido.

\* \* \*

A modo de *conclusión*, ha de señalarse que los aspectos estudiados en las líneas precedentes del PCP presentan, a mi juicio, claros y oscuros, tanto desde el punto de vista técnico como político-criminal. Junto a avances sustanciales, como la nueva regulación dada al auxilio al suicidio, por ejemplo, conviven fórmulas como la de la falta de homicidio imprudente difícil de asimilar. Igual sorpresa suscita el juego de penas que parece va a desplegarse, máxime cuando el sistema de penas se mantiene, en lo esencial, idéntico al que rige en la actualidad.

Algunas objeciones son de fácil evitabilidad. Basta con realizar ajustes gramaticales o meramente técnicos. La redacción enviada a las Cortes denota una inexplicable precipitación, motivada, me aventuro a opinar, en la falta de un debate serio y maduro sobre todos y cada uno de los preceptos en particular y su incardinación sistemática en general. Pese a que se viene trabajando, para sólo remontarnos a la época democrática, desde hace casi quince años en un nuevo texto punitivo, ese debate político, forense y académico se echa en falta. Confiamos que aún estemos a tiempo para llevarlo a cabo.

# DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN

**CONCHA CARMONA SALGADO**  
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL  
Y DIRECTORA DEL INSTITUTO ANDALUZ  
INTERUNIVERSITARIO DE CRIMINOLOGÍA  
(SECCIÓN DE GRANADA)

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN.

### II. DELITOS CONTRA EL HONOR.

1. Normativa vigente y propuesta de reforma.
2. Regulación de estos delitos en el Proyecto de Código Penal de 1992: observaciones críticas.

### III. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN.

1. Ausencia en el Código Penal vigente de una tutela global y sistemática de estos derechos: consideraciones de “lege ferenda”.
2. Su protección en el texto del Proyecto de 1992: reflexiones críticas.

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha venido hablando en la doctrina civil de “derechos de la personalidad” para referirse a los derechos supremos del hombre, que le garantizan el goce de sus bienes personales, el señorío sobre su persona. Las Constituciones y Leyes Fundamentales de los diversos Estados proclaman hoy, con carácter general, el respeto a la persona y a los derechos que le son inherentes, reconociendo de este modo una esfera individual que no admite intromisiones indebidas por parte del Estado; si bien la gran preocupación del Derecho privado por la defensa de la persona hay que centrarla más en relación al resto de los individuos que al Estado mismo, de donde se desprende la necesidad de una concreta regulación de los derechos de la personalidad para hacer compatible su ejercicio con los de todos los sujetos, no bastando una simple enumeración de los mismos, que debe completarse con la correspondiente precisión sobre sus contenidos a los efectos de reducir al máximo los márgenes de inseguridad que pudieran surgir<sup>(1)</sup>.

Nuestra Constitución emplea la expresión “derechos fundamentales” para designar una esfera de protección constitucional de la persona. En este sentido su art. 18, apartado 1, garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, así como “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (apartado 3), determinando finalmente que “la ley limitará 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”. De otra parte, el art. 20.4 señala como límite a las libertades de expresión e información, consagradas en el apartado 1, de dicho precepto, el respeto a los mencionados derechos: honor, intimidad y propia imagen.

## II. DELITOS CONTRA EL HONOR

### 1. Normativa vigente y propuesta de reforma.

Como es sabido, el vigente Código Penal regula en el Título X de su Libro II los “Delitos contra el honor”, entre los que incluye la calumnia y las injurias, añadiendo unas “Disposiciones Comunes”, así como la falta de injurias livianas dentro del Libro III (art. 586, 1º).

(1) Vid. DÍEZ PICAZO-GULLÓN; *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8ª ed., Madrid, 1992, págs. 336 y ss.

Pues bien, uno de los problemas más candentes que en los últimos tiempos se ha planteado en la práctica en relación con este tipo de infracciones, es el relativo al conflicto que surge entre ese derecho de la personalidad que es el honor, proclamado como fundamental en el art. 18.1 de la C.E., y las libertades públicas de expresión e información, igualmente consagradas en su art. 20.1, apartados a) y d) respectivamente, en relación a las que ese derecho opera como uno de sus límites concretos, según manifiesta expresamente el art. 20.4 de la Ley Fundamental. La jurisprudencia de los Tribunales, siguiendo la continuada doctrina elaborada sobre el particular por el Constitucional, ha venido últimamente resolviendo este conflicto a través del sistema de *ponderación* de intereses, en aplicación de la causa de justificación 11ª del art. 8 del Código, declarando preferente el ejercicio legítimo de tales libertades cuando se dirijan a formar la opinión pública libre y se refieran a personas de relevancia pública o que intervengan en asuntos de esta naturaleza, además de concurrir el requisito de veracidad en la narración, si se trata del ejercicio de la libertad de información, y el de que las ideas u opiniones manifestadas sean necesarias y no formalmente injuriosas, dentro del contexto de la libertad de expresión<sup>(2)</sup>.

Así pues, de las dos vías alternativas existentes bajo la legalidad vigente, encaminadas a solventar el conflicto libertad de información-honor, la de la *exceptio veritatis* o prueba objetiva de la verdad, y la del *ejercicio legítimo de un derecho* o prueba subjetiva de la misma dentro del sistema de ponderación de intereses<sup>(3)</sup>, la jurisprudencia de los Tribunales en general y la del Constitucional en particular —esta última al menos hasta una determinada época— al decantarse por esta segunda alternativa han venido propiciando una mayor y más adecuada defensa de la libre información en el marco de un Estado social y democrático; ello, en una buena medida, debido a la deficiente e insuficiente regulación que de la figura de la *exceptio* opera el actual Código Penal, sólo aplicable al delito de calumnia, así como a dos únicos e inexplicables supuestos del de injurias, y no prevista en cambio de forma expresa ni en relación a los delitos de desacatos ni a los delitos contra altos organismos de la nación; regulación que explica la opinión mayoritaria de que la legislación vigente lesiona en exceso el mencionado derecho, concebido en su globalidad, y, en especial, respecto de alguna de sus manifestaciones concretas, como sucede con el ejercicio del derecho a la crítica política.

(2) Un estudio detallado de la doctrina del T.C. sobre el mencionado conflicto, así como de cada uno de sus criterios de resolución, puede verse en CARMONA SALGADO; *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid 1991, págs. 90 y ss.

(3) De otra opinión, VIVES ANTÓN. Vid. del mismo "Libertad de expresión y derecho al honor", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al Prof. Sáinz Cantero, 13-II, págs. 256 y ss.

Si a ello añadimos la indeterminación legal hoy existente en el contexto de los delitos contra el honor, particularmente en materia de injurias, ambigüedad legislativa claramente atentatoria al principio de legalidad, resulta que este dato, unido a la evidente restricción al ejercicio de las libertades públicas de expresión e información que esta normativa ultraprotectora del honor ofrece, ha propiciado desde hace ya algún tiempo la generalizada propuesta doctrinal, en la que me incluyo, de despenalización parcial de tales delitos, en aras a un mayor respeto del principio de intervención mínima y del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal.

A mi juicio, esta futura labor de reordenación y parcial despenalización de los mencionados delitos, debería estar presidida por la idea general de eliminar del Título comprensivo de los mismos la pena de prisión, que no se aplicaría en ningún caso, manteniendo vigente la calumnia, aunque ampliada a todos los supuestos relativos a la falsa imputación de cualquier delito, sea o no perseguible de oficio.

Por lo que respecta a las injurias, su indeterminada regulación legal aconseja una remodelación y derogación de una gran parte de sus tipos. En este sentido creo que deberían desaparecer definitivamente las livianas, constitutivas de falta del art. 586, 1º y las leves del art. 460. En relación a las injurias graves del art. 458, habría que trasladar las de su número 1º al marco de la calumnia, como acabo de referir anteriormente, derogando las del número 4º, que es un precepto claramente anticonstitucional al hacer depender la gravedad o no de la injuria del “estado de dignidad” de la víctima, como derecho de la persona que no admite gradaciones. Los números 2º y 3º tendrían también que remodelarse, pues las expresiones contenidas en ellos resultan hoy totalmente desfasadas. Quizá lo conveniente sería crear un único tipo de injurias, que sancionara como delictivas las que el Tribunal Constitucional ha denominado “frases formalmente injuriosas”, es decir, las manifestaciones de opiniones o juicios de valor, reflejadas en expresiones vejatorias, atentatorias al honor de las personas.

Evidentemente, tal remodelación de las infracciones contenidas en el Título X, Libro II, tendría que ir acompañada de una correlativa potenciación y mejora de la Ley de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, que adolece de una tremenda laxitud y ambigüedad en sus descripciones, ofreciendo simplemente al intérprete unas premisas generales y dejando toda la labor de concreción técnica en manos del juez.

Sin embargo, la realidad práctica ha venido demostrando que, pese a esa laxitud y ambigüedad, de las dos vías procesales de solución al conflicto

libertad de expresión/información-honor existentes en nuestro sistema jurídico, como en todos los sistemas democráticos, la civil y la penal, resulta más solicitada la primera de ellas —al menos para el particular afectado—, fundamentalmente a causa de la mayor rapidez en la tramitación del proceso (procedimiento de los incidentes) y porque al perjudicado, por lo general, parecen interesarle más los efectos reparadores que punitivos, suscitados del atentado perpetrado, y ello, no obstante la remisión que hace al Código Penal el propio art. 1 de la citada ley cuando la intromisión “sea constitutiva de delito”; aparte de que en el marco de la normativa civil los medios de comunicación encuentran un campo de actuación más amplio en lo que a personajes públicos se refiere, ya que su art. 8.1 establece como excepción al concepto de intromisión ilegítima el hecho de que en la información predomine un “interés histórico, científico o cultural” (debía añadirse “social o político”). Si sumamos a estas consideraciones la reiterada declaración del Tribunal Constitucional, relativa a la exigencia de que las personas públicas o que ostenten cargos de esta naturaleza están obligadas a soportar que sus derechos de la personalidad se vean más fácilmente y con mayor frecuencia afectados que los de los particulares (v. gr. Ss. T.C. de 27 de octubre de 1987 y 22 de febrero de 1989), así como el dato de que a tales personajes públicos les interesa menos acudir a la vía civil mencionada, que sólo produce efectos reparadores de índole indemnizatoria, pero no silenciadores, propios en cambio del ordenamiento punitivo, resulta que, en definitiva, a dichos personajes lo que realmente les conviene es disponer del recurso de la vía penal.

Sin embargo, pese a todas las consideraciones expuestas, el prelegislador de 1992, en la reforma introducida en el marco de los delitos comunes contra el honor, ha discurrido por cauces muy distintos a las pretensiones manifestadas por la doctrina mayoritaria de reducir la normativa penal vigente a sus mínimos indispensables, como correspondería haber realizado en el contexto de unas infracciones tan íntimamente conectadas con el ejercicio de las libertades públicas de expresión e información, imprescindibles en un Estado social y democrático, ampliando en cambio al máximo el ámbito punitivo de dichas infracciones y manteniendo para colmo el delito de desacatos (arts. 507 y 508 del Proyecto), prácticamente en los mismos términos en que se encuentra regulado en la actualidad, es decir, como delito autónomo en relación a las figuras comunes contra el honor, en algún caso incluso sancionando con pena de prisión de más de dos años, si bien, al menos, se ha eliminado la expresa referencia a los Ejércitos, hoy aún existente. Con ello se han desatendido todas las voces que desde hace tiempo venían solicitando su total derogación o, cuando menos, su modificación, convirtiéndolo en una

modalidad agravada de las tipicidades comunes contra el honor<sup>(4)</sup>. En cualquier caso, su permanencia en los términos expuestos dentro del texto del que pretendía ser el Código Penal de la “Democracia” resulta inadmisibles, como lo es la supervivencia tras él del principio de autoridad, en su versión tradicional.

## **2. Regulación de estos delitos en el Proyecto de Código Penal de 1992: observaciones críticas.**

El proyecto de Código Penal de 1992, bajo la rúbrica genérica de “Delitos contra el honor”, regula dichas infracciones en los tres capítulos que integran el Título X de su Libro II, junto a la falta contra las personas del nº 2, del art. 599, dentro del Título I del Libro III.

El delito de *calumnia* se mantiene vigente en el art. 204 del nuevo texto legal, aunque configurada por la “falsa imputación de un delito” en general, lo que significa que puede ser o no perseguible de oficio, representando esta innovación, sin duda, un acierto del prelegislador en este ámbito delictivo. La falsedad, que ha de ser dolosa, se define expresamente en el tipo como “la imputación hecha con conocimiento de que no se ajusta a la verdad o manifiesto desprecio de la misma”, es decir, se introduce el criterio de la denominada “falsedad subjetiva”, coincidente con el de la “actual malice”, de creación jurisprudencial norteamericana, al que cierto sector de la doctrina española ha recurrido para interpretar bajo la normativa vigente los momentos subjetivos de los delitos de calumnia e injuria<sup>(5)</sup>, aunque la interpretación mayoritaria suele otorgar al requisito legal de la falsedad, que considera elemento del tipo, un contenido objetivo, equivalente a falsedad material entera y absoluta de lo imputado, en conexión con el eventual ejercicio de la *exceptio veritatis*<sup>(6)</sup>; institución ésta (art. 207 del Proyecto) que, dada la mencionada configuración subjetiva, podría tener en la práctica, de prosperar esa nueva regulación, una auténtica razón de ser, dejando así de desempeñar el papel puramente residual y secundario que desempeña bajo la actual normativa.

De otra parte, se agrava la pena de multa impuesta si la calumnia se realizare con publicidad, llegándose a sancionar con la de prisión de hasta

(4) A favor de la derogación del delito de desacatos, por todos, QUINTERO OLIVARES: “La supervivencia del delito de desacatos”, en *Revista de la Facultad de Derecho* cit., 13-II, págs. 181 y ss. A favor de su modificación parcial, por todos, JIMÉNEZ DÍAZ: *Los delitos de desacatos en el Código Penal Español*, Madrid 1992, págs. 708 y ss.

(5) Vid. VIVES ANTÓN: “Libertad...” cit., págs. 258 y 259; y MUÑOZ MACHADO: *Libertad de prensa y proceso por difamación*, Madrid 1987, págs. 99 y ss.

(6) Por todos, BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos contra la libertad, seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Madrid 1991, pág. 302; y MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., Valencia 1990, pág. 130.

dos años cuando fuere reiteradamente cometida contra una misma persona, con lo que se mantiene en el nuevo texto la pena de cárcel para los denominados delitos de expresión u opinión, aunque sólo sea en los casos de más grave comisión, y ello en contra de la extendida opinión, contraria a que dicha pena se aplique en el marco de tales delitos.

Así pues se crea una agravación específica, la de *reiteración*, expresión ésta que al no ser legalmente definida habrá que interpretar en su sentido gramatical, es decir, como equivalente a repetición, insistencia o continuidad en la correspondiente imputación. Sin embargo, es de extrañar que semejante agravación no aparezca igualmente contemplada por el prelegislador en el contexto de otros delitos, y sí especialmente en éste que ahora nos ocupa. El empleo de esta técnica legislativa supone el riesgo de limitar de antemano el ejercicio del derecho a la información sobre asuntos de interés general, el cual en algunos casos, por la propia naturaleza de los mismos, tiene que realizarse continuadamente en el tiempo, si las características de la noticia concreta requieren más de un acto informativo para lograr su correcta y puntual transmisión al público; situación ésta, por cierto, que se presenta en la práctica con mucha frecuencia, como resulta obvio. De todas formas, no son de recibo, ni siquiera desde un punto de vista técnico, las razones que han impulsado al prelegislador a introducir esta agravación específica en el marco global de los delitos contra el honor, ya que esta agravación no se prevé exclusivamente para la calumnia sino también para las injurias, pues en estos casos podrían aplicarse directamente las reglas generales del delito continuado o, en su defecto, cuando proceda, las del concurso de delitos.

Por todo ello y resumiendo, a mi juicio, esta específica circunstancia agravante de reiteración debería extraerse como tal del contexto de las infracciones contra el honor. Politicocriminalmente, porque su permanencia supone una clara y previa limitación al ejercicio de las libertades de expresión e información, y desde un punto de vista de técnica legislativa, ya que en la Parte General del Proyecto existen vías jurídicas de solución aplicables a los supuestos en que concurra repetición o continuidad en la realización de las conductas, que sin ese requisito resulten en todo caso punibles.

El nuevo delito de *injuria* se configura esencialmente sobre la base de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno a la resolución del conflicto entre las libertades públicas de expresión e información y el derecho al honor como derecho de la personalidad. En ese sentido, partiendo de una expresa definición de injuria (art. 208) como “toda expresión proferida o acción ejecutada que lesione la dignidad de otra persona, menoscabado su fama o atentando contra su propia estimación”, se recogen dos modalidades de comisión de esta infracción. Una, que se corresponde con el ejercicio

de la libertad de información, relativa a la imputación de hechos (naturalmente no delictivos) que puedan perjudicar el honor ajeno, y otra, concatenada con el ejercicio de la libertad de expresión, concerniente a la utilización de calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios, “aunque ello se produzca con ocasión de referir un hecho cierto”.

En esta última previsión, dirigida a aquellos supuestos en los que dentro de un mismo contexto concurren conjuntamente libertad de expresión e información, el prelegislador toma claramente postura a favor de la existencia de injuria cuando, pese a haberse ejercido adecuadamente la segunda de ellas a través de la narración de un hecho cierto, la incorporación a la misma de epítetos innecesarios o “frases formalmente injuriosas” (en palabras del T.C.) desvirtuara la legitimidad de la primera de las libertades mencionadas; técnica legal, sin duda, inspirada en la S.T.C. de 6 de junio de 1990 (caso José María García), que castigó al citado periodista deportivo (ulteriormente indultado) a una pena de prisión de seis meses, al informar verazmente acerca de la apropiación indebida de unas dietas en concepto de viaje por el entonces diputado de las Cortes de Aragón y a la sazón Presidente de la Real Federación Española de Fútbol, Sr. Roca, a quien en el contexto de la referida información dirigió apelativos tales como “Pedrusquito, catarata Roca” y “fiel vasallo de Porta”<sup>(7)</sup>.

En todo caso, la gran dificultad que estos supuestos mixtos ofrecen frente a la adopción de una adecuada resolución judicial, radica en el hecho de determinar qué se entiende por expresiones o frases “formalmente injuriosas”, si bien es cierto que tratándose como se trata de una cuestión valorativa y circunstancial, a dilucidar en cada caso concreto, no es realmente factible elaborar a priori un catálogo general comprensivo de los criterios de interpretación que se deban emplear sobre el particular, pero sí sería muy conveniente que los tribunales intentaran en la medida de lo posible, aunar dichos criterios para evitar el desconcierto interpretativo que suscitó el T.C. a raíz de la sentencia antes mencionada, en relación a los que empleara en otras ocasiones<sup>(8)</sup>; desconcierto que lamentablemente ha desembocado en una inevitable situación de inseguridad jurídica.

(7) En la misma línea, la S.T.C. de 12 de noviembre de 1990 (caso periodista Baeta contra comandante Patiño). Vid. los respectivos comentarios críticos que sobre esta sentencia y la citada en el texto realiza GIMBERNAT ORDEIG en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1990.

(8) Vid., p. ej., los criterios de valoración empleados en la S.T.C. de 15 de febrero de 1990, en cuya virtud se negó el carácter de expresión injuriosa y por tanto la existencia de delito cuando, con motivo de la publicación de un artículo periodístico de naturaleza deportiva, dirigido a criticar la labor de organización y desarrollo de los Campeonatos Nacionales de Fútbol celebrados a la sazón en España, se calificó de “fascista” a S.M. El Rey.

La otra modalidad típica de injuria que el Proyecto prevé, estrechamente relacionada con el ejercicio de la libre información, consiste en la imputación de hechos en general que puedan perjudicar la dignidad, esto es, el honor ajeno. Este supuesto, de tan amplia configuración, se corresponde, por no decir se confunde, con la descripción que del concepto de “intrusión ilegítima” ofrece la Ley de 5 de mayo de 1982 en el apartado 7 de su art. 7: “la divulgación de hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”. En consecuencia, quizá fuera suficiente esta última previsión legal de protección del honor a través de la vía civil para que el ciudadano particular viera satisfechas sus necesidades de tutela, pudiendo prescindir en estos casos, evidentemente menos graves que los constitutivos de calumnia, de la intervención del Derecho Penal, que es la *última ratio* del Ordenamiento jurídico y debe por tanto reducir su actuación en esta materia a unos mínimos indispensables. Claro, que en este orden de ideas sería previa e ineludible una potenciación, mejora y adecuación de la citada ley a las exigencias que la realidad vigente plantea en torno a una efectiva protección del honor.

De otra parte, como ya he adelantado, el Proyecto introduce, al igual que en el marco de la calumnia, también en el de la injuria, la agravante específica de *reiteración*, se cometa aquélla con o sin publicidad (art. 210). Como en este contexto concreto tampoco se ofrece una definición expresa de la misma, habrá igualmente que entender dicha circunstancia como sinónima de repetición o continuidad en la manifestación de la injuria, dirigida contra idéntica persona, resultando pues de aplicación a este ámbito delictivo todas las consideraciones críticas efectuadas al tratar de ella en relación a la calumnia.

Ya el Anteproyecto de nuevo Código Penal incorporaba como figura autónoma junto a la injuria la de la *difamación*, cuya correspondiente sanción se agravaba de concurrir en ella la circunstancia de reiteración, regulación que suscitó de inmediato las más duras críticas, fundamentalmente manifestadas por los profesionales de los medios de comunicación, por la evidente limitación que semejante normativa representaba para el normal desenvolvimiento de la libertad de información. Por otro lado, esa novedosa figura delictiva resultaba disfuncional a todas luces, en la medida en que desde que dejó de existir como infracción penal al derogarse el Código de 1928, único texto punitivo español que la regulara con carácter autónomo entre los delitos contra el honor, la expresión “difamación” ha venido tradicionalmente siendo utilizada en el argot común y jurídico como sinónima de calumnia o injuria, motivo por el que su específica creación conducía a la más profunda confusión interpretativa.

Sin embargo, y pese a la reestructuración legal que en torno a esta figura delictiva introdujo con posterioridad el Proyecto de 1992, no puede negarse que la *difamación* siga presente en dicho texto, aunque de forma algo encubierta, como modalidad específica de la injuria, consistente en la “reiterada imputación de hechos” que puedan perjudicar el honor de una persona (art. 208, 2 en relación al 210), habiéndose inspirado el prelegislador para su concreta tipificación en la fórmula que empleara el Código de 1928; difamar era entonces, y lo es según el Proyecto, la “sistemática imputación de hechos” a una misma persona. Por lo tanto se puede afirmar, sin riesgo alguno a equivocarse, que los atentados al honor en la nueva normativa que brinda el Proyecto de 1992 son tres: la calumnia, la injuria en sentido estricto, y la difamación como modalidad específica de comisión de esta última. Ello, a mi juicio, constituye un sistema de ultraprotección de ese derecho de la personalidad, que se aparta de la reiterada opinión doctrinal partidaria de la parcial despenalización de estos delitos; derecho aquél que bien merece una cierta tutela penal, pero no a costa de la consiguiente restricción de la capacidad de ejercer la libre información, y no sólo ya en atención a los profesionales de los medios de comunicación pública, que pueden sin duda verse perjudicados en el cumplimiento de sus funciones informativas a través de esta nueva regulación, sino también, y muy esencialmente, en consideración al propio ciudadano, quien, según el art. 20.1 d) de la C.E., tiene igualmente derecho —fundamental por tanto— a *recibir libremente información veraz*, como no puede ser menos en un Estado social y democrático.

Otra causa más dentro del marco general de regulación del Proyecto, de eventual restricción a las libertades de expresión e información, y que al propio tiempo vulnera el principio de intervención mínima y desdeña el carácter de *última ratio* del Ordenamiento penal, es el mantenimiento en su texto de la falta de injuria leve del art. 599, 2º, que debería derogarse sin mayor dilación.

La disposición del art. 211 resume la doctrina del T.C. elaborada en los últimos años en relación a la resolución del conflicto libertad de información-honor, en aplicación de la causa de justificación 11ª del art. 8 del Código a través del sistema de ponderación de intereses. No parece pues contener la figura de la *exceptio veritatis*, ya que el mencionado precepto alude a la posibilidad de quedar exento de pena probando la *veracidad*, y no la *verdad*, del hecho imputado. Si otra distinta ha sido la intención del prelegislador, debería expresarla con mayor claridad y precisión técnica en la redacción del referido art. 211.

Entre las *disposiciones generales* a los delitos de calumnia e injuria, el Proyecto introduce algunas novedades, también dignas de mención crítica.

Así, v. gr., el art. 214, 1 establece como accesoria, junto a la principal, la pena de *inhabilitación especial* para su profesión u oficio a los profesionales de la información, por un período comprendido entre los seis meses y los cuatro años de duración, cuando fueren reincidentes. Y es que el prelegislador, no satisfecho, al parecer, con las correspondientes sanciones de los respectivos tipos por resultarles insuficientes, decide castigar a aquéllos, además, con la mencionada pena que, si se observa, tiene una duración máxima superior a la más grave de las que pueden imponerse como principales dentro del Título X, a saber, la de prisión de dos años correspondiente a la calumnia reiterada y con publicidad. Este exceso de tiempo —dos años— o bien constituye un error de técnica legislativa, que debería ser subsanado, o significa que la mencionada pena ha sido concebida más bien como principal y no como accesoria, lo que en definitiva se traduce en el hecho de que el profesional de los medios de comunicación pública debe ser sancionado de una forma más severa que cualquier otro particular que perpetre alguno de los atentados al honor previstos en el citado Título. De otra parte, no termino de comprender por qué razón la reincidencia no opera en este caso como en los restantes delitos, es decir, como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal, en aplicación de las reglas generales sobre determinación de la pena. Todo lo cual permite apreciar, en este supuesto también, cierta tendencia a restringir el ejercicio de las libertades de expresión e información, precisamente por quien con más frecuencia hace uso de él: el profesional de los medios de comunicación. Desde esta óptica, la disposición comentada representa un evidente retroceso al libre desarrollo del ejercicio de tales libertades.

En este orden de cosas, y a modo de privilegio o recompensa, el art. 215 del Proyecto exime al profesional de la información de la pena de inhabilitación especial cuando se retracte ante el juez de las imputaciones hechas, reconociendo su falsedad o incerteza, quien ordenará se entregue testimonio de la *retractación* al ofendido, que podrá solicitar su publicación en el mismo medio en el que se manifestó la calumnia o injuria. Se trata claramente de una disposición encaminada a resarcir moralmente al sujeto pasivo a través de la petición expresa de perdón por parte del informador, a quien en compensación por su “gesto de humildad” se le exime de la pena de inhabilitación. En cambio, si el acusado no fuera profesional de los medios de comunicación se le impondrá la pena inmediatamente inferior en grado, previo retracto. En general, no comparto la permanencia de la figura del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte, pues creo que el acto de perdonar, de claras connotaciones morales, nada tiene que ver con el Ordenamiento penal. Con más motivo aún, pues, rechazo la ideología del perdón o arrepentimiento por

parte del autor del delito, inherente a esta disposición del Proyecto, que recuerda, en una buena medida, la desfasada equiparación delito-pecado/pena-perdón, resultando en consecuencia francamente regresiva.

Merece ser igualmente criticada la disposición contenida en el art. 214, 2 del Proyecto, en la que se determina la *responsabilidad civil solidaria* de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo, a través del cual se hayan propagado la calumnia o la injuria, perpetradas en los términos antes señalados. La crítica surge básicamente porque este régimen de responsabilidad civil aplicable al ámbito de los delitos contra el honor, cometidos por profesionales de la información, representa una notable excepción dentro del marco general de responsabilidad civil *subsidiaria* que el art. 121 del propio Proyecto prevé para la globalidad de los delitos tipificados en él. La consecuencia más inmediata a la que puede conducir este excepcional sistema, se traduce en el riesgo de que dentro del propio medio informativo se pueda llegar a imponer un determinado régimen de *censura* por los mencionados propietarios del mismo (v. gr. editor de un periódico), lo que redundaría, sin duda, en perjuicio del libre ejercicio de los derechos fundamentales de expresión e información, no sólo ya desde la perspectiva del propio profesional del medio de que se trate, sino esencialmente también en consideración al ciudadano, que tiene igualmente derecho a recibir *libre* información veraz sobre asuntos de interés general, siempre, por supuesto, encaminada a la formación de la opinión pública, íntimamente ligada con el pluralismo político, como requisito imprescindible del Estado democrático. Desde este punto de vista, la nueva normativa que introduce el Proyecto de 1992 puede representar también un claro retroceso en el normal desarrollo del ejercicio de dichas libertades.

Por último, valorar positivamente la desaparición del ámbito del Título X, Libro II del nuevo texto legal, de la expresa referencia que el art. 467, 3º del vigente Código Penal efectúa en relación con las denominadas por él “corporaciones o clases determinadas del Estado”; derogación de esa especie de entelequia en el segundo caso citado que, junto a la supresión también de la remisión a los Ejércitos en el marco del delito de desacatos, parece poner de relieve que el prelegislador de 1992, con acierto, ha tomado partido en sentido negativo respecto de la enconada polémica acerca de si las personas jurídicas y los entes supraindividuales en general son titulares de un derecho al honor, como lo concibe la C.E. en su art. 18, es decir, como facultad exclusivamente predicable de las personas físicas<sup>(9)</sup>.

(9) Sobre esa enconada polémica en general y la oscilante opinión del T.C. en particular, vid. las interesantes Ss. T.C. de 8 de junio de 1988 y 11 de noviembre de 1991, así como los respectivos comentarios a las mismas de CARMONA SALGADO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41 (1990) y 47 (1992).

Concluyendo, el sistema de ultraprotección del derecho al honor que efectúa el Proyecto de Código Penal de 1922 repercute de forma negativa en el ejercicio de las libertades públicas de expresión e información, restringiéndolas considerablemente, lo que equivale a introducir un régimen legal regresivo con respecto a la normativa hoy vigente sobre la materia, y evidencia una total desconsideración a la mayoritaria opinión doctrinal emitida sobre el particular en los últimos tiempos, en cuanto a las directrices a seguir en la necesaria labor de reforma del Título X, Libro II del texto punitivo actual. Dicho sistema ultraprotector del derecho al honor parece concebido más bien al servicio de la clase política y de los personajes públicos (v. gr. autoridades), como definitivamente demuestra la inexplicable subsistencia en él del delito autónomo de desacatos, todo lo cual resulta insostenible en un Estado social y democrático.

### **III. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN**

#### **1. Ausencia en el vigente Código penal de una tutela global y sistemática de estos derechos: consideraciones de “lege ferenda”.**

Entre el honor y la intimidad, derechos ambos de la personalidad, existe sin duda una estrecha relación, siendo consagrados como fundamentales por la C.E. en su art. 18, 1. y conjuntamente tutelados por la Ley de 5 de mayo de 1982, que en esencia está concebida para la protección del segundo de ellos. Sin embargo, esa estrecha relación no significa que haya que confundirlos, pues su ámbito de delimitación debe estar claramente establecido. Así, el Proyecto de 1992, que introduce una normativa expresamente encaminada a tutelar la intimidad, frente a la inexistencia de la misma en el vigente Código Penal, le dedica un título diferente y aparte, el IX de su Libro II, del que se encarga de proteger el honor. En este orden de cosas, puede ocurrir que una información verdadera y no injuriosa resulte atentatoria contra la intimidad de una persona, aunque no lesione su honor; de ahí que se excluyan las injerencias arbitrarias en la vida privada de la gente y que el derecho a transmitir y a recibir información encuentre un límite lógico y comprensible en la propia naturaleza pública de la misma.

Sin ánimo de abordar ahora un detallado análisis del concepto de intimidad, respecto del que ya se ha pronunciado en profundidad cierto sector

de la doctrina<sup>(10)</sup>, para realizar no obstante un comentario crítico de la tutela que sobre este derecho de la personalidad ha efectuado el Proyecto de 1992, puede adoptarse como punto de partida la definición que sobre el mismo ofrece BAJO, al entender que se trata del ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad, fijándose los límites de esta reserva por la apreciación social, que tendrá el legislador en cuenta a la hora de desarrollar la Constitución y el juez al aplicar el Derecho<sup>(11)</sup>. El problema en la práctica radica esencialmente en la determinación del límite de lo privado, lo íntimo o lo secreto en general, agudizándose aún más esta cuestión si el titular de esos aspectos de la intimidad es una persona pública, respecto de la que, como es sabido, el T.C. ha manifestado en reiteradas ocasiones que por su condición de tal, voluntariamente aceptada, está más expuesta que el resto de los ciudadanos a que sus derechos de la personalidad se vean afectados a través del ejercicio de la libertad de información. Desgraciadamente no existe respecto a la intimidad, como sucede en cambio en materia de honor, una continuada doctrina de los tribunales, basada en la jurisprudencia del Constitucional, que resuelva el conflicto entre dicha libertad y el citado derecho mediante el sistema de ponderación de intereses, al carecer el vigente Código Penal de una tutela global y sistemática del mismo. En este contexto, la S.T.C. de 2 de diciembre de 1988 (caso Isabel Pantoja) concedió el amparo solicitado por la tonadillera en defensa de su derecho a la intimidad familiar por haber comercializado ilícitamente una empresa videográfica la cogida y muerte de su esposo, el famoso matador de toros Francisco Rivera “Paquirri”, si bien en aplicación de la Ley de 5 de mayo de 1992.

Hasta la entrada en vigor de esta Ley, y desde que se pronunciara por el T.S. la famosa sentencia de 6 de diciembre de 1912 (caso del fraile de Tota-na), se venía aplicando el art. 1.902 del Código Civil sobre responsabilidad civil o aquiliana a los supuestos en que, habiéndose lesionado directamente el honor de una persona se afectara su intimidad de forma indirecta; precepto, por cierto, que fue prácticamente desplazado tras la vigencia de la mencionada ley. De otra parte, la inexistencia en el actual texto punitivo de un tratamiento sistemático y unitario de este derecho ha producido una hiper-

(10) Así, entre otros, GARCÍA PABLOS: “La protección penal del honor y la intimidad como límites al ejercicio del derecho a la libre expresión”, en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid 1985, págs. 217 y ss.; LUZÓN PEÑA: “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”, en *Revista de la Facultad de Derecho cit.*, 12-I, págs. 183 y ss.; MORALES PRATS: *La tutela de la intimidad; privacy e informática*, Barcelona 1984, págs. 118 y ss.; y GARCÍA VITORIA: *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona 1983, págs. 17 y ss.

(11) BAJO FERNÁNDEZ: “Protección del honor y la intimidad” en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, Madrid 1982, pág. 101.

trofia del derecho al honor, que ha tenido que absorber dentro de sí a efectos de tutela casos atípicos de atentados a la intimidad, cuya protección indirecta se ha venido haciendo a través del primero. No obstante, algunos aspectos de la misma se encuentran recogidos en el vigente Código mediante una arcaica regulación y una clara dispersión legislativa, como se observa en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, la prevaricación de procuradores y abogados y los delitos cometidos por funcionarios contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

## 2. Su protección en el texto del Proyecto de 1992: reflexiones críticas.

Pues bien, el Proyecto de 1992, haciéndose eco de todas estas consideraciones, así como de las regulaciones que sobre el particular ya habían efectuado el Proyecto de 1980 y la P.A.N.C.P. de 1983, dedica todo el Título IX de su Libro II a la tutela de la intimidad, los secretos de las comunicaciones y la propia imagen, añadiendo dentro de este contexto legal la protección del domicilio al considerarlo como un aspecto más de aquélla.

Según la propia Exposición de Motivos del nuevo texto legal, dicho Título se introduce en el mismo con la finalidad específica de crear nuevos tipos que contengan fórmulas lo suficientemente amplias y flexibles como para adaptarse a la modernización y avances experimentados en los últimos tiempos por la tecnología, en relación con el sonido, la imagen y los datos reservados, bien entendido que sólo se tutela a través de ellos la intimidad como derecho de la personalidad, no el “uso” indebido que se pudiera hacer de la misma. En esta línea general de pensamiento se incluyen tres capítulos en el mencionado Título: el primero, relativo a los delitos contra la “intimidad y el secreto de las comunicaciones”, el segundo sobre delitos “contra el derecho a la propia imagen”, y el tercero acerca del “allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”.

En relación al primer grupo de delitos, se recoge, ante todo, un tipo básico (art. 198, 1º), de similar contenido al de los tipos de los arts. 497 y 497 bis del actual Código Penal, mediante el cual se castigan dos grupos de conductas: el apoderamiento de papeles, cartas o cualesquiera otros documentos o *efectos personales*, o la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la *imagen o de cualquier otra señal de comunicación*. En ambos casos, como es lógico, sin contar con el consentimiento del titular de los secretos o de la intimidad de que se trate, y con la expresa finalidad (tipo final) de descubrir dichos secretos o vulnerar esa intimidad. Como puede comprobarse, se trata de un tipo ya existente en la normativa penal vigente, aunque de talante más moderno y actualizado, en particular en lo que concierne al objeto material de la conducta. Dentro de

este precepto cabría incluir la figura del denominado “delito de montaje” de palabras o imágenes <sup>(12)</sup>, al que el prelegislador no ha otorgado carácter autónomo como, por ejemplo, le otorga en cambio el Código Penal francés en su art. 370; decisión a mi juicio acertada, pues un tipo independiente como éste resulta de todo punto innecesario.

La revelación o difusión a terceros de los datos reservados descubiertos (art. 198, 3º) constituye un tipo agravado con respecto al anteriormente citado. La pena en este caso es la de prisión de uno a tres años, frente a la de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses que se señala para el básico. Habida cuenta de que los supuestos comisivos previstos en este último están igualmente contemplados por la Ley de 5 de mayo de 1982, concretamente en su art. 7, apartados 2 y 5, que naturalmente habría que modernizar, como el conjunto global de la misma, quizá sería conveniente, en aras al respeto del principio de intervención mínima y al carácter de *última ratio* del Derecho penal, dejar subsistente como delito sólo el tipo agravado, mediante cuya comisión se produce un atentado a la intimidad de las personas mucho más contundente, sin duda, que el que puede ocasionarse a través de la perpetración del básico. Entre éste y aquél se crea una figura intermedia consistente en revelar los datos reservados, con conocimiento del descubrimiento realizado por otra persona, a quien habrá pues que reconducir al tipo básico.

Por otra parte, las previsiones constitucionales establecidas en el art. 18.4 de la Ley Fundamental, relativas a la limitación por ley del uso de la informática como garantía del honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como del pleno ejercicio de sus derechos, hasta hace poco tiempo insatisfechas, se han visto finalmente colmadas con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Hasta ese momento, y careciendo como carece el vigente Código Penal de un planteamiento global, sistemático y politicocriminal, sobre la tutela de las libertades informáticas, era la Ley de 5 de mayo de 1982 la que la ejercía, según su Disposición Transitoria Primera. Sin embargo, siendo aquélla una ley que, como señala su propia Exposición de Motivos, “no consagra nuevos tipos delictivos, ni define supuestos de responsabilidad penal para la eventualidad de su incumplimiento”, sino que establece únicamente infracciones y sanciones de carácter administrativo, el Proyecto de 1992, haciéndose eco de la extendida opinión doctrinal relativa a la necesidad de creación en nuestro sistema penal de ciertas tipologías sobre el uso indebido de la informática como modalidad

(12) Acerca de esta modalidad delictiva, con más detalle vid. MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., págs. 302 y 303; y LUZÓN PEÑA: “Protección penal...” cit., págs. 205 y ss.

concreta de atentado a la intimidad de las personas<sup>(13)</sup>, así como de la expresa regulación que en esa línea llevaron a cabo el Proyecto de 1980 y la P.A.N.C.P. de 1983, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos, ha tomado cartas en el asunto, incorporando al Título IX de su Libro II algunas infracciones sobre el particular.

Es decir, en lugar de seguir a tales efectos el sistema técnico-legal por el que ha optado la legislación comparada europea, esto es, el de las *Leyes especiales de protección de datos personales*<sup>(14)</sup>, ha preferido emplear el de creación de delitos dentro del propio Código, que operarán como normas penales en blanco (remisión a la Ley de 29 de octubre de 1992), con la finalidad de evitar que queden obsoletos en un breve plazo de tiempo y contribuyendo además a la consecución de un menor grado de dispersión legislativa en este ámbito, pese al riesgo de atentar al principio de legalidad que, como es sabido, pueden conllevar este tipo de normas.

Según la Exposición de Motivos del Proyecto, a través de los preceptos del Título IX relativos al uso indebido de la informática sólo se tutelará la intimidad de la persona, no en cambio la utilización con fines lucrativos o comerciales de los respectivos datos. En estos casos se aplicarán, o bien las reglas generales sobre responsabilidad civil derivada de delito, o bien las reglas concursales (art. 71) al existir dos infracciones penales distintas, la que se origina a consecuencia del atentado a la intimidad, de una parte, y la que surge mediante la citada comercialización (normalmente una estafa), de otra.

En este sentido, el art. 198, 2º castiga al que, sin autorización, se apodere de *datos reservados de carácter personal o familiar* de un tercero, registrados en *ficheros, soportes informáticos* o cualquier otra clase de *archivo o registro público o privado*. Junto a este tipo básico se añade otro agravado (art. 198, 3º) para el caso en que, además de apoderamiento hubiera ulterior divulgación. Esta normativa se completa con la incorporación a este contexto de unos tipos superagravados, si el apoderamiento se llevare a cabo por *personas encargadas o responsables* de esos ficheros, soportes informáticos, etc., siendo entonces la pena a aplicar la de prisión de dos a cuatro años, y si, además de ello, existiera divulgación, la sanción se eleva a la de prisión de tres a cinco años (art. 198, 4º). Se trata claramente de la expresa tipificación por el

(13) Por todos, MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., pág. 325. Del mismo: "Problemática jurídico-penal de las libertades informáticas en España tras diez años de vigencia de la Constitución de 1978", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol., XII, Santiago de Compostela 1987-1988, págs. 307 y ss. España ratificó el 28 de enero de 1981 el convenio para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal del Consejo de Europa.

(14) Una amplia exposición acerca de las respectivas legislaciones europeas sobre la materia puede verse en MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., págs. 334 y ss.

prelegislador, con pena superagravada, de la *infracción del deber de guardar el secreto profesional* por parte de los profesionales de la informática.

La intención que se vislumbra a través de la creación de estos tipos penales es obvia y, en principio, acertada: castigar los atentados relativos al uso indebido de la informática. Sin embargo, a poco que se profundice en esta nueva regulación surgen, cuando menos, dos problemas interpretativos. El primero se desprende de la puesta en relación del último de los tipos superagravados citados con el del art. 199, 2º, que con acierto recoge la infracción desde hace tanto tiempo demandada por la doctrina, relativa al incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva por parte de cualquier profesional en general, y no sólo del procurador y abogado, como sucede bajo la normativa vigente<sup>(15)</sup>. No obstante, el primer problema señalado radica en el hecho de la considerable diferencia existente a nivel de pena para los supuestos de divulgación de secretos por profesionales de la informática —máximo de cinco años de prisión— frente a la señalada para el resto de los profesionales —máximo de tres años de prisión—, si bien a estos segundos se les sanciona también con multa e inhabilitación especial para ejercer la profesión por tiempo de hasta seis años, mientras a los primeros en cambio no se les aplica ninguna de estas dos últimas penas citadas. Todo lo cual resulta incoherente y, salvo que exista alguna explicación concreta al respecto, que por mi parte no he alcanzado a vislumbrar, lo único que parece estar claro es que el prelegislador ha tenido la intención de distinguir a efectos de pena ambos supuestos delictivos, dando de esta forma lugar a que surja un concurso aparente de normas, a resolver por el principio de especialidad a favor del tipo de revelación de secretos por los profesionales de la informática más severamente castigados. De no existir tal explicación, habría que corregir de futuro el mencionado desfase de sanciones para evitar así cuestiones interpretativas de tipo sistemático, como las que acabo de exponer.

El segundo problema aludido hace referencia a la dualidad de infracciones y sanciones —penal y administrativa— que se aprecia con relación al deber de guardar secreto de los profesionales de la informática, cuya vulne-

(15) Es decir, salvo la infracción del deber de guardar secreto profesional de los funcionarios, regulada en distinto lugar del Proyecto, el precepto del art. 199, 2º comprende a todos los profesionales, sin distinción. A tales efectos, resultarán de gran interés los Códigos Deontológicos de los diversos Colegios Profesionales, como normativa complementaria al citado precepto desde el punto de vista de su efectiva aplicación, lo que no ocurre con las sanciones disciplinarias establecidas en dichos Códigos que, en la práctica, son en cambio normalmente ineficaces por su escasa utilización, debido al paternal corporativismo que suele caracterizar a los citados Colegios. De otra parte, parece obvio que los profesionales de la información estén también comprendidos en el precepto del art. 199, 2º. De interés en relación a este último supuesto la monografía de CARRILLO: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid 1993, la cual, entre otros aspectos, constituye una aproximación al "Estatuto Jurídico de los Profesionales de la Información".

ración, además de ilícito penal, puede también ser constitutiva de ilícito administrativo, concretamente de infracción grave o muy grave, a sancionar con multa comprendida entre los cincuenta y los cien millones de pesetas, según se desprende de los arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992 sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Es por ello que, no constando ningún otro tipo de matización legal sobre el particular, esa doble regulación y sanción respecto de un mismo hecho lesionaría el principio constitucional de *ne bis in idem*, a no ser que se entienda que el delito deberá perpetrarse siempre a título doloso, reservando en cambio la comisión imprudente para la infracción administrativa.

Debe finalmente añadirse que en este contexto relativo a la infracción del secreto, el Proyecto incluye un precepto, el del art. 199, 2.º, para los casos de revelación del mismo en razón al ejercicio de un *oficio* o de unas determinadas *relaciones laborales*, lo que pone claramente de manifiesto la expresa distinción operada por el prelegislador entre “profesión” en sentido estricto, concepto equivalente al desarrollo de una actividad intelectual o manual, puesta al servicio de otros y ejercida fundamental, aunque no exclusivamente, con ánimo de lucro y finalidad lícita, y “oficio”, como realización onerosa o gratuita de determinadas funciones de naturaleza no profesional<sup>(16)</sup>, en la misma línea pues de ampliación de la esfera del secreto a ambos supuestos que opera el Código Penal italiano (art. 622).

Desconcertante de todo punto resulta la disposición contenida en el art. 200 del Proyecto, que viene a sancionar con las penas del capítulo al que descubriere o revelare datos reservados de *personas jurídicas*, sin consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de dicho texto, que no pueden ser sino los comprendidos en sus arts. 284 y 285, relativos al descubrimiento y revelación de secretos industriales, así como a la competencia desleal, cuando se conculquen intereses económicos o competitivos de una empresa. En consecuencia, la disposición del art. 200 se destina exclusivamente a los supuestos que representen un atentado a la intimidad de las personas jurídicas (?), en la línea de interpretación que, según la Exposición de Motivos del propio Proyecto, viene ofreciendo el T.C. en los últimos tiempos. Pues bien, las mismas razones que impiden extender a tales personas y a los entes supraindividuales el concepto de honor como derecho de la personalidad, de carácter fundamental a tenor del art. 18.1 de la C.E. y predicable únicamente de las personas físicas<sup>(17)</sup>, resultan ahora aplicables en

(16) Cfr. MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., pág. 220.

(17) Sobre ese particular y desde una perspectiva crítica, vid. CARMONA SALGADO: *Libertad de expresión...* cit., págs. 155 y ss., así como los respectivos comentarios a las Ss. T.C. de 8 de junio de 1988 y 11 de noviembre de 1991, en *Cuadernos de Política Criminal* cit.

materia de intimidad, derecho asimismo fundamental, como declara el mencionado precepto constitucional. Las personas jurídicas no tienen honor ni intimidad, siendo en cambio portadoras de intereses susceptibles de tutela, como la fama, la reputación o el buen nombre, que pueden verse afectados mediante el descubrimiento o revelación de datos reservados pertenecientes a las mismas. Sin embargo, no es el ordenamiento penal, al igual que sucede en materia de honor, quien está llamado a ejercer dicha tutela, por las razones antes indicadas, sino el ordenamiento privado, y más concretamente el art. 1.902 del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual o aquiliana, a través del cual puede obtenerse la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios morales sufridos. Por lo tanto, la inclusión del precepto del art. 200 en el Título IX del Proyecto, relativo a la intimidad de las personas físicas, exclusivamente, representa la ficción de hacer extensivo este derecho privativo suyo a las personas jurídicas también, por entender que estas últimas están, a su vez, integradas por un colectivo de individuos, que pueden verse indirectamente afectados por los atentados dirigidos contra los citados intereses de aquéllas; precepto que, en consecuencia, resulta desconcertante y disfuncional al propio tiempo, en particular si se recuerda que en el contexto del honor, en cambio, el prelegislador ha optado con acierto por suprimir la expresa referencia, hoy aún vigente, a las corporaciones y a esa entelegia que son las legalmente denominadas “clases determinadas del Estado”.

En lo que concierne a la protección del derecho a la *propia imagen*, igualmente declarado fundamental por el art. 18.1 de la C.E. y tutelado de forma expresa por la Ley de 5 de mayo de 1982 junto al honor y la intimidad, el Proyecto de 1992, siguiendo la opinión de cierto sector de la doctrina, partidario de un tratamiento penal específico del citado derecho a partir de la consolidación de las nuevas y diversificadas técnicas de reproducción de la imagen física<sup>(18)</sup>, ha optado por un sistema de tutela singularizada del mismo, aunque concebido como un aspecto concreto de la intimidad en general<sup>(19)</sup>.

En este sentido, el Capítulo II del Título IX, en su art. 201 castiga al que utilizare, por cualquier medio, *la imagen o el nombre* de otra persona, sin su consentimiento, con fines comerciales, profesionales o publicitarios; y ello a pesar de que la Exposición de Motivos insiste en la idea de que a través de esta normativa sólo se tutela, o se tutela de forma primaria, el aspecto *espiritual* de la intimidad, como no podía ser menos, en atención a la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses

(18) Por todos, LUZÓN PEÑA: “Protección penal...” cit., pág. 209.

(19) En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ: “La protección del honor...” cit., págs. 104 y ss. La S.T.C. de 2 de diciembre de 1988 (caso Isabel Pantoja contra Reprographic S.A.) distingue netamente entre derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen.

que el mencionado precepto señala. Por lo tanto, si la imagen o el nombre se utilizan con fines distintos a los puramente atentatorios a esa citada vertiente espiritual, es decir, fines lucrativos, mediante los que el sujeto activo usa esos atributos de la intimidad de la persona como valor de mercado, supuestos éstos, por cierto, más frecuentemente cometidos en la práctica que los anteriores, su tipificación y castigo deberá resolverse a través de algún delito patrimonial, y más concretamente de defraudación, como la estafa o alguna de las infracciones contra la propiedad intelectual<sup>(20)</sup>.

Podría igualmente acudirse en los casos de atentado a la imagen en sentido estricto a la Ley de 5 de mayo de 1982, exigiendo mediante interposición de la correspondiente acción civil la procedente indemnización de daños y perjuicios, ya que el apartado 6 de su art. 7, aun cuando su redacción no es del todo adecuada, prevé el mismo supuesto delictivo del art. 201 del Proyecto al declarar *intromisión ilegítima* “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, si bien alude expresamente al uso indebido de la “voz”, que omite en cambio el art. 201.

En este contexto se ha planteado un asunto muy debatido por la práctica periodística en materia de conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, que es el relativo a los denominados supuestos de *oposición aparente* del sujeto afectado a la grabación de la misma, que se traduce en hipotética publicación no autorizada por parte del titular de las imágenes, cuya toma fue en cambio consentida en su momento. Al parecer, la solución a estos casos debe fundamentarse en la negativa de existencia de intromisión ilegítima en la intimidad o reserva de la imagen, pues hay en realidad consentimiento cuando es fingida la oposición (*ficción de oposición*), ya que el sujeto sabe y no evita que lo fotografíen o filmen en un determinado instante, pero es después de obtenida la publicidad deseada cuando finge no haber consentido jamás ni la grabación ni la ulterior publicación, exigiendo por todo ello la indemnización civil que considera oportuna<sup>(21)</sup>.

En relación precisamente a la expresa tutela que del derecho a la propia imagen efectúa la Ley de 5 de mayo de 1982, cierto sector doctrinal, al

(20) Piénsese, v. gr., en quien, con ánimo de lucro y sin la debida autorización, grabare la imagen y el sonido de la actuación en público de un famoso cantante, reproduciendo masivamente después la correspondiente cinta de vídeo y distribuyendo de forma ilícita las numerosas copias obtenidas (tipo agravado de piratería del art. 534 bis b), 2º). Vid. con más detalle sobre este particular, CARMONA SALGADO: *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1988, en particular págs. 214 a 216 y 308. De la misma, “Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual”, en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, págs. 346 y 347.

(21) Este y otros supuestos problemáticos en la práctica, en relación al derecho a la imagen, pueden verse en LUZÓN PEÑA: “Protección penal...” cit., págs. 213 a 216.

que me adhiero, considera que el mencionado derecho está suficientemente protegido a través de la vía civil, por lo que invocando el principio de intervención mínima considera innecesaria una mayor tutela a efectos penales<sup>(22)</sup>; opinión ésta que se refuerza si se observa que la sanción a imponer en los casos tipificados en el art. 201 del Proyecto es sumamente leve. En consecuencia, quizá fuera de futuro más apropiado dejar que sea aquella ley la que se encargue en exclusiva de la protección de este derecho, el cual, por otra parte, como sucede en general con los restantes derechos de la personalidad de los que me he venido ocupando, encuentra ciertas limitaciones a su tutela cuando se refiera a personajes públicos, pues no en balde el apartado 2 del art. 8 de la citada ley declara que “el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público...”.

Finalmente, el art. 201 del Proyecto determina el carácter semiprivado de este delito al exigir interposición de *denuncia* de la persona agraviada, ascendiente, representante legal o guardador de hecho y Ministerio Fiscal, por este orden, incorporando asimismo a su contexto la figura del *perdón* del ofendido o de su representante legal, que extinguirá no sólo la acción sino también la pena impuesta, salvo que se trate de menores o incapaces, en cuyo caso podrá aquél rechazarse. La inclusión de ambas instituciones jurídicas en el marco de esta infracción responde al carácter íntimo de la misma, que permite compaginar debidamente los intereses particulares del ofendido con los generales de la colectividad.

Concluyendo ya, el hecho de que el T.C. no haya tenido hasta el presente excesivas oportunidades de pronunciarse sobre la solución al conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, señalando los criterios ponderativos que ha ido en cambio elaborando paulatinamente en relación al derecho al honor, debido a la inexistencia en la normativa penal vigente de una regulación sistemática y globalizadora de tales derechos, no significa que el mencionado conflicto no esté servido en la práctica; y desde esta perspectiva lo que realmente se cuestiona es la determinación y alcance de los límites a imponer a los medios de comunicación pública —prensa, radio, televisión— frente a la difusión de imágenes o informaciones relativas a la vida privada de las personas, cuestión a su vez íntimamente unida al auge que tiene en nuestro país la prensa sensa-

(22) Así, BAJO FERNÁNDEZ: “La protección del honor...” cit., págs. 104 y ss.; y GARCÍA PABLOS: “La protección...” cit., pág. 221.

cionalista o “del corazón”, que difunde sucesos que en nuestro entorno cultural suelen considerarse integrados en la esfera íntima de aquéllas. En este orden de cosas, el mejor criterio para determinar cuál sea el interés preponderante que solventa el mencionado conflicto debe ser el relativo al *interés social* de la difusión de imágenes o información de noticias, que han de estar siempre al servicio de la *opinión pública libre*; por lo que si tales actividades van simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad morbosa de sus receptores, basándose exclusivamente en fines especulativos o en intereses económicos, el derecho a la reserva resultará preferente. Y ello, pese a la existencia en nuestro país de un gran sector de la sociedad que estimula y motiva este tipo de periodismo sensacionalista, pues este dato no constituye impedimento alguno a la protección de la intimidad o de la imagen cuando se den los requisitos necesarios para ello.

En definitiva, puesto que existen hoy poderosos medios técnicos para adentrarse en la vida íntima de las personas —teleobjetivos, informática, etc.— y razones económicas para la divulgación de lo mediante ellos obtenido, frente a una creciente demanda social morbosa de la vida íntima de los demás y, en particular, de quienes ocupan una relevante posición pública, será el legislador quien, al tipificar conductas lesivas de la intimidad, tenga que recordar los mínimos éticos sin los que la misma no se sustenta, obviamente más restringida para los personajes públicos o de vida notoria, sin olvidar tampoco que ya existe una cierta protección de este derecho a través de la Ley de 5 de mayo de 1982. En todo caso, es síntoma de madurez en una sociedad y en los medios de comunicación que la sirven la capacidad de realizar crítica política, social o institucional, sin necesidad de tener para ello que adentrarse en el mundo reservado de las personas implicadas.

# **LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992**

**JUAN-JOSÉ GONZÁLEZ RUS**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

## **SUMARIO**

- I. EL TRATAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES Y DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.
- II. LA DELIMITACIÓN DE LOS DELITOS PATRIMONIALES Y DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN EL PROYECTO DE 1992.
  - 2.1. Delitos que conservan su naturaleza patrimonial
  - 2.2. Delitos que ven reforzada su componente económica
  - 2.3. Delitos que cambian de naturaleza
  - 2.4. Comportamientos que dejan de ser delitos patrimoniales

### III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS PATRIMONIALES EN EL PROYECTO DE 1992.

- 3.1 EL hurto
- 3.2. Los robos
- 3.3. La extorsión
- 3.4. Robo y hurto de uso de vehículos
- 3.5. La usurpación
- 3.6. Las defraudaciones
  - 3.6.1. Estafa
  - 3.6.2. Apropiación indebida
  - 3.6.3. Infracción de los derechos de la propiedad
  - 3.6.4. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas
- 3.7. Las insolvencias punibles
- 3.8. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas
- 3.9. La usura
- 3.10. Daños
- 3.11. Disposiciones Comunes

### IV. CONCLUSIONES

## **I. EL TRATAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES Y DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO**

Frente a lo que venía siendo tradicional en anteriores Proyectos, el de 1992 (P92) trata conjuntamente, en su Título XII, los *delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico*, sin proceder a la distinción entre unos y otros. Aunque no se oculta que con ello se pretende evitar las críticas que siempre provoca una delimitación ciertamente complicada, la razón fundamental de tal proceder se debe, según la Exposición de Motivos (EM) del P92, a que la separación entre delitos patrimoniales y delitos económicos “no es imprescindible, aunque entre unos y otros haya diferencias de significado”. Añadiéndose que “la existencia de una importante zona intermedia o común entre ambos grupos, y la conveniencia técnica de evitar repeticiones de figuras, se unen a la convicción de que la teórica distinción entre lo individualista (patrimonial) y lo comunitario (económico), no es sostenible sin enormes reservas. Por ello es comprensible la rúbrica que se propone para un Título único, que de este modo resulta más conciso y claro y no genera problemas de interpretación o aplicación”.

Sin desconocer la razón que asiste a tales consideraciones, parece necesario convenir, sin embargo, en que la distinción entre una clase y otra de delitos resulta útil, precisamente para evitar los problemas de interpretación y aplicación que el P92 pretende conjurar con el tratamiento unificado. Baste recordar que la relación entre algunas modalidades de delitos se planteará en términos de concurso de leyes o de concurso de delitos dependiendo en gran medida de la naturaleza económica o patrimonial que se les reconozca. El caso de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, por citar sólo un ejemplo del derecho vigente, o el de los delitos societarios que incorpora el P92, muestra la necesidad del proceder a esa precisión; sin olvidar que en determinados aspectos sustanciales como el error o las penas que resultan apropiadas para los delitos económicos hay voces que reclaman, con argumentos muy atendibles, un tratamiento distinto para unos y otros.

Como consecuencia, resulta necesario diferenciar cuáles son los delitos patrimoniales y cuáles los de naturaleza socio-económica en el P92.

## II. LA DELIMITACIÓN DE LOS DELITOS PATRIMONIALES Y DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN EL PROYECTO DE 1992

### 2.1. Delitos que conservan su naturaleza patrimonial

Aceptando que los delitos económicos a menudo acaban incidiendo en el patrimonio individual y que, del mismo modo, algunos delitos patrimoniales tienen frecuentemente una trascendencia que va más allá de lo puramente privado la distinción entre unos y otros debe hacerse resaltando el aspecto lesivo dominante de los correspondientes tipos delictivos, en los que predomina una acepción u otra en términos lo suficientemente claros como para identificar el propósito político-criminal último al que responden. En este sentido es, pues, como puede hablarse de delitos económicos, dirigidos a la tutela del orden socioeconómico, y de delitos patrimoniales, destinados a la protección del patrimonio individual.

Como criterio de diferenciación general puede admitirse que los delitos económicos suponen la lesión de bienes jurídicos supraindividuales y resultan frecuentemente pluriofensivos, o por lo menos, por esa reconocida capacidad para afectar a lo patrimonial, tienen virtualidad para lesionar también el interés individual privado, aunque no sea éste el aspecto que se ha considerado preferente en la configuración típica, sino su incidencia en la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

A la vista de la configuración del Título XII del P92 de naturaleza inequívocamente patrimonial son: el **hurto** (Cap. I), el **robo** (Cap. II), la **extorsión** (Cap. III), el **robo y hurto de uso de vehículos de motor** (Cap. IV), la **usurpación** (Cap. V), las **defraudaciones** (Cap. VI: **estafas, apropiación indebida, infracción de los derechos de propiedad intelectual y defraudaciones de fluido eléctrico y análogos**) y los **daños** (Cap. X).

Los **préstamos y negocios abusivos** (Cap. IX), referencia con la que se alude a las tradicionales figuras de usura —que ya no es, en cuanto tal, constitutiva de delito— ven difuminado en el P92 incluso su contenido patrimonial, hasta el punto de que alguno de los tipos que incorpora, al prescindir del perjuicio al sujeto pasivo y de la propia condición abusiva del préstamo (art. 270), está más próximo a las coacciones que a las infracciones patrimoniales. Ello no obstante, y sin dejar de reconocer que se trata de comportamientos que revisten una componente socioeconómica nada desdeñable, y que como tales los considera un significativo sector doctrinal, la regulación que de los mismos se hace en el P92 los sitúa, a mi juicio sin duda alguna, en el campo

de los delitos patrimoniales. El objeto preferente de tutela en los negocios abusivos es el patrimonio, en términos, por lo demás, excesivos, incluso si se admite que el castigo de estos comportamientos requiere fórmulas flexibles sobre la situación abusiva para permitir la eficacia de la norma penal.

También de naturaleza patrimonial y no económica son las **infracciones de los derechos de la propiedad intelectual** (Cap. VI, secc. 3.<sup>a</sup>), consideradas en el P80 como delitos económicos, pero que, como ya reconocía la PA83, encuentra mejor acomodo entre los delitos patrimoniales. Así las contempla el P92, que, salvo la adecuación de las penas, mantiene la regulación vigente, en la que aun aceptándose por la mayoría que se contemplan tanto los aspectos morales como los patrimoniales del derecho de autor, la doctrina dominante mantiene su naturaleza de infracción patrimonial y no económica.

Además de la colocación sistemática y del cambio de rúbrica, que al preferir la alusión a la *propiedad intelectual* viene a reforzar ese carácter, así lo confirma el análisis de los tipos, que, como ya se ha dicho, son los mismos que en el derecho vigente: 1) la coincidencia entre la mayoría de las conductas del tipo básico (reproducción, distribución y comunicación pública), con los que la LPInt denomina *derechos de explotación*, de sentido claramente patrimonial; paralelismo que es extensible a la importación, exportación o almacenamiento; 2) la naturaleza transferible de casi todos los derechos contemplados, que pueden *cederse* a otros, lo que sería imposible si se tratara de facultades estrictamente personales; 3) el fundamento patrimonial de la mayoría de las circunstancias agravantes, bien porque reclaman directamente la concurrencia de elementos de naturaleza patrimonial (ánimo de lucro, especial trascendencia económica de las copias, especial gravedad del daño causado) bien porque, aun contemplando aspectos de sentido personal (derecho de divulgación, usurpación de la condición de autor, modificación sustancial de la obra) su aplicación requiere la previa realización del tipo básico, en el que es prevalente la dimensión patrimonial.

Mayor margen para la discusión hay, en cambio, sobre la naturaleza de las **insolvencias punibles** (Cap. VII). Un sector doctrinal, valorando especialmente las consecuencias criminológicas y la incidencia que tienen en el tráfico económico y financiero, considera que en las insolvencias se contempla a los acreedores como categoría y no como titulares concretos de derechos de crédito, por lo que otorga a estos delitos una dimensión supraindividual, que les hace reconocerlos como delitos contra el orden socioeconómico y, en particular, delitos contra el **sistema crediticio**, tal y como hiciera el P80. La posición doctrinal mayoritaria, sin embargo, mantiene la naturaleza patrimonial de tales comportamientos, cuya regulación, prima, por encima de cualquier

interés económico general, el derecho de los acreedores a satisfacer sus obligaciones en el patrimonio del deudor. A pesar de que el P92 amplía el ámbito tradicional del delito de alzamiento hasta comprender los créditos y deudas públicas, ello no altera la naturaleza patrimonial de los delitos de insolvencia. Y es que las personas jurídicas públicas vienen contempladas simplemente en su condición de acreedores defraudados con la conducta del sujeto, en un plano equiparable al de los sujetos privados.

Si el P80 asignaba naturaleza económica a las insolvencias era porque en su regulación incorporaba elementos que lo permitían. Así, las referencias a la *crisis económica* en la descripción de la conducta o la apelación al quebranto de la *economía nacional* o a las *consecuencias sociales* de la insolvencia, daban apoyo, cualquiera que fuera el juicio que ello mereciera, a la sistemática legal y a la idea de que lo preferente en esos comportamientos eran sus consecuencias en el orden socioeconómico. Por eso que en la PA83, con su alojamiento entre los delitos patrimoniales, desaparezcan esas referencias típicas. Y ese mismo carácter patrimonial es el que inspira la regulación del P92.

A tenor de lo expuesto, de naturaleza económica son pues, los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y los consumidores (Cap. XII), la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (Cap. XIII), los delitos contra los derechos de los trabajadores (Cap. XIV) y los delitos societarios (Cap. XV), resultando discutible la naturaleza que cabe reconocer a la alteración de precios en concursos y subastas públicas (Cap. VIII) y la recepción y el blanqueo de dinero (Cap. XVI).

Sistemáticamente, la línea fronteriza entre unos y otros delitos se encuentra en las disposiciones comunes del Cap. XI, pareciendo patrimoniales los recogidos antes y económicos los que se contienen después. Así lo reconoce la propia EM, al declarar que con el Cap. XII se inicia el grupo de infracciones en las que el carácter económico prepondera sobre el patrimonial. Como consecuencia, y a pesar de las expresas manifestaciones en contra y de los esfuerzos argumentales utilizados en la EM, no puede decirse que el P92 sea ajeno, incluso en el terreno sistemático, a la diferenciación entre unos y otros delitos. Es más: podría mantenerse que el Título la establece, desmintiendo las declaraciones justificativas de una omisión sistemática que sustancialmente se lleva a cabo vía capítulos.

En esa división global, sólo la **alteración de precios en concursos y subastas públicas** se encuentra, a mi juicio, mal colocada. Situada en el Cap. VIII, sería un delito patrimonial y no económico; como por lo demás mantiene un sector doctrinal respecto de la fórmula equivalente del derecho vigen-

te. Considero, por el contrario, que lo protegido es la libertad de pujas y no el patrimonio individual. Lo que da auténtico sentido político-criminal a la figura es, por así decir, el mantenimiento de la libre competencia en las subastas, adquiriendo una dimensión que trasciende del interés individual y que las acerca a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Reducir conductas como el intento de alejar a los postores o el concierto con el fin de alterar el precio del remate (art. 269) a la protección del patrimonio individual supone en realidad desconocer (y limitar) el sentido del comportamiento sancionado y el significado y trascendencia de la situación que penalmente trata de reprimirse.

## 2.2. Delitos que ven reforzada su componente económica

En este caso se encuentran las **maquinaciones para alterar el precio de las cosas** (art. 288), a pesar de que mantienen una fórmula semejante a la actual. La colocación entre los *delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores* y la aclaración expresa de que el castigo por maquinaciones se producirá sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos zanja de manera definitiva la polémica en torno a la naturaleza del delito, en el que un sector doctrinal, bien es verdad que minoritario, ve una infracción contra el patrimonio individual. En el P92, sin embargo, no hay duda de su carácter económico.

Desaparece la emblemática referencia a cualquier otra *maquinación*, y, a cambio, se añade a los medios comisivos la utilización de información privilegiada, y, dentro de los objetos cuyo precio se intenta alterar, la referencia a los servicios. No se mencionan tampoco las agravaciones para productos de primera necesidad y abuso de la condición de beneficiario de concesiones o subvenciones públicas que establece el Código vigente y que, en términos similares, mantenían los proyectos anteriores. Tampoco se alude expresamente, como se hacía en ellos, a que los hechos serán punibles aunque se produzcan en el extranjero.

Acertado me parece, en cambio, que con su colocación en el Cap. XVI, junto con el blanqueo de dinero, la **receptación** vea reforzada su dimensión económica. Hoy es prácticamente unánime el criterio de que la receptación es un *delito de referencia*, en el sentido de que necesita de la previa realización de otro al que se vincula de manera necesaria. La conexión se lleva al punto de entender que la receptación lesiona el mismo bien jurídico que se haya visto afectado con el previo delito, suponiendo la continuación de la actividad delictiva principal, que lleva del estadio de la consumación al del agotamiento. En ese entendimiento ha tenido mucho que ver la relación con

el encubrimiento, de manera que, a pesar de la indiscutida autonomía conceptual, legalmente sancionada a partir de 1950, la receptación ha seguido siendo interpretada y concebida de acuerdo con premisas semejantes a las de éste, que primaban la vinculación con el delito anterior y la lesión patrimonial que el mismo comportaba, en detrimento del auténtico sentido de la conducta, que tiene incidencias más generales. Desde luego, en el P92 no puede encontrarse ningún elemento que permita asociarla a la lesión de la Administración de Justicia, como se ha pretendido en algún caso, también sin fundamento, en el derecho vigente.

Abordada sin ataduras (conscientes o inconscientes) al encubrimiento —menos justificables en el P92, que ya no lo considera una forma de participación—, la receptación, más que con el delito anterior, guarda relación con el interés general en no favorecer la delincuencia patrimonial o económica, en la medida en que la posibilidad de que el autor vea facilitada la obtención real del lucro pretendido con el delito constituye un factor decisivo en el desarrollo de este tipo de criminalidad. Político-criminalmente, pues, el castigo de la receptación adquiere una amplitud que va más allá de la protección del patrimonio particular, para incidir directamente en el ámbito de los intereses generales. Y así es como creo que debería enfocarse definitivamente su tratamiento.

La regulación del P92, sin embargo, no es consecuente con la idea que parece sugerir la colocación sistemática, incurriendo en una especie de esquizofrenia que mantiene y combina aspectos que refuerzan la idea patrimonial y la económica. Así, aunque acoge los supuestos de auténtico encubrimiento, en los que, con simple *animus adiuvandi*, se favorece a los autores para que se aprovechen de los efectos del delito o falta (art. 306.1), se agrava la pena cuando los objetos se reciben para traficar con ellos (art. 306.2), revelando de esta forma que predomina la dimensión económica sobre la patrimonial. Y es que si la receptación se concibiera efectivamente como una ulterior agresión al patrimonio afectado por el delito del que proceden los efectos, la gravedad del hecho debería ser la misma tanto si el provecho es para el tercero que los adquiere para sí como si se consiguen para traficar con ellos, pues idéntica es en ambos casos la subsidiaria lesión del patrimonio afectado con el delito principal. Que, por el contrario, se castigue más gravemente el tráfico que el provecho propio o que el de los autores evidencia que lo que se toma en cuenta es la incidencia que en el desarrollo de la delincuencia patrimonial tiene el segundo comportamiento, resaltando, así, la naturaleza económica del delito, entendida en el sentido de que en el orden económico el tráfico de bienes y servicios debe ir referido a objetos y transacciones lícitas. Más clara aún es la connotación económica en el *blanqueo de dinero* (art.

309), en el que la vinculación con los efectos o bienes “reconvertidos” es muchos más remota y que persigue sancionar la incorporación al tráfico económico lícito de ganancias obtenidas con la comisión de delitos.

Estas conclusiones, que apuntan, a mi juicio, en la línea político-criminal adecuada, se contradicen, sin embargo, con la vinculación establecida a la pena de la receptación respecto del delito de que provienen los bienes o efectos (art. 306.3); previsión, por cierto, que no figuraba en el Anteproyecto, y que viene a recuperar la idea de asimilación al encubrimiento. Otro tanto sucede con la diferenciación entre receptación de delitos y la de faltas (art. 307), que viene igualmente a consolidar la naturaleza *dependiente* de la receptación.

La desaparición del encubrimiento como forma de participación en el P92 tiene, como no podía menos que ocurrir, incidencia en la regulación de los delitos de *receptación y blanqueo de dinero* de que se ocupa el Capítulo XVI del Título XII, el último que se dedica a los delitos patrimoniales y contra el orden económico. Como consecuencia de ello, la receptación incluye tanto los casos de *aprovechamiento propio como aquéllos en los que se ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del delito*. Por lo demás, las previsiones contenidas en los artículos 306 a 309 reproducen básicamente el tratamiento vigente, simplificando la redacción y, por lo general, mejorándola. Como principal novedad, se incorpora, como modalidad delictiva específica, el *blanqueo de dinero* (art. 309), mientras que la receptación de efectos o ganancias derivadas del tráfico de drogas se incluye dentro de la regulación de éstos. La receptación de delitos se extiende tanto a los patrimoniales como a los económicos, exigiéndose de manera expresa el ánimo de lucro y que no se haya tomado parte en él ni como autor ni como cómplice. La cualificación por la habitualidad, que desaparece, se sustituye por la *dedicación al tráfico*, a la que se conecta la utilización de establecimientos abiertos al público. La misma estructura se mantiene para la receptación de faltas, con la particularidad de que sólo se castiga la habitual (art. 307). Para la de delitos, se mantienen las limitaciones de pena y la posibilidad de declarar la inhabilitación y la clausura del establecimiento. En el art. 309 se castiga, en términos más próximos al favorecimiento personal que a la receptación, a quien *adquiera, convierta o transmita bienes, a sabiendas de que éstos tienen su origen en un delito grave, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos* y a quien *oculte o encubra la verdadera naturaleza y transformaciones sufridas por bienes procedentes de un delito grave*. Es punible también la comisión por *imprudencia grave*, aplicándose

los preceptos aun cuando el delito principal o los actos que se sancionan se hayan realizado total o parcialmente en el extranjero.

Otro tanto ocurre con el *blanqueo de dinero proveniente de delitos de tráfico de drogas* (artículos 356, 357 y 358), cuyo sentido se explica más en términos de reforzamiento de la prevención general en un ámbito ciertamente necesitado de mantenerla que en el real establecimiento de nuevos tipos delictivos, en la medida en que hubiera bastado completar y agravar para esos casos el delito del art. 309, dado que sustancialmente contemplan los mismos supuestos. Ello hubiera reforzado la naturaleza independiente del delito y habría evitado la incomprensible paradoja de que, contra lo que parece pretender el P92, el ámbito de lo punible sea más amplio en el blanqueo de dinero proveniente de delitos graves que en el referido al tráfico de drogas, dado que en éste no se castigan las formas imprudentes, lo que sí se hace en aquéllos (art. 309.3).

### 2.3. Delitos que cambian de naturaleza

En el P92 cambian de ubicación sistemática, por considerar preferente la dimensión colectiva sobre la patrimonial, los incendios y los estragos. Ambos aparecen recogidos dentro del Título XIV, dedicado a los *Delitos contra la seguridad colectiva*; como ya hicieran tanto el Proyecto de 1980 como la Propuesta de 1983, cuyo articulado, por lo demás, transcribe de manera prácticamente literal en una buena parte de su contenido. La sistemática interna del Capítulo II en donde se recogen (*De los incendios y otros estragos*) es la misma que la del Código, dedicando secciones propias a los incendios, a los incendios forestales, a los estragos, a los incendios y estragos en bienes propios y una última dedicada a castigar, como disposiciones comunes, las formas de imprudencia grave.

En lo que hace concretamente a los **incendios**, y castigando también siempre la voladura, se mejora la regulación vigente, simplificándola y haciéndola, si no buena, por lo menos más decorosa; lo que, para decirlo todo, no significa demasiado puesto que la actual es sencillamente impresentable. La alternativa tradicionalmente planteada en torno a la naturaleza de estos delitos, que se debate entre su consideración como delitos de lesión de la propiedad ajena o como delitos de peligro para bienes jurídicos individuales (vida, integridad) o colectivos (medio ambiente), se decanta —con alguna incomprensible vacilación— en favor de la segunda, aceptando con buen criterio el principio de que la posibilidad de propagación y el riesgo son consustanciales al concepto de incendio. Los criterios seguidos para la articulación de las correspondientes figuras giran en torno a la naturaleza y características del objeto incendiado, el peligro de propagación y la existencia o no de per-

sonas en el lugar del incendio, manteniendo en último término, por tanto, los principios que utiliza el Código.

Las formas más graves del delicto van referidas al *incendio o voladura de edificios, locales o medios de transporte que contengan materiales explosivos o inflamables, cuando ello pueda representar un grave peligro público* (art. 330, 1º), al mismo comportamiento *cuando en los mismos hubiere una concurrencia numerosa de personas* (art. 330, 2º), imponiéndose las respectivas penas en su mitad superior si *hubiere existido peligro de propagación*.

El conocimiento o desconocimiento de que dentro del *local o medio de transporte que se incendia o vuela* había personas, marca las diferencias entre los incendios recogidos en el art. 331, exigiendo, como el derecho vigente, en un caso, que se *supiera que dentro se hallaban una o más personas* (1º) y, en otro, que se *ignorara su presencia*, diferenciando aquí según que hubiera habido o no peligro real para las mismas.

En el art. 332 se castigan los incendios o voladuras no comprendidos en los anteriores, (1) *cuando fueren en poblado o hubiere peligro de propagación, si el peligro hubiere afectado a la vida, integridad o salud de las personas*, modalidad más grave y (2) *si el peligro fuere exclusivamente contra la propiedad*. Como consecuencia, en los incendios de exclusivo riesgo patrimonial lo determinante es el peligro de propagación, circunstancia que explica que se haya prescindido de cualquier referencia a la cuantía, que ya no tiene incidencia alguna en orden a la pena. Los incendios que supongan la destrucción de bienes ajenos, sin peligro para otros bienes jurídicos, deberán ser tratados como delito de daños. No por casualidad no se contiene definición de los mismos y se los configura de manera residual al especificar que dentro de ellos se incluyen *los no comprendidos en otros Títulos de este Código* (art. 273). Con ello se mantiene una solución semejante a la del actual art. 553, que remite a los daños el castigo de los incendios (inferiores a cincuenta mil pesetas) producidos en circunstancias que excluyan todo peligro de propagación. Resulta incomprensible, sin embargo, que en el art. 276, entre los daños, que supuestamente no deben acoger más que atentados a la propiedad, se alojen *incendios... que pongan en peligro la vida o integridad de las personas*.

Los *incendios forestales* (sección 2ª) reproducen sin cambios la regulación vigente. Otro tanto sucede con los *incendios en bienes propios*, que coinciden con los actuales artículos 555 y 556. Expresamente se castiga la *imprudencia grave*, diferenciando a efectos de pena según que *hubiere habido peligro para la vida, salud o integridad de las personas* (art. 340) o que tal peligro no hubiere existido (art. 341). Las penas que se señalan son, por lo general y donde la comparación cabe, semejantes a las actuales.

En el P92 los **estragos** (art. 329), situados junto a los incendios, en sección propia, ven sustancialmente alterada su naturaleza, desdoblándose en dos grupos de figuras: unas, las que ahora comentamos, y otras recogidas en los daños (artículos 275 y 276) sobre bases más semejantes de las actuales. Los primeros, de delitos de resultado pasan a ser *delitos de peligro concreto*, configurados como *normas penales en blanco*, y contruidos en torno al *incumplimiento de las reglas de seguridad establecidas en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de sustancias (explosivas, inflamables, corrosivas, radiactivas, tóxicas o asfixiantes), aparatos o artificios que puedan causar estragos, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas*.

Sobre semejantes bases se asienta la segunda modalidad delictiva, dirigida ahora a la *infracción de las reglas de seguridad establecidas en la construcción, conservación, acondicionamiento o mantenimiento de obras e infraestructuras, siempre que la inobservancia de las mismas pudiera ocasionar resultados catastróficos y pusieren en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas* (art. 329.2)

De acuerdo con las características del Título en el que se incluyen (*delitos contra la seguridad colectiva*), la técnica legal utilizada adelanta la intervención penal al momento del mero peligro, exigiendo el incumplimiento de las normas administrativas sobre el tema. La fórmula, que es poco recomendable en general, porque con el excesivo recurso a las normas penales en blanco amenaza con convertir al Derecho Penal en el *brazo armado* del Derecho Administrativo, parece ser, sin embargo, la única político-criminalmente eficaz en la tutela de intereses de naturaleza colectiva. Resulta censurable, en cambio, que se castigue la imprudencia grave sin peligro para la vida, salud o integridad de las personas (art. 341), viniendo a sancionar directamente una mera infracción administrativa, que debería desaparecer.

El cambio de acento en la represión va acompañado, como no podía ser menos, de una sustancial rebaja de las penas (seis meses a dos años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de tres a seis años), limitando el arbitrio judicial a términos razonables. Sorprende, no obstante, que a la imprudencia grave con peligro, castigada en el art. 340, se le señale la pena de seis meses a cuatro años, sin que se prevea limitación alguna respecto de la señalada para el delito doloso, cuyo máximo es, justamente, la mitad.

De forma incomprensible, en la medida en que rompe con los puntos de partida que parecían justificar la sistemática seguida, dentro de los daños se recoge, como estragos, en el art. 275 la *destrucción, inutilización, incluso*

*temporal, o grave daño de obras, instalaciones militares, buques y aeronaves militares, medios de transporte y otros recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, y, en el art. 276, castigándolos más gravemente, los mismos hechos cuando se cometieren mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas.* En definitiva: en lo que debía contemplar sólo atentados patrimoniales se prevén figuras de grave riesgo para intereses personales y colectivos por el simple hecho de que ya no determinan el peligro de destrucción del objeto sino el daño efectivo del mismo.

#### 2.4. Comportamientos que dejan de ser delitos patrimoniales

En el P92, siguiendo a la PQ83, **los medios de pago y de crédito** dejan de merecer protección penal en cuanto tales. Como es sabido, en su vertiente económico-patrimonial, el cheque en descubierto puede ser contemplado penalmente desde dos perspectivas. En primer lugar, como forma específica que puede adoptar el engaño propio de la estafa, pues quien expide un cheque sin fondos aparenta una solvencia (*apariencia de crédito*) que no tiene y que es, en principio, idónea para provocar un error en virtud del cual quien recibe el cheque lleva a cabo un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero. La dimensión patrimonial es, en este caso, la preferente, inscribiéndose el cheque dentro de las formas de engaño típicas de la estafa, ya esté previsto de manera expresa (normalmente para considerarlo una forma agravada) ya dentro del concepto general de la misma.

Pero, junto a esta posibilidad, puede entenderse que el cheque y la letra de cambio, cada vez más importantes como medio de pago o de garantía en el tráfico mercantil, deben ser objeto de protección específica como título formal y abstracto, y con independencia de su contenido patrimonial concreto, puesto que mantener la confianza en su valor solutorio resulta necesario para la seguridad del tráfico jurídico. Mientras que en el primer caso el cheque en descubierto es un delito patrimonial orientado al perjuicio sufrido por el sujeto pasivo, en el segundo, la tipificación expresa habría de inscribirse, propiamente, en el ámbito de los delitos contra el orden económico, ya que lo penalmente relevante no es que quien recibe un cheque sin fondos no percibe la cantidad por la que se expide, sino el atentado al valor abstracto del título en sí mismo, cuya función instrumental debe ser protegida. Con la particularidad de que si la opción de incluirlo en la estafa siempre está abierta, aun sin previsión expresa, esta segunda vía requiere una decisión político-criminal propia, que fundamente la necesidad y la posibilidad de la protección penal en un tipo específico. Esta última ha sido la opción elegida por el derecho vigente, remontándose a los antecedentes del Código de 1928,

al haber considerado necesario el legislador la existencia de un tipo que se ocupe concretamente del *cheque en descubierto*: el art. 563 bis b), que da contenido al Cap. IX bis, del Título XIII y que como mantiene la doctrina mayoritaria tutela el tráfico mercantil.

Y ésta es la posición que no comparte el P92, que con la supresión viene a dar respuesta a las voces que en contra de la punición expresa del cheque en descubierto y de la letra de cambio vacía se han alzado en la doctrina de manera prácticamente unánime, advirtiendo que con la tipificación expresa puede propiciarse la utilización de ambos como instrumento de chantaje con el que, ante la amenaza de instar la persecución penal, se conmina al pago al librador. En el fondo, ello no es sino una manera de restaurar la *prisión por deudas*, instrumento absolutamente repudiable en una sociedad civilizada e innecesario para preservar la efectividad de unos instrumentos cuyo reforzamiento puede procurarse por otros procedimientos más efectivos y menos censurables. Tanto el cheque en descubierto como la letra de cambio vacía pueden encontrar protección suficiente, como ya ocurre, con las figuras de las falsedades y la estafa, en los términos en los que lo viene tratando la jurisprudencia, que castiga por estafa sin dificultad alguna los casos de apariencia de crédito, falsificación de la letra o de la firma de acepto y fraudes en la renovación de letras.

Personalmente entiendo que, como hace el P92, es bastante la previsión expresa de una circunstancia de agravación específica en la estafa, que contemple los casos en que el delito se comete *mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio* (art. 254.1, 3º); lo que, por otra parte, puede servir para resolver las dudas actuales sobre la existencia de relación causal entre el engaño y el acto de disposición en las letras *vacías o de colusión*, y dejar fuera de la intervención penal las *letras de favor* aceptadas libremente y sin engaño por el librado.

### III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS PATRIMONIALES EN EL PROYECTO DE 1992

La denominación *delitos contra el patrimonio* resulta preferible a la vigente de *delitos contra la propiedad*, que, salvo concretas excepciones, resulta generalmente criticada por la doctrina. Probablemente seguirá abierta, sin embargo, la discusión en torno a cuál es la concepción del mismo que mejor se corresponde con la regulación propuesta. Personalmente, considero preferible la tesis *mixta*. Como consecuencia, el objeto material de los corres-

pondientes delitos ha de tener valor económico y ha de encontrarse en poder del sujeto en virtud de alguna relación jurídicamente reconocida, considerando comprendidas dentro del mismo las cosas poseídas ilegítimamente o de tráfico ilícito.

Todas las figuras delictivas presuponen que la cosa objeto del delito tiene valor económico, siendo éste el que se toma como referencia, en su caso, para la diferenciación entre el delito y la falta, que se cifra ahora en las cincuenta mil pesetas. Así, en el hurto (*cuantía de lo sustraído*, art. 327; *valor de lo hurtado*, art. 602.1), el *furtum possessionis* (*valor de la cosa*, art. 239 y 602.2), el robo y hurto de uso (*valor* del automóvil o ciclomotor, art. 248 y 602.3), la apropiación indebida (*cuantía de lo apropiado*, art. 256), la apropiación de cosas perdidas (*valor apropiado*, art. 257) o entregadas por error (*cuantía de lo recibido*, art. 256), etc.

A pesar de la referencia genérica al patrimonio, las figuras que se contemplan son, como también advierte la posición mayoritaria, *delitos contra los elementos integrantes del patrimonio*, en la medida en que el perjuicio que los delitos reclaman no puede determinarse (ni siquiera en la estafa), de acuerdo con una comparación global del patrimonio antes y después del delito, sino conforme a una perspectiva atenta al elemento patrimonial concretamente lesionado. De otra forma, ni podría diferenciarse entre el perjuicio típico y la responsabilidad civil derivada del delito ni se respetarían las exigencias del principio de culpabilidad. Expresamente se advierte en la estafa que el *perjuicio* va referido a la *cuantía de lo defraudado* (art. 252.1 en relación con el 252.2). El mismo hecho de que en la fijación de la pena se mencionen como elementos diferentes el *importe de lo defraudado*, por una parte, y el *quebranto económico ocasionado al perjudicado* (art. 253), por otra, muestra que el perjuicio que requiere el delito va referido exclusivamente al concreto acto de disposición que realiza el engañado; lo que no impide, como hace el precepto y el propio derecho vigente para agravar la pena, que para la fijación de la misma se tome en cuenta lo oneroso que en su conjunto ha resultado el hecho para el sujeto pasivo.

En general, los delitos patrimoniales ven agravadas sustancialmente las penas respecto de las actuales, en ocasiones hasta límites poco comprensibles. En este sentido, debe tenerse en cuenta que aunque cuantitativamente las penas señaladas son de menor duración, la desaparición de la redención de penas por el trabajo supone en la práctica un importante endurecimiento de las mismas. Recuérdese que la *redención ordinaria* implica que, incluidos sus efectos sobre el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, el cumplimiento real se vea disminuido en un 54% sobre la duración efectivamente impuesta, y que si la redención es *extraordinaria* ese beneficio llegue

al 66%. Por ello, las penas del P92 que considerando sólo la redención ordinaria sean un tercio inferiores a las del Código son, en realidad, iguales.

Debe destacarse también la incorporación del arresto *fin de semana* y del nuevo sistema de *días/semanas/meses multa*, que se utilizan frecuentemente en los delitos patrimoniales. Por lo demás, el P92, salvo la desaparición de los delitos complejos en el robo con violencia o intimidación en las personas, no incorpora reformas de relieve sobre lo conocido, aunque, por lo general, introduce modificaciones técnicas, basadas sobre todo en criterios jurisprudenciales, que a menudo mejoran la regulación vigente y que iremos comentando en cada delito concreto.

El P92 introduce algunas alteraciones sobre la regulación que contenía el Anteproyecto. Los cambios más significativos se producen en las defraudaciones de la propiedad industrial, dentro de la órbita de los delitos socioeconómicos, y que son prácticamente nuevas. En relación a los delitos patrimoniales, además de cambiar la numeración de los artículos, se ven afectados el hurto (en el que se incorpora una segunda modalidad basada en la habitualidad), la extorsión (a la que se señala pena propia y se reclama la inmediatez en el acto que se exige al sujeto pasivo), al alzamiento (en el que se amplía el campo de las obligaciones y procedimientos incluidos), los préstamos y negocios abusivos (porque en el Anteproyecto se castigaba, en realidad, cualquier préstamo, abusivo o no), la sustracción de cosa propia (a la que a la utilidad social se añade la utilidad cultural), el tipo agravado de daños (en el que mencionan los yacimientos arqueológicos) y las reglas de determinación de la pena en la receptación de delitos (para evitar que pueda ser superior a la del delito encubierto).

### 3.1. El hurto

No se han atendido por el P92 las voces que cuestionan la conveniencia de mantener la tipificación penal del delito de hurto y que propugnan desde su degradación a la categoría de ilícito civil o administrativo, hasta su persecución a instancia de parte, fundamentalmente por entender que son numerosos los casos de “bagatela” que acaban mereciendo la atención penal. Tampoco se ha considerado oportuno, con buen criterio, sancionar el hurto de uso, salvo en el caso de los vehículos de motor.

Por el contrario, el P92 respeta la concepción y los criterios de tipificación actualmente vigentes, avanzando en las pautas legislativas que sancionara la Reforma de 1983. El hurto pasa a ser el primero de los delitos patrimoniales que se regula, mejorando con ello la sistemática actual, que opta por el criterio de la gravedad. El tipo básico (art. 237) se limita a introducir modifi-

caciones de estilo respecto del contenido del art. 514; suprime la referencia excluyente a la ausencia de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, ciertamente superflua e incorpora la pena aplicable, lo que la convierte ya en una norma penal completa en la que el *tomar y el ánimo de lucro* juegan un papel central. El objeto material sigue siendo una cosa *mueble ajena* y su cuantía sigue siendo relevante para diferenciar el delito de la falta (art. 602), estableciéndose la frontera en 50.000 pesetas.

Como número 2.º, el art. 237 incorpora una nueva modalidad de hurto (que no se recogía en el Anteproyecto), en la que se castiga con la misma pena *al culpable habitual de la falta de hurto*, entendiendo por tal al que haya sido *condenado por tres faltas de hurto en los tres años anteriores a la comisión de la que se juzga*. Más que la habitualidad, es la reincidencia la que fundamenta el tipo delictivo, por lo que, en la medida en que agrava la pena en base a circunstancias ajenas al injusto cometido, le alcanzan las mismas dudas de constitucionalidad que a aquélla.

Como agravaciones del hurto (art. 238) se matienen las vigentes, con mejoras de prosa, aunque con la misma vaguedad que caracteriza las descripciones típicas de algunas de ellas, construidas en torno a elementos valorativos de precisión siempre incierta y que introducen un amplio margen de discrecionalidad. Como agravación nueva se incorpora el porte de armas e instrumentos peligrosos *sin hacer de ellos alarde o exhibición y siempre que no hayan causado intimidación*; advertencia ciertamente innecesaria, en lo relativo a la intimidación, puesto que de concurrir se integraría el robo, y de claro origen jurisprudencial en lo relativo a la ausencia de exhibición, puesto que el TS viene estimando que ello ya integra el uso.

Como novedad, se trae al capítulo del hurto el *furtum possessionis*, manteniendo la fórmula del art. 532, 1.º, con la adición, acertada, de que el delito se comete también por el tercero que realiza la sustracción con el consentimiento del dueño. Si la cuantía fuere inferior a cincuenta mil pesetas se apreciará la falta del art. 602.2. Las penas se ven sustancialmente agravadas (seis meses a dos años para el tipo básico y de uno a cinco años para las agravaciones).

### 3.2. La robos

El P92 regula conjuntamente el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas (Cap. II), que, por lo demás, define en los mismos términos que en el código vigente (art. 240). De manera más discutible, en cambio, trata primero el robo con fuerza y después del robo con violencia.

El **robo con fuerza** se mantiene en términos similares a los actuales, si bien se refuerza su naturaleza de hurto agravado. Además de situarse inmediatamente después del hurto, prefiriendo el criterio de la afinidad estructural al de la gravedad —que hubiera justificado tratar primero el robo con violencia—, así lo confirma el hecho de que desaparezcan las circunstancias de agravación específicas del robo con fuerza y le sean aplicables las previstas para el hurto. Político-criminalmente se mantienen los mismos principios que inspiran la regulación vigente, aunque la desaparición de la diferencia de pena en razón de la cuantía y el sistema de agravaciones dispuesto suponen de hecho llevar a término el camino iniciado con la Reforma de 1983 y construir el robo con fuerza en base al desvalor de acción, pasando la entidad del resultado a cumplir una función complementaria. Las penas, por lo general, resultan más graves que las actualmente previstas.

La definición del delito es la del vigente art. 500 (art. 240), respetándose también, salvo cuestiones de detalle que mejoran el texto, el concepto legal de fuerza (art. 241), que sigue siendo *normativo*, y que debe concurrir en la ejecución del hecho. Así, en relación a la *fractura interior*, se hace mención expresa al forzamiento de sus cerraduras o *claves para sustraer su contenido*. La sustracción del objeto cerrado en donde se encuentra la cosa ya no es sólo para fracturarlo o violentarlo *fuera* del lugar del robo, sino que se comprende también la que se produce en *el lugar del robo*. No se alcanza a ver, sin embargo, la razón de la adición, pues el concepto de sustracción para forzar tiene sentido sólo cuando la apertura se produce en un momento posterior al apoderamiento, pero no cuando se produjera donde y cuando se roba.

El concepto de llaves falsas es también como el actual (art. 242), con la particularidad de aclarar que han de servir para acceder al lugar donde se encuentra la cosa, con lo que queda claro que la utilización de las mismas para salir del lugar integra el hurto y no el robo. Expresamente se mencionan las legítimas *pérdidas* por el propietario u *obtenidas por un medio que constituye infracción penal*, aceptando legalmente el criterio amplio —comprensivo no sólo del hurto y robo sino también de la estafa o la apropiación indebida—, mantenido en este tema por la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria. Llave falsa se considera también a *las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia*, zanjando también aquí la polémica y dejando fuera, sin embargo, los cierres exteriores provistos de clave digital o lógica, que sólo se mencionan para la fractura interior.

Las agravaciones son las mismas que las del hurto, al que se remite (art. 244), aunque se mantiene la tipificación expresa del robo en casa habita-

da o *locales abiertos al público*, novedad que permitirá acoger algunos de los supuestos de robo en edificios públicos y entidades bancarias, mercantiles o recaudatorias, que desaparecen. Tampoco se prevén las de asalto a vehículos o personas que transporten caudales. Desaparecen, igualmente, en buena hora, la tenencia de útiles para el robo, la asociación para cometer el delito de robo y la entrada en heredad ajena para cazar y pescar.

Las penas dispuestas son importantes: uno a cinco años para el tipo básico (art. 243) y tres a seis años para los agravados; lo que supone elevar las penas actualmente previstas. Se advierte expresamente que los daños causados como consecuencia del robo se apreciarán en concurso de delitos (art. 245). Sorprende, sin embargo, que mientras que para el robo con violencia o intimidación sólo se acepte el concurso si los actos de violencia física fueren constitutivos de delito (art. 246.1), para el robo con fuerza en las cosas se acepte tal posibilidad tanto si los daños son constitutivos de delito como si integran una falta.

En cuanto al **robo con violencia o intimidación en las personas**, el P92 rompe con la técnica de la previsión de delitos complejos y, atendiendo las unánimes solicitudes doctrinales, opta por la de la tipificación de una modalidad básica de robo con violencia e intimidación en las personas abierto a la apreciación del concurso de delitos, si los actos de violencia *física* que se realicen fueren constitutivos de *delito* (art. 246). La pena se agrava si se hiciere uso de armas o instrumentos peligrosos, en términos semejantes a los previstos en el párrafo último del art. 501 vigente. Las penas (tres a siete años, para el tipo básico, cinco a siete, para el agravado) son sensiblemente superiores a las actuales y podrán imponerse en el grado inferior si la *violencia o intimidación fuere insignificante*.

La voluntad del P92 parece ser, pues, la de incluir dentro del robo con violencia o intimidación cualquier coacción física o psíquica que se ejerza sobre el sujeto, aun *insignificante*, lo que supone ampliar los términos del robo a costa del hurto. De acuerdo con ello, aun la fuerza física más nimia o la amenaza más ridícula (un simple empujón; o me das el reloj o le digo a tu novio que estabas en la calle con unos amigos) puede integrar un delito de robo, que debería castigarse, como mínimo, y cualquiera que sea la cuantía del objeto, con la pena de año y medio de privación de libertad; lo cual, dicho llanamente, me parece una barbaridad. Sorprende, igualmente, que sólo la violencia física pueda dar lugar al concurso de delitos y que éste sólo sea apreciable cuando tales actos sean constitutivos de *delito*, lo que significa que los constitutivos de falta quedan consumidos en los tipos correspondientes. La extrañeza es mayor si se recuerda que para el robo con fuerza y para la extorsión el concurso surge tanto si el hecho es constitutivo de delito como de falta.

Este principio de que el concurso de delitos sólo se produce cuando la *violencia física* sea constitutiva de *delito*, configurando el robo con violencia como una especie de complejo de delito de robo y falta de lesiones, permite sugerir que la *insignificancia* de la violencia o intimidación que puede determinar la rebaja de la pena debe interpretarse en el sentido del simple *maltrato de obra*, contemplado como falta en el art. 597.2. En todo caso, no queda claro qué tratamiento debe darse a la intimidación, pues una interpretación literal del precepto debería llegar a la absurda conclusión de que no cabe apreciar el concurso ni aun cuando cause lesiones constitutivas de delito. Probablemente queriendo huir de la eventual confusión con las amenazas se ha caído en el absurdo de excluir las lesiones.

Desaparecen las previsiones relativas a la consumación (art. 512) y al robo en cuadrilla. Tampoco son aplicables las agravaciones previstas para el hurto o el robo con fuerza, lo que simplificará la determinación de la pena; aunque en ocasiones puede resultar más penado un hurto agravado que un robo con violencia o intimidación en las personas.

### 3.3. La extorsión

En el P92, la extorsión (art. 247) figura en capítulo propio (III), a continuación del robo y conservando su naturaleza híbrida, a caballo entre éste, las coacciones y las amenazas condicionales. Como novedades más significativas debe resaltarse la exigencia explícita de *ánimo de lucro* y la mención de la omisión, manteniéndose el requisito de *perjuicio patrimonial propio o de tercero*. La conducta típica ya no gira en torno a las escrituras públicas o documentos, sino que se trata ahora de obligar a otro, también con violencia o intimidación, a *realizar u omitir un acto o negocio jurídico*, descripción de contenido más amplio que el vigente y que acentúa el paralelismo con las coacciones.

La referencia a la *inmediatez* (que no figuraba en el Anteproyecto) persigue, evidentemente, proporcionar un criterio capaz de diferenciar a la extorsión de las amenazas condicionales. Frente a la técnica del Anteproyecto, que se remitía al robo con fuerza para señalar la pena, el P92, aunque la mantiene en los mismos términos, la señala directamente (uno a cinco años de privación de libertad). Se salva la posibilidad de concurso *si lo actos de violencia física constituyeran infracción penal* en términos distintos a lo previsto para el robo con violencia, que se limita a los casos de *delito*, lo que hace todavía menos comprensible la limitación a los delitos establecida en aquél.

### 3.4 Robo y hurto de uso de vehículos

Dando contenido al Cap.IV, recoge el art. 248 el *robo y hurto de uso de vehículos*, rúbrica suficientemente expresiva del giro que se da a la regulación del tema respecto de la vigente, que tiene mucho que ver en la contradicción existente entre las conclusiones a que lleva la formulación típica y la inconsecuencia político criminal que muchas de ellas suponen, lo que obliga a la doctrina a sustentar criterios y argumentaciones que favorecen la racionalidad del precepto a costa del rigor en el análisis del tipo. Con la referencia al *robo y hurto de uso*, en cambio, se deja claro que la utilización de vehículo debe ir precedida siempre de un apoderamiento de esa naturaleza, con exclusión de los casos en que se obtiene el automóvil o el ciclomotor en virtud de otros medios como el engaño (*estafa de uso*) o cuando el sujeto tiene el vehículo con la autorización del propietario (chófer, mecánico, etc.), pero lo utiliza para unos fines distintos a los consentidos y por tanto ilegítimos (*apropiación indebida de uso*), que, como simples incumplimientos contractuales que son deben quedar relegados al ámbito civil, laboral o administrativo.

Propiamente, el delito sanciona la *sustracción sin ánimo de apropiación*, sin que importe cuál sea la finalidad de la misma. Tratando de dejar claro que sólo se quieren castigar los comportamientos que tienen su origen en un apoderamiento del vehículo, se ha cambiado sustancialmente el sentido de la conducta típica, más amplia que la vigente, en cuanto que, en rigor gramatical, la utilización ya no es el eje en torno al que gira el tipo delictivo. La alusión de la rúbrica al *uso*, sin embargo, y la referencia expresa en la falta correlativa a la *utilización*, puede permitir restringir el tipo a estos propósitos; aunque no resultaría improcedente modificar la prosa en este sentido. La exigencia de *sustracción*, que comporta *ánimo de lucro* y la de que no concurra *ánimo de apropiación*, reafirma la autonomía conceptual de uno y otro.

La especificación de que la sustracción ha de ser de un *automóvil o ciclomotor* resolverá el problema de éstos, mantenidos incomprensiblemente fuera del tipo por una cierta interpretación del precepto vigente. Si se continuara con los actuales criterios de dependencia interpretativa respecto de la normativa administrativa, sin embargo, quedarán fuera del delito los *vehículos especiales*, expresamente excluidos del concepto de automóvil por el Anexo del RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Se mantiene tanto la *restitución directa como la indirecta*, aunque el plazo se amplía a *cuarenta y ocho horas* y se incluye expresamente como ele-

mento del tipo básico. Pasado ese plazo sin que se produzca la restitución el hecho pasa a castigarse como hurto o robo, pues se presume *ex lege* la voluntad de apropiación. Si la sustracción se hiciera empleando fuerza en las cosas se eleva la pena, mientras que si se hubiera utilizado violencia o intimidación las penas aplicables son las de este delito. La supresión de las penas privativas de libertad inferiores a seis meses que se mantiene en el P92 con carácter general, determina que se prefieran aquí las de arresto fin de semana y la multa.

La falta del art. 602.3, introduce modificaciones conceptuales que, en rigor, la hacen distinta de la conducta descrita en el delito. Manteniendo el núcleo típico en la *sustracción sin ánimo de apropiación*, se refiere, además de a los ciclomotores, a los *vehículos de motor*, concepto que en la normativa administrativa no es coincidente, como se ha dicho, con el de automóvil que se menciona en el delito. Del mismo modo, se precisa la *utilización* del vehículo (*si el valor del vehículo utilizado no excediere de cincuenta mil pesetas*), lo que no se explicita en la descripción del delito, capaz de acoger la sustracción hecha con cualquier finalidad. Se reproduce con ello el fenómeno a que ya nos tiene acostumbrados el legislador de definir de forma distinta la conducta ilícita en el delito y en la falta o en las agravaciones que establece, lo que constituye una práctica poco clarificadora que convendría corregir para el futuro. En todo caso, parece más adecuada la descripción de la falta que la del delito.

Como agravaciones de la falta se prevé la concurrencia de fuerza en las cosas, que, como en el delito, da lugar a la imposición de la pena (arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses) en la mitad superior, y la violencia o intimidación en las personas, que determina la calificación del hecho como delito de robo o hurto de uso de vehículos de motor.

### 3.5. La usurpación

Lejos de cualquier propósito despenalizador, el P92, continuando la línea de anteriores proyectos, dedica a la usurpación un capítulo propio (IV), en el que junto a las conductas que actualmente recogen los artículos 517 y 518 incorpora nuevas formas de delito (artículos 249 a 251). En términos prácticamente idénticos se recoge la ocupación de inmuebles y la usurpación de derechos reales, en la que se *exige violencia o intimidación en las personas y ocupación de una cosa inmueble o usurpación de un derecho real de ajena pertenencia*. Como nueva modalidad delictiva se incorpora la *ocupación de viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, o el mantenimiento en ellos contra la voluntad del titular*, con lo que la *ocupación pacífica de inmuebles*, atípica en el derecho vigente, pasa a ser punible.

Igualmente sin modificaciones se prevé la alteración de lindes, diferenciando entre el delito (art. 250) y la falta (art. 603) según que la *utilidad reportada o que hubiere debido reportar* sea o no superior a cincuenta mil pesetas; si no es estimable será siempre constitutiva de falta. La distracción de aguas se lleva a un artículo propio (art. 251) en el que, junto a la fórmula actual, se añade la referencia a *represar* aguas y se prevé una agravación para el caso de que se causare un grave perjuicio a la causa pública o a terceros. Excepto en este último caso, en el que se señala pena de privación de libertad (seis meses a un año), en los restantes se recurre al arresto de fin de semana o a los meses multa.

### 3.6. Las defraudaciones

En secciones separadas y bajo la rúbrica general de las *defraudaciones* contempla el Código, por este orden, *las estafas*, la *apropiación indebida*, la *infracción de los derechos de la propiedad intelectual* y las *defraudaciones de fluido eléctrico y análogas*, que brevemente comentamos a continuación. Frente al criterio del Código, no se le reconoce ese carácter ni a las insolvencias punibles, que se tratan en capítulo aparte, ni a las defraudaciones de la propiedad industrial, que se contemplan junto con los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

#### 3.6.1. Estafa

El P92 mantiene el concepto de estafa en los mismos términos que el Código, con la particularidad que supone añadir la estafa mediante procedimientos informáticos, al declarar también que *cometen estafa los que, con ánimo de lucro, realizaren una manipulación informática que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, y así ocasionare un perjuicio a otro* (art. 252.2). Se mantiene la diferencia entre el delito y la falta en razón de la *cuantía de lo defraudado*, elevando el límite a las cincuenta mil pesetas (art. 253). Al añadirse que la fijación de la pena se hará teniendo en cuenta *el importe de lo defraudado y el quebranto económico ocasionado al perjudicado*, entre otras circunstancias, se reafirma la idea de que el perjuicio, que es el que determina la entidad del injusto, debe valorarse desde una consideración atenta a *los elementos integrantes del patrimonio*. Prueba de ello es que, diferenciándose entre cuantía del perjuicio y quebranto económico global, sólo el primero sirve para fijar la condición de delito o falta del comportamiento.

De las circunstancias de agravación actuales desaparecen las relativas a la estafa de seguro, la de supuestas influencias o remuneraciones a funcionario público y la de múltiples perjudicados; supresiones acertadas, particular-

mente la última, en la medida en que evitará las actuales interferencias con el delito continuado. Como novedades, se incorporan las agravaciones consistentes en realizar el delito *mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio*, la *sustracción u ocultación de procesos, expedientes, protocolos o documentos*, la afectación de bienes que integren el *patrimonio histórico, artístico, histórico o cultural*, y el *aprovechamiento del autor de su credibilidad empresarial o profesional*, lo que refuerza la idea de que los juicios de valor pueden integrar el engaño propio de la estafa. Se corrigen, además, algunos de los defectos apuntados respecto de las circunstancias de agravación que se mantienen (desaparición de la exigencia de *alterando*, en lo relativo a cosas de primera necesidad y otros bienes, desaparición en la estafa procesal de la alusión a *fraude procesal administrativo análogo*, referencia a la *familia* en la grave situación económica y sustitución del *abuso de superioridad por el abuso de las condiciones personales de la víctima*). Modificaciones todas que, en general, mejoran el artículo (art. 254).

Las llamadas *estafas inmobiliarias* (art. 255) mantienen los mismos comportamientos y resuelven alguna de las lagunas que presenta la regulación vigente, incorporándose al mismo artículo el otorgamiento de contrato simulado. Desaparece de entre las estafas el *furtum possessionis*, que se lleva al hurto.

Las penas experimentan una elevación sobre las vigentes, más o menos acusada según los casos, hasta el punto de las estafas en las que concurra la agravación especial (art. 254.2), semejante a la actual, resultan más castigadas que el robo con violencia o intimidación, lo que no parece que tenga una explicación político-criminal razonable. Tampoco, que la estafa agravada puede resultar más castigada que el hurto y que el robo con fuerza también agravado por las mismas circunstancias.

### 3.6.2. Apropiación indebida

Las modificaciones que introduce el P92 en la regulación de la apropiación indebida son más de forma que de contenido, con lo que serán aprovechables los criterios doctrinales y jurisprudenciales en torno a la interpretación de los títulos válidos, la determinación del bien jurídico protegido y los demás elementos de la conducta típica. También permanecen los riesgos de confusión entre la apropiación indebida y la simple e inconstitucional *prisión por deudas*; especialmente si siguen en vigor las previsiones de la legislación especial que aproximan la apropiación indebida al simple incumplimiento contractual y a la tutela de derechos de crédito surgidos en determinados ámbitos (hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, compraventa de bienes muebles a plazos, anticipos en la construcción de viviendas).

Permanece igual el tipo básico (art. 256), con la simple adición de *los valores*, dentro de la enumeración de posibles objetos materiales, lo que supone avanzar en la inclusión dentro de la apropiación de los *derechos de crédito*. La diferenciación entre el delito y la falta se establece en 50.000 ptas.; como ahora, la pena se agrava en caso de depósito miserable o necesario.

La apropiación de bien perdido se recoge en artículo propio (art. 257), exigiendo expresamente ánimo de lucro y mencionando junto a la cosa perdida la que sea *de dueño desconocido*. Atendiendo las solicitudes doctrinales, que vienen advirtiendo la evidente diferencia de gravedad que existe entre estos comportamientos y los de apropiación indebida propiamente dichos o la estafa, la pena que se señala es sustancialmente menor que la de éstas; aunque se agrava si la cosa fuere de interés histórico, cultural o artístico.

Zanjando la polémica planteada en el derecho vigente, también en artículo propio (art. 258) se recogen los casos de *apropiación indebida de dinero o cosas recibidas por error*, cuando la cuantía sea superior a 50.000 pts., y que se castigan con la misma pena que la apropiación de cosa perdida. No se contiene ninguna previsión, en cambio, sobre la apropiación de cuotas retenidas de la Seguridad Social o del impuesto de la renta de las personas físicas, con lo que parece que se acepta la tesis jurisprudencial partidaria de incluir ambos supuestos dentro del delito sin reparo alguno.

### 3.6.3. Infracción de los derechos de la propiedad intelectual

Con la salvedad de acomodar las penas al sistema del P92 y retoques de estilo de orden menor, no se produce modificación alguna de la regulación vigente. Sólo la rúbrica, que pasa a referirse ahora a *la infracción de los derechos de la propiedad intelectual*, reafirmando su naturaleza patrimonial, y la limitación expresa a cinco años del cierre temporal del establecimiento del condenado (art. 261), sufren variaciones. El *ánimo de lucro* sigue siendo una circunstancia de agravación y no una característica general del delito, como reclamaba un sector doctrinal, y se mantiene el complicado sistema de agravaciones, lo que probablemente debía haberse reconsiderado.

### 3.6.4. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas

El P92 menciona expresamente, junto a la energía eléctrica, las defraudaciones de *gas, agua, teléfono u otro elemento, energía o fluido ajenos* aco- giendo en un mismo precepto (art. 263) tanto las que se realicen por el suministrador en perjuicio del consumidor como las de dinámica contraria, con lo que se corrige la inexplicable diferencia de pena que existe en el Código. Se mantiene la exigencia de que la defraudación se produzca por los mismos

procedimientos que recoge el derecho vigente, debiendo resaltarse la cita expresa del *teléfono*. En precepto aparte (art. 264) se castigan las defraudaciones que se produzcan *empleando medios clandestinos distintos de los expresados*.

### 3.7. Las insolvencias punibles

En el Cap. VII del Título trata el P92 de las *insolvencias punibles*, rúbrica más exacta que la vigente y cuya regulación, de una parte, se ve sustancialmente simplificada, eliminando las enojosas remisiones usadas ahora en las quiebras y las prolijas descripciones de los concursos, y, de otra, ampliada, al incluir obligaciones y supuestos delictivos nuevos, algunos de los cuales, sin embargo, vienen siendo castigados por la jurisprudencia aun sin mención expresa. El presupuesto de los delitos sigue siendo la insolvencia provocada por el deudor, que impide que los acreedores puedan realizar sus créditos.

El alzamiento se contiene en el art. 265, 1º, en términos idénticos a los vigentes, aunque a efectos de pena ya no se distingue entre el comerciante y el no comerciante. Al mismo artículo se incorporan la realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones tendentes a *impedir la eficacia de un procedimiento ejecutivo o de apremio, iniciado o de previsible iniciación* (2º) y la insolvencia total o parcial del *responsable de un delito, provocada con posterioridad a su comisión con el fin de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del mismo* (art. 266).

Los dos nuevos supuestos no pueden tener otro sentido que el de anticipar el momento de alzamiento, hasta comprender obligaciones todavía no exigibles (procedimiento ejecutivo o de apremio de *previsible iniciación*, o responsabilidad civil *ex delicto* todavía no declarada). En este segundo caso, resolviendo la polémica en torno a cuándo surge la obligación en favor del momento del hecho y no en el de la sentencia que lo califica de delito y declara la responsabilidad civil *ex delicto*. En la práctica los casos comprendidos en los nuevos supuestos delictivos ya vienen siendo declarados punibles por la jurisprudencia, que a pesar de declarar como norma general que las obligaciones han de ser preexistentes, legítimas, reales, generalmente vencidas, ha apreciado el alzamiento cuando el autor de un delito oculta los bienes para eludir el pago de la indemnización, antes de que se produzca la sentencia (STS. de 1 de febrero de 1965) o durante el proceso, en una reclamación de alimentos (STS. de 6 de noviembre de 1984). Probablemente, por eso, hubiera sido preferible una declaración general que dejara clara la aplicabilidad del alzamiento a todos los supuestos de este tipo, antes que, como se ha hecho, la previsión concreta de algunos. De esa forma se habría evitado el

riesgo de que se entienda que no son punibles aquellos otros semejantes que se encuentren en situación de *litispendencia* en jurisdicciones distintas de la penal (pensiones alimenticias, por ejemplo).

Como en el derecho vigente, no se requiere la causación de perjuicio efectivo a los acreedores, aspecto resaltado por los distintos tipos al referirse a conductas *tendientes a impedir* (art. 265.1, 2º) o que *intentan eludir* los pagos o la satisfacción de los créditos (art. 265.2). La persecución del alzamiento será posible *aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal* (art. 265.3), con lo que se evita la posibilidad de que la declaración de responsabilidad por el alzamiento cometido quede paralizada por el posterior procedimiento civil destinado a declarar la quiebra o el concurso; aspecto en el que se insiste después para las quiebras, los concursos y las suspensiones de pagos (art. 267).

El campo de actuación de los delitos se amplía al comprender tanto los procedimientos judiciales como los administrativos y, como consecuencia, las obligaciones civiles y aquellas en las que el acreedor sea *una persona jurídica pública o privada* (art. 265, 2º). De esta forma, se incorporan al ámbito del alzamiento los casos en los que el acreedor es el Estado, las Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y organismos públicos, dando un nuevo sentido a las obligaciones penalmente contempladas, que actualmente vienen circunscritas a las de naturaleza privada. Como consecuencia, también las multas penales y las sanciones administrativas, deudas tributarias, costas procesales, cuotas de la Seguridad Social, etc., quedan comprendidas dentro del delito. Dentro de las obligaciones o deudas cuyo pago se intenta eludir se cita expresamente a *los derechos económicos de los trabajadores* (art. 265, 2º), sustituyendo con ello el tipo específico que figuraba en el Anteproyecto, referido expresamente al *alzamiento laboral*, y en el que se recogía la conducta de quien *en caso de crisis de empresas, hiciere ineficaces maliciosamente los derechos económicos de los trabajadores* (anterior 261, 2º).

Por lo que hace a las quiebras y concursos, el P92 respeta el precedente que supuso la Propuesta de 1983. La actual exuberancia de supuestos queda limitada a un lacónico *cuando la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre* (art. 267), previsión que se extiende también a la suspensión de pagos y que obligará a los Tribunales a determinar qué conductas concretas son las que se castigan. Para la graduación de la pena se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio, el número de los acreedores y su condición económica (art. 267.2), con lo que indirectamente parece requerirse la causación de un perjuicio efectivo a los acreedores, como sucede en el derecho vigente. Sólo se castigan las formas dolosas de comisión, lo que supone una limitación significativa sobre el derecho

vigente en el que, como es sabido, las *quiebras culpables* (que no se refieren a supuestos imprudentes de quiebra, sino a supuestos de quiebra distintos de las fraudulentas) pueden realizarse tanto dolosa como culposamente. Desaparecen, igualmente las previsiones sobre la complicidad en las quiebras y concursos, que se regirán por las reglas generales.

Uno de los objetivos más claros que se persigue con la regulación propuesta en el P92 es independizar la normativa penal de la mercantil, lo que se evidencia no sólo en la descripción típica, que no se remite directamente al Código de Comercio, sino también en los criterios de persecución establecidos.

En este sentido, *el delito y los delitos singulares relacionados con éste podrán perseguirse sin necesidad de esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuidad de éste* (art. 267.3), lo que supone, como recuerda la propia E.M., desvincular la persecución penal del procedimiento civil, en la medida en que la declaración penal de responsabilidad por los delitos que hayan podido cometerse como consecuencia de la insolvencia puede producirse sin esperar a declaración civil alguna. Como contrapartida lógica se prevé que *el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa* (art. 267.3). En todo caso, se insiste, *la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal* (art. 267.4). Ello supone acabar con la condición de perseguibilidad sancionada tanto en el Código Penal como en el de Comercio, puesto que la independencia de juez penal respecto de la calificación de la quiebra hecha por el juez civil ya constituye una posición doctrinal y jurisprudencial plenamente consolidada.

Expresamente se pena la *presentación de datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr la declaración de la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos* (art. 268).

### 3.8. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas

En capítulo propio (VIII), y separada de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, recoge el P92 *la alteración de precios en subastas públicas* (art. 269). Junto a los comportamientos actualmente castigados, consistentes en *solicitar dádivas o promesas para no tomar parte en la subasta o intentar alejar de ella a los postores*, por los mismos medios y con igual finalidad que recoge el derecho vigente, se amplía el castigo a los que *se concretaren entre sí o los que fraudulentamente abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación*, con lo que se colman las lagunas que presenta el Código. La pena (prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro

meses) se verá acompañada de la *inhabilitación especial del derecho a contratar con las Administraciones Públicas*, siempre que se tratare de una *subasta oficial*; previsión que sirve, además, para hacer explícito el deseo de acoger tanto a las subastas públicas, en sentido estricto, como a las privadas de acceso público; lo que, por otra parte, puede mantenerse igualmente en el derecho vigente. Como ya se comentó, su tratamiento como delito patrimonial constituye un error que convendría corregir.

En el P92, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas se recogen dentro del Capítulo XII, dedicado a los *delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores* (art. 288), revelando con ello la naturaleza socioeconómica que se reconoce al delito. Circunstancia en la que se insiste, al aclarar que el castigo por maquinaciones es *sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos*, lo que nos exime aquí de cualquier otro comentario.

### 3.9. La usura

El P92 contempla *los préstamos y negocios abusivos* (Cap. IX), modificando las actuales tipicidades, pero sin replantearse los principios político-criminales que inspiran la regulación vigente, de forma que la represión penal de la usura no sólo no queda limitada respecto de lo que contempla el derecho vigente, como desde antiguo viene reclamando la doctrina, sino que, por el contrario, amplía su campo de acción hasta límites exagerados e incomprensibles. Ello, hasta el punto de que lo único bueno que puede decirse de la regulación propuesta es que desaparecen los preceptos relativos a las casas de préstamos sobre prendas.

Con independencia del criterio que merezca la práctica usuraria en sí misma, es mayoritaria la opinión de que los postulados político-criminales en que se asienta el Código vigente son inadecuados. La posición doctrinal común entiende, con razón, que, aparte de que el préstamo al margen del sistema financiero y crediticio oficial constituye hoy una realidad residual, el protagonismo central de la intervención jurídica debe llevarlo la normativa civil declarando la nulidad de los mismos, debiendo limitarse la actuación penal a sancionar los casos en que se abusa de las condiciones de inferioridad, de angustiosa necesidad o de la incapacidad o impericia del prestatario para imponerle intereses o condiciones abusivas, como hiciera ya el Código de 1928 al incorporar por primera vez el castigo de la usura.

Sin compartir esos postulados político-criminales, el P92 castiga en el art. 270 a quien *determine a otro a aceptar como prestada cantidad superior a la realmente recibida* con lo que, si bien se requiere acertadamente algún

género de constreñimiento de la voluntad del prestatario, al prescindir de la referencia a la usura y no exigir ni siquiera que el hecho sea abusivo (esa referencia se contiene únicamente en la rúbrica) ni habitual, literalmente se considera constitutivo de delito el hecho de prestar por una única vez, sin interés, un millón de pesetas, pongo por caso, *determinando* a otro a aceptar que en el contrato figure que lo recibido es un millón veinticinco mil; y ello aun en el caso de que pueda resultar beneficioso para el prestatario (por razones fiscales, por ejemplo). Que ello se castigue con la pena de prisión de seis meses a ¡cuatro años! y multa de doce a veinticuatro meses me parece desproporcionado. Y desde luego, lo que no queda nada claro es que estemos ante un delito patrimonial y no ante uno contra la libertad. Únicamente una interpretación estricta del término *determinar* podrá paliar algunos de los excesos expuestos, que deberían ser, sin embargo, reconsiderados.

Otro tanto sucedía con la redacción que en el Anteproyecto tenía el art. 271 y que el P92 ha corregido, de manera que ya no se limita, como se propuso inicialmente, a castigar a quien *encubriere con otra forma o estipulación contractual la realidad del préstamo o intereses que posteriormente exija al prestatario*, sino que es preciso que ello se haga para *ocultar el negocio abusivo*; mención que debería haberse hecho también en el art. 270 y se habrían evitado las consecuencias apuntadas. La referencia a *encubrir los intereses* resuelve legislativamente la duda planteada por doctrina y jurisprudencia sobre el particular.

Más razonable es el texto de art. 272, equivalente al actual 544, que debería ser el único contemplado penalmente, y que son las adiciones del *incapaz* junto a la del menor y la del *abuso de la ignorancia de otro*, y la exigencia de que el acto de disposición, la obligación o la transmisión de derechos sea en *su perjuicio*, se sitúa en un plano político-criminal razonable si no fuera porque las penas (mitad superior de las previstas en los otros casos) me siguen pareciendo excesivas. Sustancialmente el precepto ve ampliado su contenido respecto de su correspondiente del Código (art. 544), puesto que en el P92 ya no se limita a obligaciones, descargos o transmisiones de derechos *por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble*, sino que acoge cualquier negocio jurídico realizado en perjuicio del sujeto pasivo.

### 3.10. Daños

El delito de daños se contiene en el Cap. X del Título XII del P92. Sin definirlos y conservando el parentesco con el incendio y los estragos, se castigan *los daños en la propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos, superiores a cincuenta mil pesetas*, (art. 273), única referencia cuantitativa utilizada en los daños dolosos y que sirve para diferenciarlos de la falta del art.

604.1. Como en el derecho vigente, no se define qué ha de entenderse por daños, recurriendo también a una fórmula residual que no contribuye a la delimitación de su contenido. Con la particularidad, sin embargo, de que si en el Código del análisis de los distintos tipos delictivos puede deducirse que daño equivale a destrucción, deterioro o inutilización de la cosa, en el P92 la conclusión parece que ha de ser distinta, entendiendo que sólo el deterioro queda comprendido en el concepto de daños. Así, el art. 275, el único que contiene una descripción de la conducta, se refiere al que *destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal* los objetos que se refiere, diferenciando entre conceptos que evidentemente no pueden ser iguales. Los absurdos que puede provocar una interpretación de este tipo no parece que deban ser encarecidos, por lo que debe confiarse en que el defecto sea subsanado.

Los tipos cualificados (art. 274), son, salvo retoques de redacción, los mismos que recoge el derecho vigente, con la salvedad de haber prescindido, acertadamente, de la ejecución en cuadrilla o despoblado.

Los daños por imprudencia grave se castigan únicamente en dos casos: los *superiores a cincuenta mil pesetas*, cuando se produzcan en *archivo, registro, museo, biblioteca, o institución análoga y en bienes de interés histórico, cultural, artístico, científico o monumental* (art. 277), y, con independencia del objeto al que afecten, los *superiores a veinte millones de pesetas* (art. 278), cuya persecución queda supeditada a la *denuncia* del perjudicado, sus herederos o representante legal y el Ministerio Fiscal, si lo considera oportuno cuando la persona agraviada fuere de todo punto desvalida, reconociéndose en estos casos la operatividad del perdón.

Tipos autónomos, desgajados de los estragos, pero conectados con ellos, ser recogen en el art. 275, que castiga la *destrucción, inutilización, incluso temporal, o grave daño de obras, instalaciones militares, buques y aeronaves militares, medios de transporte y otros recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas*, y en el art. 276, castiga más gravemente los mismos hechos cuando *se cometieren mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas*. Su sentido se corresponde con el actual contenido de los estragos más que el que tienen las figuras que en el P92 se conocen como tales y que ya quedan comentadas. La razón del diferente alojamiento sistemático parece haber sido el deseo de respetar la diferencia de bienes jurídicos, allí la seguridad colectiva, aquí la propiedad pública, más exactamente militar, y las consecuencias técnicas que de ello se derivan (delitos de resultado los aquí contemplados, de peligro y *en blanco*, los afectantes al bien colectivo). No creo, sin embargo, que estén bien situados los daños e incendios a instalaciones

militares, pues si se considera necesaria su tipificación expresa debe ser porque la naturaleza del objeto los convierte en *algo más* que unos simples daños; un *algo más*, de evidente naturaleza política, que probablemente debería haber sido el elemento tomado en cuenta para su inclusión entre los delitos contra el orden o los poderes públicos. En todo caso, resulta incomprensible que si la razón de trasladar los incendios a un Título distinto era porque se atendía al peligro que comportan para otros bienes jurídicos se mantengan aquí *incendios... que pongan en peligro la vida o integridad de las personas*.

Dentro de los que parecen ser ya *delitos contra el orden socioeconómico* se incluye, en el Capítulo propio, la *sustracción de cosa propia a su utilidad social* (art. 291), que coincide con la regulación vigente, salvo modificaciones de estilo que no alteran sustancialmente su contenido.

### 3.11. Disposiciones comunes

El Cap. XI recoge dos disposiciones comunes aplicables a los que parecen ser delitos contra el patrimonio. La primera, manteniendo la excusa absolutoria usual en estos delitos: *Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados y, si vivieren juntos, los ascendientes, descendientes, afines o adoptivos, o hermanos por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, defraudaciones, hurtos de uso de vehículos o daños que se causaren entre sí* (art. 279.1). Con ello, además de incluir el hurto de uso de vehículos y excluir a las defraudaciones, se restringe el beneficio a los casos en que hubiere convivencia efectiva entre los parientes, exigiendo que *viviesen juntos*, tal y como venía reclamando la doctrina mayoritaria. La exención, naturalmente, no alcanza a *los extraños que participaren en el delito* (art. 279.2). La segunda para castigar expresamente con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente, la *conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de robo, extorsión o estafa* (art. 280); que no resultan punibles, por tanto, en las demás figuras delictivas.

## IV. CONCLUSIONES

Aunque en el P92 hay sin duda aspectos positivos, que mejoran la regulación vigente en muchos aspectos, contiene, como hemos visto, decisiones político-criminales discutibles y errores técnicos, algunos de bulto, que resulta necesario corregir. Justo es reconocer, pues, que la regulación que

propone es mejor que la vigente; pero preciso es advertir, seguidamente, que ello no comporta gran mérito si se considera que el actual Título XIII lleva necesitando ya hace muchos años una modificación profunda, y que en determinados delitos no es fácil, ni aun empeñándose, ofrecer soluciones peores que las que brinda.

Pero la cuestión es si el P92 da satisfacción completa a las esperanzas puestas durante tanta espera. Personalmente creo que en los delitos contra el patrimonio el esfuerzo del prelegislador hubiera obtenido mejores frutos si se hubiera visto acompañado del debate y la reflexión conjunta de Universidades, Órganos e Instituciones Judiciales, Colegios de Abogados y colectivos interesados, que habría servido, estoy seguro, para subsanar los defectos que todavía mantiene y que hay que confiar, por si llegara a convertirse en el nuevo Código Penal, en que serán corregidos en el debate parlamentario. Aunque esto último, para ser sinceros, a tenor de las modificaciones legislativas producidas en los últimos años, he de reconocer que lo digo con mucha menor convicción.

# LA POLÍTICA CRIMINAL DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

**JUAN SARMIENTO DE MARÍN**

PROFESOR DE CRIMINOLOGÍA Y DIRECTOR  
DE LA ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS (ESCRI)  
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

Sustituir, como así me ha sido encomendado hace escasas horas, al Prof. Dr. don Manuel Cobo del Rosal para disertar acerca de la Política Criminal del Proyecto de Código Penal, supone un doble reto y una doble responsabilidad. De una parte, por la magistral figura del Prof. Cobo, como destacadísimo Penalista y como científico del Derecho penal quien además formó parte de la Comisión Redactora del Anteproyecto de 1983 y a quien me cabe el honor de tener que reemplazar. De otra parte, por el fundamental tema por él elegido que es, si se me permite, el más importante y trascendental de todos los que se han de tratar en esta III Semana de Derecho Penal de Las Palmas.

Agradezco sinceramente a los organizadores la confianza llena de responsabilidad que en mí han depositado y espero, deseo y solicito de todos ustedes la necesaria, y creo justificada, benevolencia para que en alguna medida mi intervención sea lo suficientemente sugerente y reflexiva para que sin menoscabo, se compense y mantenga el magnífico nivel científico de estas Jornadas.

Desarrollar el tema “La Política Criminal del Proyecto de Código Penal” supone un necesario cuestionamiento de partida el cual nos ha de

conducir a través de varias y múltiples reflexiones, a intentar responder al tema nuclear, que se expresa en la cuestión *cuál es la Política Criminal del PCP*. Para dar respuesta a la cuestión fundamental de cuál es, es menester con anterioridad preguntarse si realmente existe en España una Política Criminal: cuál es, cómo está formulada, qué finalidades persigue, qué instrumentos adopta y un largo etcétera difícilmente abordable en esta breve intervención. Intentemos acotar las cuestiones más importantes.

¿Qué hemos de entender por Política Criminal? Feuerbach la definió en 1803 como "... el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen", limitándola, con ello, al ámbito punitivo del Estado, es decir, al Derecho Penal. Esta limitada perspectiva se ha ido modificando a lo largo del tiempo mediante la ampliación de su contenido. Marc Ancel, por ejemplo, incluye en ella tanto el sistema represivo como los problemas de la prevención. Siguiendo a Delmas-Marty más recientemente, convendremos con ella en que por Política Criminal entendemos el "*Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal*". Esta concepción ampliada de Política Criminal, aunque pueda confundirse en principio con la del mismo control social del fenómeno criminal, nos es útil por cuanto no se circunscribe a un solo método de respuesta, incluye una organización de respuestas lo cual supone la incorporación de la prevención y afirma sin equívocos la pluralidad de respuestas a un fenómeno que, por su propia naturaleza, es plural y complejo, como es el criminal.

Ahora bien, todo fenómeno es un conjunto de manifestaciones que nos aparecen como extraordinarias, como no normales, como inesperadas y, en lo criminal, baste recordar a Durkheim, es un fenómeno que se caracteriza por su "normalidad y constancia", lo cual no le resta de otra parte su carácter de extraordinario y de ahí su complejidad y especificidad. Es la paradoja de tener que incluir en sus propios puntos de partida conceptuales aparentes contradicciones pero que conforman su propia esencialidad. ¿A qué se debe esta aparentemente injustificada contradicción?. La explicación parece sencilla. La criminalidad está conformada por multitud de factores condicionadores. Entre los más relevantes, destaco los descritos acertadamente por López-Rey: el poder, el desarrollo, las desigualdades (fundamentalmente las sexuales y las provenientes expresivamente de la marginalización), por la condición humana y por el sistema penal. No puede ser otra cosa pues, como afirma Zaffaroni, que "*un conjunto de conflictos sociales sumamente heterogéneos, cuya única característica común es que el poder punitivo decide en todos —o pretende hacerlo— y, por ello, los criminaliza primariamente. No hay señalización óptica verificable para los conflictos criminalizables*".

Toda Política Criminal, en consecuencia, deberá tener en cuenta el conjunto de factores condicionantes que intervienen en la conformación de

lo que pretende evitar, o simplemente paliar, para poder hablar en propiedad de “política”, de alguna “política”.

La Política Criminal debe encontrarse pues, a caballo entre el conocimiento de la realidad a la que pretende dar respuesta, es decir la ciencia, y entre la estructura social (Roxin). Debe basarse en los conocimientos objetivos del delito tanto en sus formas de manifestación empírica como en sus formas de manifestación jurídicas. Pero también como toda Política, desea establecer una determinada ideología o salvaguardar determinados intereses. Este deseo se hace extensible, y se traduce pertinente, respecto de las propias ideologías subyacentes en las propias investigaciones empíricas. Luego toda Política Criminal tiene una ideología, tiene una intencionalidad. Ésta no sólo es inevitable y por ello legítima sino que además hay que hacerla expresa, para, como afirma Zaffaroni, “... permitir su mejor control, para evitar la arbitrariedad epistemológica, que tiene lugar cuando en razón de la intencionalidad se manipula el universo de datos”.

Por otra parte la Política Criminal, como toda teoría, intenta desarrollar una estrategia definitiva de lucha o control del delito pero, como ya he señalado anteriormente, es muy dependiente de las realidades preestablecidas. De aquí que como formulaciones teóricas sean en apariencia discutibles, que cambien su direccionalidad con frecuencia y de que el grado de eficacia venga determinado por el grado de relación y de correlación de la PC con aquéllas.

Detengámonos un momento para matizar más aún el ámbito y momento temporo-espacial de la PC. Antes hemos dicho que la PC se situaría en el punto intermedio entre ciencia y realidad social. Pero este punto no es ni pacífico ni estático, es controvertido y conflictual, no es asexuado políticamente ni “puro científicamente”, está ideologizado y casi siempre metódico-científicamente prediseñado. Intentemos explicarlo y comprenderlo mejor.

Existen según García-Pablos tres momentos o modelos comprensivos del cómo conocer e interactuar operativamente la realidad criminal de una manera no sólo adecuada, sino casi ideal, lo cual aquí nos sirve al menos como referente orientador sobre qué pasos han de darse, cuáles se dan y cuáles no se dan.

En primer lugar, se sitúa el momento o modelo *explicativo*, en el que la Criminología aporta un núcleo de conocimientos científicos (verificados empíricamente) que explican la realidad criminal. Esta explicación necesariamente ha de superar la fascinación del dato a través de teorías que lo interpreten adecuadamente y no como mera coartada ideológica. La Criminología actual es más crítica y escéptica, lo cual la sitúa en una posición de mucha

más neutralidad científica que hace unos años en la que adoptaba roles mucho más causal-explicativos, positivistas-etiológicos, burocráticos o incluso de exclusiva “reacción social”.

En segundo lugar, entraríamos en el modelo o momento *decisional* o propiamente en el de la PC, en el que ésta ha de transformar la realidad del crimen de base empírico-criminológica en opciones y estrategias, alternativas y programas científicos desde una óptica valorativa. Es el momento de la elección de los grandes caminos o métodos de organizarlos, de jerarquizarlos para poderlos priorizar.

En un tercer momento o modelo, nos situaríamos en el *instrumental*, es decir en la concreción de las opciones, en la selección de los múltiples y necesarios instrumentos y técnicas a desarrollar para llevar a efecto la PC anteriormente decidida y formulada. Éste sería el momento de intervención del Derecho Penal, en cuanto en que en su ámbito concreta las opciones previamente adoptadas (la oferta de PC de base criminológica) con el lenguaje del Derecho, dándoles la forma de normas, de proposiciones jurídicas generales y obligatorias.

En este punto habría que puntualizar varios extremos. El primero de todos es que el Derecho Penal no es el ni el único instrumento de PC y, más aún, el Derecho Penal no debiera ser el más importante ni cuantitativa ni cualitativamente de los muchos instrumentos de PC a utilizar. Ello no se opone, sino al contrario refuerza, la tesis que destaca la trascendencia e importancia del proceso de criminalización pues supone la generación de una desviación primaria o social verificada mediante la selección que formula el legislador al destacar ciertos comportamientos como penalmente prohibidos y la de la desviación secundaria, que tiene lugar como consecuencia del funcionamiento selectivo de los mecanismos de control social.

Igualmente relevante lo es en este punto, el papel que desempeñan las técnicas de justificación y neutralización en el proceso de aplicación de la norma abstracta a la realidad concreta, además de las estrategias que desencadenan los forjadores de la opinión pública, sutilmente, mediante la manipulación del lenguaje y de la imagen dirigida a neutralizar, degradar o legitimar incluso el comportamiento criminal usando el conjunto de sensibilidades a su vez previamente conformadas del ciudadano.

Llegados a este punto cabría formularnos las siguientes cuestiones: Si el Código Penal es la expresa manifestación de la concreción del proceso de criminalización formal y éste es un instrumento de Política Criminal ¿existe en España una Política Criminal? y si ello fuera cierto ¿ésta se encuentra formulada y dónde?. En segundo lugar, dada la existencia de una PC ¿la PC de

la Legislación penal, se corresponde en primer lugar con la realidad objetiva a la que se dirige y como consecuencia de aquélla, previsible y probablemente se corresponde con los intereses y con los valores de la sociedad española actual?. En tercer lugar presuponiendo la existencia de esa correspondencia ¿la PC propuesta da respuestas a las demandas expresamente formuladas y cuáles?. Y, en último lugar y como consecuencia, ¿qué tipo de PC es la que se formula a tenor del PCP?.

La primera de las cuestiones planteadas se refiere a la existencia o no en España de una Política Criminal, si se encuentra formulada y dónde. La afirmación no puede hacerse esperar y ésta no es otra que SÍ: en España existe una Política Criminal. No estoy en absoluto de acuerdo con quienes afirman que España carece de Política Criminal. Es lógico que carezcamos de una codificación de la PC a la que alguno erróneamente pretendería llegar y ello no solamente es constatable sino deseable y aconsejable.

La Política Criminal forma parte del resto de la Política. Nuestro país tan fugitivo, huidizo y hasta escurridizo a comprometerse programáticamente en el desarrollo de planteamientos ideológicos-marco en otras tantas facetas de la Política española no lo iba a ser menos en cuanto a la Política Criminal. Un desarrollo hilado de planteamiento y programa supone un reto, un compromiso con el pasado (desde el análisis retrospectivo) desde el presente (desde el análisis de la realidad objetiva) y hacia el futuro (desde el análisis proyectivo) y ello obliga, hace más evidente y constatable la intensidad potencial del desacierto y, en consecuencia, posibilita un mayor grado de responsabilidad política. Aquí preferimos elegir, también en Política Criminal, el “suma y sigue” de los “inesperado”, “súbito”, “imprevisible”, “la presión de la opinión pública, harto manejada” etc. que permite justificar cualquier tipo de PC, según sean las circunstancias y las tendencias sincrónicas de cada momento. Pasamos de la “gran idea” utópica que es afirmada con la mismísima intensidad con la que es justificado un programa esencialmente antagónico de aquélla. Las razones de “oportunidad política”, irresponsablemente entendida, priman siempre sobre una Política de responsabilidad y compromiso histórico-social. Consecuentemente con todo ello sí tenemos una PC. Pero lo cierto es que la Política Criminal que tenemos es una Política Criminal que, me atrevería a decir, en Blanco, no por inexistente sino porque en ella tiene cabida cualquier planteamiento, cualquier método de respuesta por antagónico que sea. Política Criminal en Blanco que en España se manifiesta y se caracteriza por la ausencia de los principios elementales de integridad y de unidad, lo cual posibilita líneas y diseños de PC, entrecruzados y contradictorios que permiten perpetuar la desarmonía, la incoherencia, la inidoneidad y la ineficacia como resultados más que previsible. Esta Política Crimi-

nal en Blanco se manifiesta en multitud de ejemplos referenciales existentes entre nuestra Norma Fundamental y el posterior desarrollo legislativo. Baste en este punto referir el mandato constitucional del art. 25.2, en relación con la LOGP y su correspondiente Reglamento y la relación de todo ello con la Legislación Penal y con la realidad penitenciaria.

En resumen, contamos sí con una Política Criminal, que se encuentra formulada, o mejor “expresada”, en multitud de instrumentos coyunturales y circunstanciales, mayoritariamente inconexos, contradictorios. Una PC no integrada adecuadamente en el conjunto de la Política, de la Política Social, Económica, Educativa y Cultural, que en palabras del Prof. Cobo del Rosal es la “política del garrotazo y tente en pie”, del “ahora”, del “deprisa deprisa” y es lógico, aunque erróneo, que muchos lleguen a afirmar la inexistencia misma de una Política Criminal.

Por otra parte parece conveniente introducir una serie de reflexiones acerca de la eventual correspondencia entre PC y realidad objetiva a la que se ha de dirigir aquélla. En el genérico pero descriptivo análisis que sobre las tendencias de la criminalidad recogen los Profesores García-Pablos de una parte y Giménez-Salinas de otra, podemos entresacar como variables a correlacionar en el intento de respuesta las siguientes:

1) El fenómeno criminal (que incluye no sólo las conductas típicamente delictivas sino además las claramente desviadas) es un fenómeno omnipresente con el que convivimos. Su volumen real es en conjunto superior en 3,5 veces al oficialmente descrito, sin incluir los de delitos sin víctimas y las pequeñas infracciones.

2) Las tasas de criminalidad parecen mantenerse estables, aun siendo altas, en contra de los muchos movimientos de cifras oficiales que obedecen más a cambio de actitudes de los ciudadanos (tasas de denuncia) que a un mayor celo y rigor en los mecanismos de persecución del delito por la policía y el sistema penal. El campo oscuro de la criminalidad es mayor en los delitos leves que en los graves. La tasa de denuncia es mayor en los graves. Los leves se cometen con mucha mayor frecuencia.

3) El crimen es un fenómeno ubicuo. A pesar de ello parece que los más graves se cometen en zonas deprimidas y por integrantes de minorías. Siendo en este punto distinta la desigual incidencia discriminatoria de la criminalización y del control social penal.

4) El varón participa en más actividades delictivas. Las tasas femeninas crecen a un ritmo muy acelerado. A este respecto podríamos plantearnos las siguientes cinco reflexiones: a) ¿La mujer delinque menos o la cifra negra es

muy alta? b) ¿Existe una actitud discriminatoria a favor o en contra en las denuncias e intervención de las instancias respecto a las mujeres delincuentes? c) ¿El aumento detectado se debe al movimiento de liberación de la mujer? d) ¿Debe considerarse como un valor negativo? o bien ¿podrían invertirse los términos y una política criminal preventiva podría pasar por “feminizar” las actitudes masculinas? y e) ¿La respuesta a la mujer delincuente debe ser la misma que al varón? ¿Tiene la maternidad un rol decisivo en el control social de la mujer?

5) Los adultos cometen crímenes más graves que los jóvenes, aunque éstos parece que los cometen en mucho mayor número, estando la criminalidad juvenil mucho más extendida de lo que se piensa. La cifra negra aquí es altísima pues si “normal” es haber delinquido alguna vez, “anormal” es también haber sido sancionado penalmente por ello. Por otra parte los jóvenes son hoy en día víctimas del delito en proporción superior a los adultos.

6) El escaso éxito del control penal responde a una pluralidad de factores.

7) Las diferencias entre criminalidad real y oficial permiten afirmar que el volumen y estructura de la delincuencia resultan decisivamente configurados por la reacción y sanción sociales.

De lo visto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Se evidencia un creciente distanciamiento entre la realidad del fenómeno criminal y las respuestas de quienes deben observar el mismo a efectos de poder dimensionarlo global y realmente con la finalidad de intervenirlo o tratarlo.

b) Este distanciamiento tan distorsionador de la realidad como perjudicial se evidencia, de una parte, por la absoluta carencia de investigaciones científico-criminológicas en España y, de otra, por la ausencia de marcos y de técnicas globalizadoras por parte de quienes intervienen u operan muy cerca-namente al fenómeno, dándose la paradoja de un triple distanciamiento: 1) entre realidad y políticos, 2) entre investigadores y realidad por ausencia de investigaciones y 3) entre interventores e investigadores.

c) La ausencia de correspondencia con la realidad —incluyendo en ésta no sólo su conformación ontológica y fenomenológica sino los intereses y los valores ideológicos, culturales y sociales de la sociedad— imposibilita dar respuestas organizadas, conjuntas y metódicas del cuerpo social a las diversas demandas que suscita un adecuado control del fenómeno criminal.

La PC exige una conjugación de métodos, organismos y de la participación de la comunidad, que ni se ha dado ni se da, la cual no es exigida, ni tan siquiera planteada, por las reformas penales pues se mueven en sus estrictas áreas. Este tipo de reformas penales, de doble desconexión —de la realidad y del conjunto de las respuestas sociales— se dan, recordémoslo, en países de regímenes autárquicos y dictatoriales a los meros efectos de represión y reforzamiento regimental.

Para poder responder a la última cuestión que nos hemos planteado, que precisamente es hoy y aquí la nuclear, es decir ¿qué tipo de PC es la que se plantea y formula a tenor del PCP?, es menester previamente plantear una serie de reflexiones acerca de los intereses subyacentes, de los objetivos y finalidades que debe intentar alcanzar la respuesta penal como parte de la PC.

El sistema penal debe tender, dentro de un cuadro de garantías individuales y colectivas, esencialmente a la protección de la comunidad por la vía de:

- 1.— La prevención general y especial que debe suponer.
- 2.— A una efectiva compensación de la víctimas del delito y
- 3.— A evitar la reincidencia.

Podríamos hacer una prolija matización en general, sobre todos y cada uno de los puntos señalados y en particular, y muy especialmente, acerca de la protección de la comunidad singularmente en cuanto a qué proteger, de qué o de quién proteger, hasta dónde proteger y cómo proteger. Todo ello dentro de la constatación de la limitadísima eficacia del sistema penal, de su operatividad y de su interacción criminógena interna y externa. Eficacia limitada y hasta discutible en la prevención, en la compensación a las víctimas del delito y en la reincidencia sobre todo si, además, el tratamiento penal no está contextualizado en una PC general.

Constatadas las prolijas limitaciones intrínsecas y extrínsecas del instrumento punitivo, pero constatada también su obvia, real y necesaria existencia, debiera renortizarse en base a los principios de mínima intervención, de última ratio, de última elección, de referencial fronterización entre lo amplio que podemos hacer y lo poco a lo que nos tenemos que ver obligados a tener y deber que hacer in extremis. Ello no sería otra cosa que racionalizar el Derecho penal para intentar paliar las casi siempre irreversibles consecuencias que produce y el alto costo social que supone.

La brevedad de esta intervención y el escasísimo tiempo del que he dispuesto para su preparación hacen materialmente imposible realizar un análisis pormenorizado de cuál es la PC del PCP. No obstante ello, intentaré referir e introducir sucintamente una serie de cuestiones que permitan reflexionar individual y grupalmente en relación a las mismas.

La primera de las cuestiones a plantear se refiere al preliminar planteamiento relativo a la primera de las demandas que se formulan a la reforma penal, que no es otra que la reducción de la criminalidad. Aun partiendo de las limitaciones expresadas del instrumento punitivo, la cuestión se concreta en el proceso de criminalización que expresa el PCP. Éste no se atreve a tratar globalmente aspectos tan actuales y reales como es el de la criminalidad del bienestar, del progreso, de la sociedad de consumo y del ocio. Lo hace de una manera timorata y carente del conocimiento del fenómeno. Mucho más específica es, si cabe, la criminalización descafeinada que formula en relación a la criminalidad expresiva, es decir, la criminalidad de los poderosos, la de los denominados delitos sin víctima o con víctima difusa, etc. El PCP sustenta un posicionamiento dogmático-radical como lo concreta el hecho de, por ejemplo, preocuparle mucho más el “problema de las drogas” que el de la protección del patrimonio.

Otra cuestión general se refiere al paradigma relativo al sentido o fin de la justicia que en el PCP sigue sin abandonar el modelo meramente retributivo, cercenando las múltiples posibilidades de una justicia más restaurativa, reparadora, compensadora y conciliatoria. La víctima sigue ocupando el mismo papel instrumental para el proceso penal que hasta ahora. Sigue priorizándose el castigo del delincuente por encima de los intereses de la víctima, olvidando que es ésta la mayor de las veces quien personaliza e individualiza la representación de los bienes jurídicos protegidos, tutelados o garantizados. No redefine el PCP el rol de la víctima, el cual necesariamente apela o se sustenta en un nuevo equilibrio de los protagonistas del hecho criminal. Éste sigue casi monopolizado por el delincuente.

Una orientación más actual, y por ello más proyectada en el futuro, debiera incluir, según E. Larrauri, entre otras las siguientes medidas: a) aumentar el número de delitos que requieran previa denuncia para ser perseguidos, b) ampliar la eficacia del perdón, fundamentalmente en los delitos contra el patrimonio, evitando las eventuales y múltiples anomalías que como riesgos pudieran derivarse mediante una efectiva intervención judicial, c) modificación de los mecanismos reguladores de la declaración de insolvencia con mantenimiento de la posibilidad de reclamar la responsabilidad civil en el proceso penal, d) Incluir dentro del catálogo de sanciones la compensación introduciendo nuevas formas como, por ejemplo, el trabajo social volun-

tario, la aceptación de determinadas condiciones apuntadas por la víctima, etc., e) dar cancha en el ámbito penal al instituto de la conciliación, para posibilitar acuerdos entre la víctima y el infractor refrendados por el Juez, evitando con ello la imposición de la pena. Parece pues requerir reformas en el ámbito procesal penal la evitación de la victimización secundaria ocasionada por el sistema penal.

En cuanto a la configuración general de los tipos, es curioso ver cómo tampoco se siguen criterios más o menos homogéneos en cuanto a la relación entre desvalor de acción y resultado y la complementación de la causalidad a través de la imputación objetiva. La concepción muchas veces dogmática del PCP hace, por ejemplo, que en los delitos culposos se sitúe mucho más en el desvalor del resultado que en el desvalor de la acción. Ello evita no sólo explicar comprensivamente los intrincados, complejos y diferentes mecanismos de producción de la acción con su consiguiente adecuación a la necesaria y más justa individualización de la sanción sino que coloca la cualificación del tipo por el resultado y no el proceso del mismo, como constelación absoluta, con las consecuencias que conlleva para el juicio de culpabilidad, que en el PCP se expresa todavía como concepto normativo de culpabilidad.

Se observa una ausencia de posibilidades para poder incorporar el saber empírico en la determinación de contenido de la culpabilidad, concretamente en relación al concepto material de culpabilidad que se conforma en el proceso.

Si básico es definir qué castigar, no menos lo es hasta dónde, con qué, cómo y, también y sobre todo, para qué. En cuanto a las penas hay muchos temas que reflexionar. El primero de todos se refiere a la sustancialidad misma que se persigue con la pena. Castigar, retribuir y resocializar. En cuanto al castigo o retribución ya hemos referido la ausencia de la víctima en el necesario protagonismo en el hecho, con lo que la mayoría de las veces el castigo no responde a otras finalidades que vayan más allá del mero castigo. Al no acentuarse el conocimiento de la realidad (diagnóstico) para un pronóstico y delimitación de objetivos del eventual tratamiento la finalidad y el sentido de la pena permanecen prácticamente inmodificados. La abundante inclusión de “los informes que el Juez estimare oportunos o convenientes” y no específicamente criminológicos, es decir de síntesis, globales, más integrales e integrados, junto al desigual avance de las ciencias empíricas sociales y humanas posibilita el que puedan ser introducidos, desde luego con desigual fortuna, un sinnúmero de factores y variables, desconexos la mayor parte de las veces por carecer del adecuado marco integrador de la Criminología que haga de esos Informes preceptivos y previos a muchas e importantes decisiones judiciales un instrumento adecuado para el arbitrio e impropio para el

conocimiento que se pretende al menos en cuanto a “conducta criminal”, “proclividad criminal”, “estado peligroso”, etc.

Algo evidente, y fácilmente constatable, es el malabarismo con el que el PCP hace una singular perifrasis de cambios en cuanto al catálogo de penas, para esencialmente dejar las cosas como estaban, es decir: frecuente y excesivo abuso de la pena privativa de libertad, ausencia de una Libertad Condicional que bajo la efectiva tutela judicial y con adecuados instrumentos de control y supervisión pudieran desarrollar la institución de la “probation”.

Por contra, de nuevo se ha perdido una magnífica ocasión histórica para poder desarrollar, al menos parcialmente, una PC en los legislativo-penal y penitenciario posibilitadora real y objetivamente de vías de cuando menos reubicación social. El PCP no castiga para resocializar, sino para estigmatizar, “no limpia sino mancha”. No olvidemos que el hecho de haber cumplido una pena es muchas veces más demérito que la propia comisión del delito. Todo ello tiene importantes y trascendentales consecuencias para el gran propósito penal de evitar la reincidencia, en la realidad difícilmente alcanzable por la vía de presuponer que el castigo mediante una pena producirá una intimidación colectiva (prevención general) como por la vía de la creencia de que la imposición de una sanción determinará una eliminación o reducción futura de los actos de una persona (prevención especial). Si ello fuera así de cierto, la reducción futura habría de ser mayor cuanto mayor fuera la sanción impuesta (mayor condena). En la realidad, la aplicación de sanciones penales de mayor duración y el cumplimiento de las mismas en peores condiciones, y la pérdida de la libertad es la primera de ellas, produce mayores deterioros personales en los sujetos que las sufren y, consiguientemente, un mayor nivel de futura delincuencia. Las altas tasas de reincidencia que tenemos en España así lo demuestran.

Desearía por último, antes de iniciar el coloquio/debate, concluir con una reflexión final al hilo de lo introducido al principio de mi intervención: desde el punto de vista de la PC el control racional de la delincuencia reclama el previo desarrollo de una justa y eficaz política social que incida a tiempo en los factores que favorecen y configuran el crimen y busque la instauración de una sociedad más sana.

# LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIO-ECONÓMICO (I): LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

**J. MASSAGUER**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL  
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación de los objetivos: consideraciones de política legislativa y de técnica legislativa
2. Ordenación sistemática de los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores

### II. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

- 1 Consideraciones generales: el alcance de la categoría “delitos contra la propiedad industrial” y la unidad sistemática entre delitos contra la propiedad industrial y contra la propiedad intelectual

2. La necesidad de represión penal de las infracciones de la propiedad industrial.
3. Examen del tipo objetivo: la delimitación de las modalidades de propiedad industrial penalmente protegidas (algunos olvidos) y la descripción de las acciones típicas (algunos olvidos también y un recuerdo de las virtudes de la norma penal en blanco).
4. La divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente: un delito contra los intereses de la defensa nacional en sede de propiedad industrial.

### III. DELITOS CONTRA EL MERCADO

1. Consideraciones generales: el orden concurrencial como bien jurídico penalmente protegido y los intereses considerados en su protección como criterio de sistematización.
2. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés de los competidores: violación de secretos.
3. Realización de afirmaciones falsas relativas a un competidor y realización de oferta o publicidad con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre los productos o servicios promovidos.
4. El delito contra el mercado que afecta primordialmente al interés de los consumidores: la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas.
5. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés público: la alteración del precio de las cosas.
6. La inobservancia de las intimaciones del organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia.

### IV. DELITOS RELATIVOS A LOS CONSUMIDORES.

1. Consideraciones generales
2. Detracción de materias primas o de productos de primera necesidad.
3. Alteración y manipulación de aparatos de medición o peso.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Delimitación de los objetivos: consideraciones de política legislativa y de técnica legislativa

Por obvias razones de especialización académica, la ponencia que se me ha encomendado va a tener un sesgo particular. No pretendo efectuar un análisis que siga los esquemas y líneas de argumentación y discurso propios de la Ciencia del Derecho Penal. Antes bien, quisiera ofrecer elementos de juicio desde fuera del sistema que, quizá, pudieran ser de alguna utilidad en la construcción normativa de los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores. Las miras están puestas sólo en la prevención de incoherencias y disfunciones en el seno de un ordenamiento del que, por definición, se espera una estricta unidad sistemática. En particular, mi atención se centrará en cuestiones de política legislativa y técnica legislativa involucradas en la tipificación de estos delitos.

a) Desde el punto de vista de política legislativa es obligado abordar la justificación de la incriminación de las acciones tipificadas como delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores. Como es sabido, en la fundamentación de la represión penal de una determinada conducta subyacen dos presupuestos: el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena.

El primero de estos presupuestos no puede recibir, desde fuera del sistema jurídico-penal, ninguna aportación específica; la dañosidad social cualificada y la grave afectación individual de las agresiones a los bienes jurídicos protegidos penalmente no son cuestiones cuya valoración esté condicionada en particular por datos jurídicos traídos desde el Derecho Mercantil.

Respecto del segundo de los referidos presupuestos: de la necesidad de la represión penal, por contra, sí hay mucho que decir y reflexionar. Es aceptado el carácter subsidiario de la protección jurídico-penal respecto de la tutela jurídica de otra naturaleza y, además, su estricta finalidad utilitarista; el Derecho Penal sólo debe actuar en defecto de otros medios jurídicos que aseguren una tutela eficiente y sólo debe hacerlo, desde luego en la fase de elaboración legislativa que nos preocupa ahora, con propósito de prevención general. Aquí las reflexiones desde fuera del sistema han de ser de algún valor: si el Derecho Mercantil brinda mecanismos adecuados y eficientes para la tutela jurídica de los bienes considerados, su protección jurídico-penal adicional carece de justificación, traiciona su naturaleza intrínseca de *ultima ratio*.

b) Desde el punto de vista de técnica legislativa es obligado considerar la precisión de los términos acogidos en la tipificación. Casi todos los preceptos proyectados en esta materia, eso sí: unos en mayor medida que otros, obligan a acudir a la regulación meta-penal para llenar el tipo. Esta necesidad de salir de la norma penal se produce sólo en relación con los elementos objetivos del tipo: bienes jurídicos inmediatamente protegidos, acciones típicas y, en algunos casos, también autor y víctima; los elementos subjetivos del tipo, por contra, son específicos de la normativa y de la sanción penal.

## **2. Ordenación sistemática de los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores**

La regulación de los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores se contiene en el Capítulo XII, Título XII, Libro Segundo del PCP, que es una novedad en relación con la sistematización positiva en vigor. Este Capítulo no tiene una estructura interna bien definida, esto es, no es posible asignar con claridad cada uno de los delitos que recoge a uno de los grupos de delitos que figuran en su rúbrica. Así las cosas, delitos contra la propiedad industrial, en realidad: delitos de infracción de derechos de propiedad industrial, sólo son propiamente los de los arts. 281 y 282 PCP; delitos contra el mercado, en realidad: delitos contra el orden concurrencial, son los de los arts. 284, 285, 287.1, 288 y 289 PCP; finalmente, delitos contra los consumidores son los de los arts. 286 y 287.2 PCP. El art. 287.1 PCP podría incluirse también entre los delitos contra los consumidores. El art. 283 PCP no pertenece sistemáticamente a este Capítulo, sino al Título XXI, Libro Segundo PCP, dedicado a los delitos de traición y relativos a la defensa nacional.

## **II. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL**

### **1. Consideraciones generales: el alcance de la categoría “delitos contra la propiedad industrial” y la unidad sistemática entre delitos contra la propiedad industrial y contra la propiedad intelectual**

En sentido estricto, son delitos contra la propiedad industrial la violación de patentes y modelos de utilidad (art. 281.1 y 2 PCP), la violación de modelos y dibujos industriales y artísticos y de topografías de productos semiconductores (art. 281.3 PCP) y la violación de signos distintivos protegidos conforme a la legislación de marcas: marca, nombre comercial y rótulo (art. 282 PCP).

a) No son delitos contra la propiedad industrial, en cambio, ni la divulgación de la invención que es objeto de una solicitud de patente (art. 283 PCP): el bien jurídico protegido es la seguridad del Estado o la defensa nacional ni tampoco el apoderamiento y la revelación de secretos empresariales (arts. 284.1 y 285 PCP).

Los secretos empresariales son, como las creaciones y signos distintivos, objeto de propiedad industrial, bienes inmateriales, pero su protección jurídica no se organiza a través de la atribución de un derecho de exclusiva; el titular de un secreto empresarial carece de un derecho de exclusiva que le permita prohibir su utilización a cualquier tercero (en general, GÓMEZ SEGADE, J.A. *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Tecnos, Madrid, 1974, *passim*, o MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 42 a 61). Así las cosas, es más ajustado incluir los delitos de violación de secretos empresariales entre los delitos contra el mercado, concebidos como delitos contra el orden concurrencial. De hecho, el centro de gravedad del injusto penal también parece radicar en la destrucción de las ventajas competitivas que encierran los secretos empresariales, como sugiere la colocación de estos delitos al lado de la realización de afirmaciones falsas que merman la capacidad competitiva del afectado (art. 284.2 PCP).

b) Sistemáticamente no está justificada la separación entre la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial: ambas instituciones forman parte del Derecho de la competencia en sentido amplio (MASSAGUER, J., "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", RGD, núms. 465-466, 1990, p. 245 ss., pp. 257 a 263), tienen una misma justificación político-jurídica: protección de las inversiones, y forman una misma categoría dogmática: son bienes inmateriales, y su protección jurídica se organiza según una misma técnica jurídica: atribución de derechos de exclusiva sobre el objeto protegido.

Desde luego no acierto a ver la diferencia entre lo económico y patrimonial que, por lo dicho en la Exposición de Motivos del PCP, distingue la naturaleza de unos y otros delitos. Este argumento esconde una anticuada comprensión de la propiedad intelectual, que olvida por completo, no ya la identidad político-jurídica y técnico-jurídica apuntada, sino también, la componente empresarial del derecho de autor: en la actualidad, la inmensa mayoría de los derechos económicos de los autores están en manos de empresas para su explotación (productores, editores, entidades de radiodifusión), cuando no son ellas mismas las titulares (derechos afines); la explotación de los derechos de autor y derechos afines por las *copyright industries*

ha alcanzado imponentes volúmenes: según el estudio de la International Intellectual Property Alliance, *Copyright Industries in the U.S.-Economy*, 1991, el valor de las obras objeto de derecho de autor en sentido estricto manejadas por las llamadas *copyright industries* alcanzó en 1989 un valor de 173.700 millones de dólares USA, mientras que el valor de las obras objeto de derecho de autor en sentido amplio ascendió a 302.700 millones de dólares USA; estos valores se traducen, respectivamente, en una participación en el PIB de los USA en 1989, del 3,3% y de un 5,8%. Estas circunstancias han sido legalmente reconocidas por la LPI, cuyas normas están principalmente dirigidas a regular los derechos económicos del autor y su transmisión a empresas para su explotación, así como los derechos afines.

En suma, no creo que el orden socio-económico resulte afectado de manera diversa por la reproducción indebida de un programa de ordenador, de un videograma o de un fonograma, que por la de un ordenador, de un magnetoscopio o de un lector de discos compactos que sea objeto de una patente, de un modelo de utilidad o de un modelo industrial. Consiguientemente, no pueden entenderse ni justificarse las diferencias técnicas y sustantivas entre los delitos relativos a la propiedad intelectual y los delitos relativos a la propiedad industrial, salvedad hecha de las relativas a los derechos morales del autor. En particular, en la regulación de los delitos contra la propiedad industrial se echan de menos algunas remisiones a la normativa civil específica que recoge la regulación de los delitos relativos a la propiedad industrial: la remisión a las normas civiles sobre resarcimiento de daños y perjuicios (que, dicho sea de paso, es más completa y satisfactoria en la regulación de la propiedad industrial) o la expresa previsión de la vigencia en el proceso penal de las medidas cautelares especiales del procedimiento civil por infracción de los derechos correspondientes.

## **2. La necesidad de represión penal de las infracciones de la propiedad industrial**

A la protección jurídico-civil de la propiedad industrial se suma su protección jurídico-penal, con lo que se mantiene la solución de doble tutela característica tradicionalmente en nuestro ordenamiento. Si la represión penal ha tenido en otras épocas un papel significativo, tras la modernización de la regulación de la mayor parte de sus modalidades en los años ochenta es posible cuestionar la conservación del sistema de tutela civil y penal, y sobre todo, es de esperar una drástica caída del recurso a las acciones penales para la defensa de la propiedad industrial.

a) En líneas generales, la protección jurídica que ofrecen las leyes especiales a la propiedad industrial posee un estándar satisfactorio (cfr. GÓMEZ

SEGADE, J. A., *La Ley de patentes y de modelos de utilidad*, Civitas, Madrid, 1988, *passim*, y FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990, *passim*). Especial mención merece la clara determinación del contenido sustantivo de los derechos de propiedad industrial y el completo arsenal de acciones de defensa: declaración, cesación, remoción de efectos, publicación de la sentencia y resarcimiento de daños y perjuicios, ésta completada con una fijación normativa de los criterios para la determinación de los perjuicios; como también merece una especial mención el establecimiento de un principio de concentración judicial para los pleitos civiles relativos a la propiedad industrial.

b) Tal y como está concebida en el PCP, la incriminación de la violación de la propiedad industrial comporta un reforzamiento de la protección civil, que se aprecia sólo en la rigurosidad y gravedad de la sanción, pero no en la cobertura de ninguna laguna: las acciones tipificadas en los arts. 281 y 282 PCP son casi las mismas que según la legislación especial constituyen infracción de los derechos exclusivos correspondientes (y las excepciones, probablemente, son descuidos). De ello resulta que la represión penal no se ha reservado para las infracciones más graves.

Pero este reforzamiento es más aparente que efectivo. El recurso a la acción penal presenta algunos inconvenientes frente a las acciones civiles. En primer lugar, la vía penal abre un portillo a la ralentización del proceso: con frecuencia, a toda acción por violación de un derecho de propiedad industrial sigue una contestación que incluye la excepción o la reconvención por nulidad del derecho ejercitado; en la medida en que de la nulidad o no del título depende la inocencia o la culpabilidad del acusado, esgrimida la nulidad del derecho de propiedad industrial presuntamente infringido es preciso paralizar el proceso hasta que el juez civil decida sobre el particular (art. 126 LP, arts. 3 y 4 I LECrim), lo que no sucede en el proceso civil, pues la nulidad conoce el mismo juez que de la infracción (art. 126 LP). En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre, al menos embrionariamente en el orden civil, la jurisdicción penal carece de todo indicio de especialización en esta materia; y ésta no es una cuestión baladí: la protección jurídica de la propiedad industrial se distingue por un elevado grado de complejidad y tecnicismo; el tratamiento eficiente de los asuntos de propiedad industrial y su solución justa exige que el juzgador posea un notable entendimiento de la problemática técnica subyacente y unos conocimientos amplios y profundos de su regulación jurídica; sobrecargado como está de trabajo, es desproporcionado exigir al juzgador, carente *prima facie* de experiencia en el tratamiento práctico de estos asuntos, que se procure los conocimientos precisos para resolver adecuada y eficientemente un único caso, y que, además, lo haga en el tiempo

relativamente más rápido que exige la equitativa satisfacción de los intereses implicados en este campo. En tercer lugar, la regulación del resarcimiento de daños y perjuicios en la legislación civil es más favorable a los intereses del titular del derecho infringido que la prevista en el PCP; en particular para la reparación de los perjuicios se concede al juez penal una discrecionalidad y, así, la posibilidad de moderación (art. 116.2 I PCP) que no existe en el ámbito civil.

c) A la vista de lo dicho cabe preguntarse por el sentido de una represión penal que nada aporta a la civil, salvo las consecuencias personales para los acusados. A decir verdad, si todavía fuere necesaria la represión penal para las mismas acciones que constituyen ilícitos civiles, ello sería debido a la ineficacia de la protección jurídica civil de la propiedad industrial, lo que implica asumir el fracaso de la reciente reforma de la legislación especial en la materia.

Ciertamente, en Derecho comparado se mantiene la incriminación de las infracciones de la propiedad industrial. En Alemania, por ejemplo, la sanción penal de la infracción de derechos de patente y marcas se establece en términos muy próximos a los proyectados para el Derecho español (§ 142 PG, por todos *vide* SCHULTE, R., *Patentgesetz*, 4.<sup>a</sup> ed., C. Heymanns, Colonia-Bonn-Berlín Munich, 1987, § 142, pág. 758 ss. y § 24 III W76, *vide* BAUMBACH, A. y HERFERMEHL, W., *Warenzeichenrecht*, 12.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, 1985, § 24, pág. 728 ss.). Pero no es menos cierto que ya se han producido abandonos: la reforma de la legislación francesa en materia de patentes por Ley de 13-VII-78 suprimió las sanciones penales (*vide* CHAVANNE, A. y BURST, J.J., *Droit de la propriété industrielle*, 3.<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1990, pág. 299).

### **3. Examen del tipo objetivo: la delimitación de las modalidades de propiedad industrial penalmente protegidas (algunos olvidos) y la descripción de las acciones típicas (algunos olvidos también un y recuerdo de las virtudes de la norma penal en blanco)**

Del tipo objetivo de los delitos relativos a la propiedad industrial interesa examinar aquí, en el contexto del análisis de técnica jurídica del tipo que se ha proyectado, dos extremos: el bien jurídico protegido y la acción típica.

a) El bien jurídico protegido es la propiedad industrial, *rectius* los derechos de propiedad industrial.

En la formulación clásica, son modalidades de propiedad industrial las patentes, los modelos de utilidad, los modelos o dibujos industriales, las mar-

cas, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen (art. 1.2 CUP). A estas modalidades se suman los modelos y dibujos artísticos (art. 164 EPI), los títulos de obtención vegetal (Preámbulo IV LOV) y las topografías de los productos semiconductores. Pues bien, no todas las modalidades de propiedad industrial gozan de tutela penal; ésta sólo se reserva a las patentes (art. 282.1 y 2 PCP), modelos de utilidad (art. 281.1 PCP), modelos y dibujos industriales, modelos y dibujos artísticos y topografías de los productos semiconductores (art. 281.3 PCP) y a los signos distintivos regulados en la legislación sobre marcas (art. 284 PCP): marca, nombre comercial y rótulo. Quedan fuera de la tutela penal, en cambio, los títulos de obtención vegetal y las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen.

i— Las obtenciones vegetales son modalidades de propiedad industrial que específicamente protegen las creaciones, incluidas también las invenciones, en el campo de la botánica, en particular las variedades vegetales, mediante la concesión a su titular de un derecho de exclusión que le reserva su explotación económica y le faculta para impedírsela a terceros no autorizados (arts. 1 a, 5.7 y 18 LOV, en general: QUINTANA, I., “La protección de las obtenciones vegetales y la Ley española de 12 de marzo de 1975”, 2 ADI 1975, pág. 189 ss.). A la vista del fundamento específico de la protección jurídica de las obtenciones vegetales: protección de las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal, incentivo de la investigación en un ámbito de gran importancia económica y social y superación de la insuficiencia técnico-jurídica de los mecanismos tradicionales de protección jurídica de la propiedad industrial (Preámbulo LOV), y a la vista de los rasgos técnicos del sistema específico de protección jurídica: registro tras examen previo y derecho de exclusiva (arts. 4, 5, 7 y 8 LOV), sólo se puede entender la omisión de las obtenciones vegetales como fruto del despiste. El descuido es tanto más grave cuanto que *de facto* despenaliza la explotación no autorizada de la obtención vegetal: en la actualidad, toda violación intencionada del derecho exclusivo conferido por el título de obtención vegetal es un delito del art. 534 CP (arts. 7.1 y 19 LOV).

ii— La exclusión de un delito contra la propiedad industrial en caso de violación de indicaciones de procedencia y de denominaciones de origen no es tan seria por sus efectos: su represión se puede construir como engaño en la oferta y publicidad (art. 286.1 PCP). Tal solución parece preferible y más ajustada a la función y a la naturaleza de su protección jurídica (*vide* AREAN, M., “Las indicaciones geográficas: naturaleza y modalidades de protección; su vinculación con el comercio internacional”, en Seminario OMPI sobre propiedad industrial, competencia y desarrollo económico para

países andinos, OMPI-República de Ecuador, Quito, 1993 (texto policopiado) y, más accesible aunque enfocado hacia un problema particular, FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*, Tecnos, Madrid, 1970, *passim*), aunque ignoro si ésta es una consecuencia conscientemente buscada o, por contra, una casualidad; pero sí es preocupante la impresión con que se marginan a las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen como modalidades de propiedad industrial penalmente protegidas.

Entre los párrafos del art. 282 PCP se aprecia una contradicción en lo que hace a la extensión objetiva del bien jurídico: mientras el primero se refiere a los signos distintivos “amparados por un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas”, el segundo se refiere a signos distintivos sobre los que existe un derecho exclusivo. Pues bien, entre signo distintivo y legislación de marcas no existe una relación excluyente: esto es, en nuestro ordenamiento existen otros signos distintivos, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia (algunas denominaciones específicas) que no están reguladas en la legislación de marcas, cuya utilización se reserva en exclusiva a ciertas personas y cuyo uso ilegítimo constituye un ilícito administrativo y eventualmente un acto de competencia desleal. Desde luego, el propósito del art. 282.2 PCP no es ampliar el catálogo de bienes protegidos, sino extender la represión penal a unas acciones no consideradas en el tipo general (sólo aparentemente no consideradas en el tipo general, pero éste es otro problema del que se trata *infra*). Sería absurdo pensar que no se ha querido incriminar la reproducción de una denominación de origen, pero sí la comercialización de productos indebidamente distinguidos con una denominación de origen.

b) Condición precisa para la represión penal de la utilización no autorizada de las creaciones industriales y signos distintivos objeto de estas modalidades de propiedad industrial es el cumplimiento de las formalidades a que legalmente está condicionada su protección jurídica: concesión e inscripción en el correspondiente registro por la OEPM y publicación de su concesión en el BOPI para patentes y modelos de utilidad (art. 49 LP), y registro para modelos y dibujos industriales y artísticos, para topografías de productos semiconductores y para marcas, nombre comercial y rótulo (art. 165 EPI, art. 4 LTPS y arts. 3, 30, 78.1 y 83 LM).

El texto proyectado hace debida justicia a esta exigencia mediante referencias a los titulares registrales de los derechos sobre modelos y dibujos industriales y artísticos, sobre topografías de productos semiconductores (art. 281.3 PCP) o a los derechos exclusivos sobre signos distintivos registrados

conforme a la legislación de marcas (art. 282 PCP); la omisión de una referencia al registro de las patentes y modelos de utilidad no puede en ningún caso interpretarse como extensión de su protección jurídico-penal a un momento anterior al registro: no es admisible una sanción penal de la infracción de la propiedad industrial donde todavía no existe propiedad industrial. De este modo se pone fin a la, ya *de lege data*, incorrecta idea de que el registro no es presupuesto de la protección penal de la propiedad industrial, tan extendida en doctrina y jurisprudencia MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 8.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 309 e *ibi* ulteriores referencias).

c) La acción típica se ha descrito en el PCP de modo desigual en relación con las particulares modalidades de propiedad industrial consideradas. Ello se debe al deseo, expresado en la EM, de incluir una “definición en sede penal de las conductas que merecen la consideración de delitos contra (los derechos de propiedad industrial)”, en lugar de la remisión a la normativa específica. Dado que los actos de infracción no son los mismos para todas las modalidades de propiedad industrial, tampoco puede ser la misma la descripción de la acción delictiva correspondiente. Los resultados de esta técnica, sin embargo, son poco satisfactorios.

i— La proyectada definición penal de las conductas punibles en relación con patentes y modelos de utilidad ha pasado por alto que no toda fabricación, importación, posesión, ofrecimiento, introducción en comercio y uso de los objetos protegidos constituye una violación de los correspondientes derechos exclusivos, aunque se haga con fines comerciales o industriales.

El ofrecimiento, la comercialización y el uso de productos protegidos, como también la posesión e importación con tales fines, no constituye un acto ilícito si respecto de ellos se ha agotado el derecho de patente o de modelo de utilidad según Derecho interno (art. 53 LP); también son libres los actos de explotación excluidos del *ius prohibendi* del titular de la patente o modelo de utilidad por virtud de un derecho de explotación anterior (art. 54 LP) o por realizarse al amparo de las excepciones previstas en los Tratados internacionales ratificados por el Estado (art. 2.d), e y f) LP). Es difícil imaginar que mediante el Derecho Penal se quiera extender el ámbito de protección jurídica de la patente y de los modelos de utilidad. Para evitar esta incongruencia basta traer a esta sede la precisión que, por contra, se establece en los arts. 281.3 PCP y 282 PCP: que la acción considerada infrinja el derecho de propiedad industrial correspondiente.

Siempre en relación con patentes, se aprecian dos llamativos silencios. En primer lugar, la protección jurídica de la patente no sólo se extiende

sobre los productos y procedimientos objeto de la misma (art. 50 LP), sino también sobre los medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma (art. 51 LP). No se alcanza a saber si la falta de incriminación de la llamada explotación indirecta responde al olvido, al deseo de no complicar la redacción del precepto penal o la voluntad de no reprimirla penalmente. En segundo lugar, los efectos de las patentes de procedimiento no sólo alcanzan a la utilización del procedimiento y a la comercialización de los productos directamente obtenidos con su uso, ambas conductas incriminadas, sino también al ofrecimiento de la utilización de un procedimiento patentado (art. 50.b) LP). La omisión aquí, dado el contexto, probablemente obedecerá a un despiste.

ii— Los defectos apuntados no se aprecian en la descripción de las acciones típicas de los delitos de violación de modelos y dibujos industriales y artísticos, topografías de productos semiconductores y signos distintivos, precisamente gracias a la referencia a la infracción de los derechos exclusivos de sus titulares, esto es, a la implícita remisión de la norma penal a la norma mercantil.

La referencia a la infracción de los derechos exclusivos de los titulares, sin embargo, no es del todo suficiente en el caso de violación de marcas, nombres comerciales y rótulos. Aquí, la acción típica se describe mediante una relación no exhaustiva de actos de explotación, cerrada con una genérica referencia a cualquier utilización del signo distintivo que infrinja los derechos exclusivos correspondientes. Esta remisión implícita a la normativa de marcas, lejos de solucionar todos los problemas, hace surgir otros nuevos.

En primer lugar, no todas las actuaciones de tercero sin el consentimiento del titular registral del signo distintivo constituyen utilización del mismo: no lo es ciertamente su supresión (art. 31.3 LM); a la vista del tenor proyectado, y aunque no constituye una utilización del signo distintivo, la modificación de la marca puesta en un producto puede constituir delito, pero no su supresión y sustitución; de este modo, por demás, se despenaliza una conducta que en la actualidad se halla incriminada (art. 281 CP).

En segundo lugar, se establece una especial incriminación de la posesión para comercialización y la comercialización para el caso de que se efectúe “a sabiendas” de que los productos o servicios portan signos distintivos (que sólo pueden ser marcas) con infracción de los derechos exclusivo (art. 282.2 PCP, en relación con art. 31.2.b) LM). Si algún sentido ha de tener esta norma es el de sancionar la conducta descrita sólo en los casos de dolo directo; de otro modo, la norma carece de sentido: comercialización y posesión para la comercialización son utilización que infringe los derechos

exclusivos del titular registral de la marca y, por ello, están comprendidos en el tipo general (art. 282.1 PCP), para el que basta un dolo eventual. Esta diferenciación y mayor precisión de las condiciones de punibilidad de la conducta tiene su lógica sólo en relación con personas que, sin haber colocado ilícitamente la marca sobre los productos o servicios, los poseen para ponerlos en el comercio o los ponen en el comercio. Pero en el tenor proyectado no se aprecia la más mínima particularización del círculo de posibles autores de las acciones típicas. Así las cosas, dado que la comercialización y la posesión para la comercialización de los productos distinguidos con la marca ilícitamente colocada es también un modo de utilización del signo distintivo y dado que las penas previstas son las mismas, lo más razonable es suprimir el párrafo segundo del art. 283 PCP. Su mantenimiento sólo puede acarrear problemas hermenéuticos: en vistas a la comercialización de los productos ilegítimamente distinguidos con una marca no sólo se posee y se pone en comercio, sino que también se ofrece, se importa, se exporta, se realiza publicidad, se usa la marca en la documentación comercial... todas ellas acciones que constituyen una utilización del signo distintivo que infringe los derechos exclusivos del titular registral y que, por tanto, al no quedar incluidas junto a comercialización y posesión constituyen delito según el párrafo primero del art. 282 PCP también cuando no se cometen mediando dolo directo, sino sólo dolo eventual.

iii— La mayor parte de los defectos técnicos apuntados se debe al deseo de evitar la norma penal en blanco, propósito que, como se ha visto, tampoco se ha cumplido enteramente. Como es sabido, constitucionalmente se exige que la norma penal en blanco encierre, al menos, una caracterización básica de la acción delictiva.

En atención a ello, el legislador penal cuenta con dos posibilidades técnicas para formular la acción típica de los delitos contra la propiedad industrial. De un lado, se puede relacionar de forma completa los actos de explotación de cada una de las modalidades de propiedad industrial protegidas penalmente, en todo caso con empleo de los mismos términos que figuren en su normativa específica, seguida de una relación de las excepciones establecidas en las normas propias o bien de una genérica referencia a la infracción de los derechos exclusivos de su titular registral; esta opción sólo parece preferible en el caso de que (conscientemente) no se quiera incriminar alguno de los actos de explotación amparados *prima facie* por el derecho de exclusiva. De otro lado, se puede identificar el núcleo de la acción delictiva en términos claros y rotundos, que permitan conocer su significado directamente, por más que la concreción de su contenido deba buscarse en otras disposiciones normativas, lo que en el contexto que ahora nos preocupa se cumple con la des-

cripción de la acción típica sencillamente como “lesión” del derecho de exclusiva del titular registral de cada una de las modalidades de propiedad penalmente protegida (para el término lesión, cfr. art. 62 LP o art. 35 LM); esta opción es preferible si, como parece, la tutela penal ha de superponerse en toda su extensión a la tutela civil, precisamente porque para llenar el tipo penal es obligado acudir a la normativa específica, donde las infracciones se hallan delimitadas con toda precisión.

**4. La divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente: un delito contra los intereses de la defensa nacional en sede de propiedad industrial**

Como ya he indicado, el delito de divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente (art. 283 PCP) no es un delito contra la propiedad industrial, sino un delito contra los intereses de la defensa nacional. Tan grave desenfoque sólo es explicable por una errónea comprensión del sentido del deber de secreto que se impone en relación con la solicitud de patente: cuando sea de interés para la defensa nacional, y a requerimiento del Ministerio de Defensa, la OEPM habrá de decretar la tramitación secreta de la solicitud de patente (art. 119.4 LP), que, una vez concedida, se inscribirá en un registro secreto (art. 120.1 LP) y tendrá la clasificación de secreto (art. 120.2 LP); a fin de que el Ministerio de Defensa pueda determinar si las invenciones para las que se solicita una patente son de interés para la defensa nacional (art. 119.2 y 3 LP), se establece un mandato de secreto del contenido de todas las solicitudes de patentes presentadas ante la OEPM durante un plazo de dos meses, prorrogable hasta cinco meses (art. 119.1 y 2 LP).

a) La importancia de las razones que explican el mandato de secreto atinente a las solicitudes de patentes contrasta con la ausencia de sanciones expresas en la regulación de patentes. Este estado de cosas sólo puede incentivar el incumplimiento del deber de secreto: clasificada la patente como secreta, el titular de la misma bien puede verse en la tesitura de tener prohibida su explotación a cambio de una mera compensación económica.

La afectación de los intereses de la defensa nacional que implica la revelación de la solicitud de patente (y de la propia patente secreta) justifica sobradamente la represión penal. Podría producirse un concurso aparente de normas con el delito de traición (el español o extranjero que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera... revelase información de interés militar susceptible de perjudicar a... la defensa nacional, arts. 561, 563 PCP) y con el delito relativo a la defensa nacional (el que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera,... revelare... información legalmente clasificada relacionada con... la defensa nacional, art. 575 PCP). El concurso de nor-

mas entre los arts. 483 y 561, 563 PCP es posible en todo momento, desde la solicitud hasta la concesión de la patente secreta, pues la traición se produce tanto si se revela información clasificada como si se revela información no clasificada de interés militar susceptible de perjudicar a la defensa nacional. El concurso de normas entre los arts. 483 y 575 PCP sólo se produce en el caso de que la resolución de tramitación secreta por la OEPM o el previo requerimiento del Ministerio de Defensa comporte una clasificación de la invención como secreto, y finaliza con la concesión de la patente secreta, cuya revelación sólo es delito relativo a la defensa nacional.

La consideración de los intereses de la defensa nacional como real bien jurídico protegido, finalmente, hacen que la divulgación de la invención objeto de la solicitud en perjuicio de la defensa nacional, para la que se establece un incremento de la pena (art. 283.2 PCP), sea el único supuesto de hecho punible. De otro modo, si la divulgación no comportare una posibilidad de lesión de los intereses de la defensa nacional, el delito no sería tanto un delito de peligro, cuanto un delito formal.

b) El injusto objetivo consiste aquí en la realización de esta acción “en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes”. Es preciso, pues, volver los ojos hacia la LP, ya no sólo para determinar la conducta relevante, sino también para precisar el bien jurídico protegido.

El objeto de cuya divulgación se trata es “la invención objeto de una solicitud de patente”, para la que se establece un régimen de secreto en los términos indicados *supra*. La posibilidad de aplicar este delito acaba con la concesión de la patente, o incluso antes si la tramitación en secreto comporta la clasificación de la información, pues entonces se debería pasar al delito del art. 575 PCP. No se considera delictivo, en cambio, la divulgación de la invención que es objeto de un modelo de utilidad, con olvido de que las normas sobre secreto en la tramitación y registro son válidas para patentes y para modelos de utilidad (art. 154 LP).

El mandato de secreto establecido por la legislación de patentes está dirigido al solicitante (arg. *ex* art. 119.5 LP). Conocimiento de la obligación y, por lo tanto, posibilidad de divulgación, en cambio, tienen también los funcionarios de los órganos administrativos involucrados: la OEPM y el Ministerio de Defensa, así como los terceros, en especial los trabajadores y administradores sociales del solicitante. En ambos casos, se produce un concurso ideal de delitos: para la divulgación por parte de un funcionario, con el delito de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 394 ss. PCP); para la divulgación por particulares que no son el solicitante, con el delito de revelación de secretos empresariales (art. 285 CP).

La divulgación incriminada comprende las diversas conductas que están prohibidas expresamente en la relación con la solicitud: toda actuación que permita el conocimiento de la invención por personas no autorizadas (art. 119.5 LP) que sólo son los funcionarios de la OEPM encargados de la tramitación y registro de la solicitud (art. 119.1, 2 y 120.3) y los del Ministerio de Defensa encargados de determinar si la invención descrita y reivindicada es de interés para la defensa nacional (arts. 119.3 ,4, 6 y 120,3). Entre los actos de divulgación se cuentan, pues, no sólo la comunicación al público en general, sino también la comunicación a persona o personas determinadas e incluso la explotación de la invención (arg. *ex* art. 119.6 LP) y la solicitud de una patente para la invención en un país extranjero (art. 122 LP).

### III. DELITOS CONTRA EL MERCADO

#### 1. Consideraciones generales: el orden concurrencial como bien jurídico penalmente protegido y los intereses considerados en su protección como criterio de sistematización

Los delitos contra el mercado son los delitos de aprovechamiento y revelación de secretos empresariales (art. 284.1 y 285 PCP), la realización de afirmaciones falsas acerca de tercero susceptibles de lesionar su capacidad competitiva (art. 284.2 PCP), la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas (art. 287.1 PCP), las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 288 PCP) y el incumplimiento de las intimaciones dictadas por el organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia (art. 289 PCP).

a) El bien jurídico protegido no es propiamente el mercado como institución, sino el orden concurrencial del mercado, la competencia económica como principio político y normativo de rango constitucional (art. 38 CE) que sienta el modelo de formación de las relaciones económicas en el mercado y gobierna el comportamiento de los operadores económicos en el mercado.

Probada históricamente la insuficiencia del Derecho privado tradicional, la tutela y, en su caso, reinstauración de la competencia económica se lleva a cabo a través de una normativa específica, el Derecho de la competencia, en el que se integran tanto el Derecho contra la competencia desleal como el Derecho contra las restricciones de la competencia. A esta tutela se suma ahora la protección jurídico-penal instituida a través de los delitos contra el mercado.

La protección jurídica (civil, administrativa y penal) de la competencia económica tiene por finalidad el aseguramiento de la operatividad del orden concurrencial y, a la vez, la salvaguardia de la libertad individual al ejercicio de la actividad económica en el mercado y de la libertad de elección de los consumidores. Como consecuencia, la construcción del ilícito ha de integrar los intereses de todos los que esperan la obtención de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus necesidades económicas y sociales en y a través del mercado; la protección de la competencia económica se desenvuelve, pues, “en interés de todos los que participan en el mercado”: los competidores (*rectius* agentes económicos profesionales), y los consumidores, así como en interés de la generalidad o interés público.

b) En atención al interés de los protegidos por el Derecho de la competencia agredido en particular por la acción delictiva, siguiendo así el criterio de sistematización propuesto en materia de competencia desleal (propuesta y fundamentada por MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 123 a 132, 136 a 139), los diversos delitos contra el mercado pueden agruparse como: delitos contra el mercado que fundamentalmente afectan a los competidores, por cuanto implican una obstaculización directa de la actividad empresarial ajena o una expoliación de la posición ganada en el mercado por otro: delitos contra el mercado que afectan en esencia a los intereses de los consumidores, en cuanto tienen de agresión a la autonomía del consumidor en la toma de decisiones de mercado; delitos contra el mercado que afectan principalmente al interés general, por cuanto son actos que desestabilizan las bases institucionales del sistema concurrencial.

## **2. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés de los competidores: violación de secretos**

Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés de los competidores son los delitos de apoderamiento y revelación de secretos empresariales ajenos (arts. 284.1 y 285 PCP), que representan una expoliación de la posición ganada por la víctima en el mercado incompatible con el principio de la competencia de prestaciones, y, de otro lado, los delitos de realización de afirmaciones falsas relativas a un competidor (art. 284.2 PCP) y de realización de oferta o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre ellos susceptibles de perjudicar a un competidor (art. 287.2 PCP).

a) El medio fundamental para la tutela jurídica de los secretos empresariales es la acción de competencia desleal: la violación (apropiación, divulgación y explotación) de secretos empresariales constituye, en determinadas

circunstancias, un acto de competencia desleal (art. 13 y 14 LCD: GALÁN, E., “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en BERCOVITZ, A., *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 91 ss.).

El artículo 284.1 PCP tipifica como delito el apoderamiento del secreto con la finalidad de descubrirlo o revelarlo; esta conducta coincide sustancialmente con la adquisición de secretos considerada desleal *per se* (art. 13.2 LCD), pero las sanciones civiles normalmente no serán suficientes para prevenir el espionaje industrial: el autor de la apropiación, el espía industrial o el que induce al espía industrial sólo se arriesga a una prohibición de divulgación, a una orden de restitución de los soportes y a una condena a la reparación de daños (pero no de perjuicios, que todavía no se han producido).

El art. 285 PCP, por su parte, tipifica la revelación del secreto empresarial al que se ha tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva; la conducta se corresponde enteramente con la divulgación desleal (art. 13.1 LCD). Tampoco son suficientes aquí las sanciones civiles: la insalvable desproporción entre el daño y perjuicios que ocasiona la revelación y la capacidad económica de su autor material impide que el resarcimiento pueda operar como freno suficiente para detener al que mediante precio o por despecho resuelve desvelar un secreto empresarial ajeno del que conoce con deber de reserva.

b) El bien jurídico protegido aparece identificado de una doble manera: en el tipo relativo al apoderamiento, como secreto de empresa y, en el tipo relativo a su revelación, como secreto de industria o de empresa.

La contraposición entre secreto de industria y secreto de empresa carece de justificación: el secreto de industria sólo es una clase de la categoría genérica de los secretos de empresa o secretos empresariales (art. *ex art.* 13.1 LCD). En consecuencia, el secreto de empresa comprende toda información técnica relativa a cualquiera de los ámbitos de la actividad empresarial: industrial (información sobre la fabricación de un producto o prestación de un servicio) o comercial (información sobre clientela, proveedores) o administrativo (funcionamiento interno de la empresa). Por ello es aconsejable obviar la contraposición y referir ambas normas a los secretos empresariales. Así se evita un estrecho entendimiento del bien jurídico protegido que pudiera concluir en la exclusión de protección penal para los secretos comerciales, tal y como ocurriera en relación con el art. 499 CP (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, ob., cit., p. 158, que cita la definición de GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y pro-*

*tección*, ob. cit., pp. 51 a 57, 65 y 66, que inicialmente limitó a los secretos de industria, pero que posteriormente revisó a fin de integrar los secretos relativos al ámbito de lo comercial y de lo organizativo en “Algunos aspectos de la licencia de know-how”, 7 ADI 1981, p. 208).

Pero los tipos penales de violación de secretos empresariales no se limitan a identificar el secreto empresarial como realidad económico-social tutelada, sino que además entran a definirlo; algo que no ha hecho el legislador civil. En efecto, la limitación de la sanción penal a los supuestos de violación de un secreto de empresa evaluable económicamente y que comporte ventajas competitivas no es una especificación del secreto empresarial protegido, sino una definición del mismo, formulada sobre pautas doctrinales GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, ob. cit., p. 66, o MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, ob. cit., 1989, pp. 40 a 42). Estas exigencias sólo expresan el contenido del valor patrimonial que es elemento intrínseco del secreto empresarial: no hay secreto empresarial si la información objeto del mismo carece de valor económico o no proporciona a su titular una ventaja competitiva.

c) La configuración de la acción típica está lastrada aún por su asentamiento originario entre los delitos sobre descubrimiento y revelación de secretos; la recolocación sistemática revela una correcta comprensión de la trascendencia económica e institucional de su protección penal: se salvaguarda la posición ganada en el mercado con el esfuerzo propio y se preserva la competencia por eficiencia de las prestaciones; pero no se ha plasmado en la formulación del injusto, que sigue anclado en la protección de la intimidad.

i— Así, el apoderamiento no se trata como adquisición ilegítima, sino como aprehensión material de los objetos que incorporan el secreto o captación de su sustancia a través de medios que posibilitan una intromisión en la esfera reservada de las personas; es llamativa la remisión al art. 198 PCP.

Probablemente las exigencias del principio de legalidad impiden adoptar una formulación como “adquisición ilegítima” (art. 13.1 LCD) y obligan a especificar con precisión las acciones que permiten tal adquisición ilegítima; pero aquí, donde están prohibidas las interpretaciones extensivas, precisión es sinónimo de anquilosamiento y petrificación. En la actualidad es insuficiente la relación de medios técnicos considerados aptos para procurarse el conocimiento de un secreto empresarial: se echa de menos la entrada en las memorias electrónicas de los ordenadores seguida de reproducción de los archivos deseados en la memoria del ordenador desde el que se accede. Pero no sólo es insuficiente por falta de adaptación a las novedades tecnológicas, sino también por olvido de los medios tradicionales: lectura o escucha física y

memorización.

ii— La configuración de la acción típica de la revelación de secretos empresariales es, por contra, más vaga. La revelación delictiva debe consistir tanto en la comunicación o transmisión del secreto industrial a una o varias personas en particular, como al público en general. Ahora bien, si se considera que entre los delitos contra la intimidad se incriminan como acciones aparentemente distintas la difusión y la revelación (art. 198.3 I PCP) y después sólo la revelación (art. 199.1 PCP) o sólo la divulgación (art. 199.2 PCP), no deja de ser cuestión abierta si la revelación del art. 285 PCP comprende también la difusión, entendida como divulgación. Si, como es de suponer, la sanción ha de alcanzar al que comunica a un tercero o terceros determinados y, con más razón por la gravedad del perjuicio causado a la ventaja competitiva atribuida por el secreto empresarial, al que divulga, sería deseable una mayor precisión terminológica, con el añadido de la difusión en esta sede.

Finalmente, autores del delito de revelación de secretos empresariales sólo pueden ser los que están legal o contractualmente obligados a guardar reserva, como más apropiadamente se expresa para la determinación de la violación de secretos desleal: los que han accedido a los secretos empresariales de modo legítimo pero con deber de reserva (art. 13.1 LCD). Soportan un deber legal de secreto respecto de ciertos secretos empresariales los administradores de las sociedades de capitales (art. 132.2 LSA, art. 15 LSRL) y los trabajadores, sea en general durante la relación laboral y tras su extinción (art. 5a), 20.2 y 54.2b) ET y art. 72 LCT) o en el marco de invenciones laborales (art. 18 LP). Los deberes contractuales de confidencialidad se establecen en el marco de contratos de licencia de know-how, cuya licitud está condicionada al mantenimiento del carácter secreto de la información (art. 2(1)1 y 2 RCEE 556/89).

iii— Tal y como está formulada, la previsión de la aplicación en su mitad inferior de las penas previstas para la revelación al que utilizare el secreto empresarial en su provecho propio (art. 285.1 PCP) no incrimina la explotación del secreto por la persona que haya tenido conocimiento del mismo de modo lícito pero esté sometido a una prohibición de uso legal, como los trabajadores después de la finalización de la relación laboral (art. 72 LCT), o convencional, como el licenciatario de know-how tras la extinción del contrato (art. 2(1)1 RCEE 556/1989); ni incrimina su explotación por la persona que lo adquiere de tercero que haya tenido conocimiento del mismo en modo ilegítimo, sin ser cooperador necesario o inductor.

A la vista de ello (y no obstante las advertencias doctrinales, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, suplemento a la 8.<sup>a</sup> ed., Tirant lo

Blanch, Valencia, 1990, p. 29), la explotación ilegítima de un secreto empresarial sólo podrá ser reprimida penalmente en la medida en que a la revelación preceda un apoderamiento punible.

**3. Realización de afirmaciones falsas relativas a un competidor y realización de oferta o publicidad con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre los productos o servicios promovidos**

El segundo de los delitos contra el mercado que afecta principalmente a los competidores es la realización de afirmaciones o alegaciones falsas, sancionadas por separado según su objeto y efecto: de una parte, se incrimina la realización de afirmaciones falsas sobre el establecimiento, productos, actividad económica o situación financiera de la víctima que es susceptible de lesionar su capacidad competitiva (art. 284.2 PCP) y, de otro, la formulación de alegaciones falsas en la oferta o publicidad de los propios productos o servicios que pueda perjudicar al competidor (art. 287.1 PCP).

La realización de afirmaciones o alegaciones falsas, sean referidas a las prestaciones, establecimiento o actividad de un tercero o las prestaciones del que las hace, puede constituir actos de competencia desleal; según los casos actos de engaño (art. 7 LCD) o actos de denigración (art. 9 LCD). El ilícito de deslealtad concurrencial y el ilícito penal poseen un bien jurídico protegido común: la competencia económica como institución pero adoptan perspectivas diversas y, hasta cierto punto, incompatibles; se puede decir que entre el injusto concurrencial y el injusto penal media un abismo: en sede de competencia desleal, el engaño y la denigración se prohíben y reprimen por cuanto tienen de mecanismos para suprimir o reducir la transparencia en el mercado y, así, la racionalidad y eficiencia de las decisiones de los consumidores; en sede penal, en cambio, por cuanto tienen de agresión a la posición ganada en el mercado por el competidor —en teoría, aunque no hubiera perjuicio para el consumidor. Esto entra en contradicción sistemática con el cambio del modelo profesional por el modelo social de represión de la competencia desleal actuado con la última reforma: la ilicitud concurrencial del engaño o denigración reside en la agresión a la libertad de decisión de los consumidores (art. 7LCD); los intereses de los competidores sólo se tutelan de modo indirecto, su afectación no es, como aquí, elemento estructural del ilícito (no obstante, art. 4.1 *in fine* LGP).

Los riesgos prácticos de esta contradicción sistemática, sin embargo, no son alarmantes: la lesión de la capacidad competitiva o el perjuicio notorio del competidor dependen del entendimiento efectivo de la información falsa por el destinatario; en otras palabras, sin engaño del destinatario, la realiza-

ción de afirmaciones o alegaciones falsas es inhábil para perjudicar a un competidor.

Así pues, ya no sólo por motivos de congruencia sistemática, sino también a fin de evitar la tutela penal de unos intereses no protegidos específicamente por la legislación civil es altamente aconsejable suprimir el art. 284.2 PCP y suprimir la mención relativa a los competidores del enunciado del art. 287.1 PCP. De este modo, el ilícito de publicidad engañosa se construye enteramente sobre la agresión a la autonomía de decisión de los consumidores. Para conseguir la protección mediata de los intereses de los competidores en la transparencia del mercado basta con añadir en el texto del art. 287.1 PCP: “publicidad de sus productos o servicios, establecimientos o actividad económica”, de un lado, y, de otro, “sobre los mismos o sobre los de terceros”, añadido éste que también es necesario desde la óptica de los consumidores.

Veamos ahora los elementos básicos del art. 284.2 PCP; del art. 287.1 PCP trataré como delito contra los consumidores.

a) Sujetos activos del delito de afirmaciones falsas sobre un tercero son personas que puedan obrar con fines industriales o comerciales. Ello no equivale a exigir que entre autor y víctima exista una relación de competencia; basta con que el autor efectúe la acción típica en el marco de su actividad industrial o comercial: editorial que publica un ensayo comparativo de dos productos. No pueden ser sujetos activos de este delito ni los profesionales liberales, ni las asociaciones de consumidores o los sindicatos.

b) La acción típica consiste en la realización de afirmaciones falsas. El contexto en que se producen las referidas afirmaciones parece indiferente; pero en todo caso se precisa una exteriorización de las mismas. Estas afirmaciones falsas coinciden con las alegaciones falsas del delito de publicidad engañosa, por lo que remito a lo que diré *infra* sobre su significado.

Objeto de la afirmación falsa es el establecimiento, los productos, la actividad económica o la situación financiera de la víctima. En la relación se echa de menos la expresa mención de los servicios y de las relaciones comerciales que se mantienen con terceros; igualmente destaca la omisión de toda referencia a las circunstancias exclusivamente referidas a la persona del afectado o a sus trabajadores o administradores (por contraste con la deslealtad *per se* de la publicidad de tono estrictamente personal en el art. 9 II LCD), cuya sanción penal habrá de construirse en sede de calumnias o injurias (art. 204 ss. PCP), por tanto con independencia de la lesión de la competitividad del afectado.

c) El injusto del tipo se funda en la falsedad de las afirmaciones y en su aptitud para lesionar la capacidad competitiva de la víctima. La falsedad de las afirmaciones es la misma que la de las alegaciones del delito de publicidad engañosa, por lo que remito a lo que diré *infra*.

El segundo elemento del injusto hace de este delito un ilícito de peligro: para que la realización de las afirmaciones falsas que nos ocupan constituya delito no es preciso que efectivamente lesionen la capacidad competitiva del afectado, basta con que sean aptas para producir tal lesión. La realización de las referidas afirmaciones falsas constituye un delito consumado también en el caso de que no hubieran tenido difusión (pero, por su contenido, de haberla tenido habrían lesionado la capacidad competitiva de la víctima). La lesión de la capacidad competitiva comprende el menoscabo del crédito en el mercado o desmerecimiento de la imagen de su establecimiento, productos o actividad en el mercado, pero no se agota en la mera denigración; así, también puede ser delictiva la afirmación falsa de que las existencias del competidor se han terminado.

#### **4. El delito contra el mercado que afecta primordialmente al interés de los consumidores: la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas**

El delito contra el mercado que afecta primordialmente al interés de los consumidores es la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas (art. 287.1 PCP), al que en adelante me referiré como delito de publicidad engañosa, como gusta denominar a esta figura la doctrina penalista (MARTÍNEZ PÉREZ, C., “Delitos publicitarios”, *Documentación Jurídica* núms. 37-40, 1983, vol. II, pág. 768 ss., ID., “Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa”, CPC núm. 22, 1984, pág. 33 ss. ID., “La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario”, 13 ADI 1990, pág. 81 ss.).

a) La formulación de alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas en las ofertas o publicidad de fabricantes y comerciantes (art. 287.1 PCP) es, por un lado, un acto de engaño (art. 7 LCD) y publicidad engañosa (arts. 4 y 5 LGP) y, por otro lado, una infracción de las muy numerosas disposiciones de naturaleza administrativa que sientan un principio de veracidad para la publicidad, promoción y oferta dirigidas a los consumidores (art. 8.1 LCU y entre las autonómicas, *ad ex.* arts. 16, 22, 23 LC de Galicia). A esta completa panoplia de sanciones civiles y administrativas se suma el delito de publicidad engañosa (art. 287.1 PCP). Ciertamente no es una nove-

dad en el panorama del Derecho comparado; en realidad es notable la similitud entre el art. 287.1 PCP y el § 4 UWG (*vide* BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W., *Wettbewerbsrecht*, 16.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Munich, 1990, § 4 UWG, p. 1.002 ss.).

Desde un punto de vista operativo existe una fundamental diferencia entre las acciones de competencia desleal y publicidad ilícita, de un lado, y la acción penal contra la publicidad engañosa: el Juez que conoce de aquellas primeras está facultado para imponer al demandado la carga de la prueba de la veracidad y exactitud de sus afirmaciones y manifestaciones (art. 26 LCD y art. 29.b) LGP); en sede penal la prueba de la falsedad o de la incerteza compete siempre al querellante o al Ministerio fiscal (con la imputación del coste que ello puede representar a los presupuestos del Estado). La incriminación de la publicidad engañosa suma una nueva Administración a los ya numerosos organismos estatales y autonómicos que actualmente se ocupan de vigilar y reprimir la actividad publicitaria ilícita, con el implícito incremento de dineros públicos destinados a su control (sin contar los que se dirigen a financiar a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios).

b) Sujeto activo únicamente pueden ser los fabricantes o comerciantes. La elección de estos términos dificulta incluir en el círculo de sujetos activos a otros operadores económicos profesionales que se relacionan con consumidores y desarrollan su actividad económica en el mercado, pero se dedican a actividades que no son industria ni comercio. En particular me refiero a los profesionales liberales. La exclusión no aparece justificada en un ordenamiento que somete a los profesionales liberales a las exigencias del orden concurrencial del mercado (art. 3.1 LCD) y que, por tanto, sanciona como actos de engaño las prácticas por ellos realizadas que induzcan a error a las personas a las que se dirijan o alcancen (art. 7.2 LCD).

c) La acción típica, presentada como oferta y publicidad, comprende toda comunicación dirigida a terceros, el público en general o persona o personas determinadas. La comunicación puede realizarse de cualquier modo, incluida su incorporación en el mismo producto o en su presentación. La oferta o la publicidad han de tener por fin la promoción de productos o servicios propios del oferente o anunciante; queda excluida del tipo, pues, la publicidad que directamente promocióne el establecimiento o la actividad, no sé si de forma consciente y justificada (*vide* art. 284.2 PCP).

El contenido de la oferta o publicidad ha de consistir en alegaciones falsas o manifestación de características inciertas relativas a los productos o servicios ofrecidos o anunciados; esta diferenciación es innecesaria: la manifestación de una característica incierta es, sin duda, una alegación falsa. Nada

obliga a interpretar el término alegación a comunicación mediante lenguaje o signos de lenguaje, por lo que sería preferible una mayor parquedad en la expresión (*vide* art. 284.2 PCP). Las alegaciones y manifestaciones efectuadas con la oferta o publicidad han de poder valorarse en términos de veracidad/falsedad. En consecuencia, la expresión de opiniones o juicios de valor está excluida del tipo; tal exclusión sólo alcanza, no obstante, a las opiniones o juicios de valor puros: no impide, en cambio, el enjuiciamiento en esta sede de las opiniones que, como ocurre en buena parte de los casos, pueden ser objetivadas a través de su conexión con determinados hechos o con determinados conocimientos.

A pesar de la formulación positiva, no puede descartarse la comisión de la acción típica mediante omisión. La omisión, sin embargo, sólo puede ser ilícita si afecta a datos o extremos esenciales de la oferta o publicidad. Para determinar el carácter esencial de un dato ha de considerarse lo dispuesto en las muchas normas que establecen la cantidad y naturaleza de la información que el oferente ha de procurar a los consumidores: la oferta, promoción y publicidad debe ajustarse a la naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad de las prestaciones (art. 8.1 LCU). Especialmete intensa es la regulación de la información que se procura al consumidor acerca del precio: precio completo, con indicación, en su caso, del importe de los incrementos o descuentos y de los costes adicionales por servicios accesorios, financiación, aplazamiento o similares (art. 13.1d) LCU). Además, son numerosas las prescripciones sobre la información que debe contenerse en el etiquetado y presentación de los productos.

d) Los elementos objetivos del injusto son, de una parte, la falsedad de las alegaciones hechas o la incerteza de las características manifestadas y, de otro lado, la posibilidad de causar con ello un perjuicio notorio a consumidores y/o competidores,

i— La falsedad/veracidad de una alegación o de una manifestación relativa a un producto no es extremo que deba apreciarse en términos objetivos y absolutos, sino subjetivos y relativos. Esto es, la falsedad/veracidad no puede hacerse depender de la correspondencia de lo alegado o manifestado con la realidad, sino del modo en que son comprendidos por los destinatarios de la oferta o publicidad. Es preciso establecer esta vinculación no tanto por motivos prácticos —una alegación falsa que el público no toma por verdadera es inhábil para perjudicar notablemente (no “notoriamente”) a los consumidores—, cuanto por razones sistemáticas: la formulación de afirmaciones verdaderas que inducen a error es tan desleal como la formulación de afirmaciones falsas que inducen a error; no incluido en el tipo penal una referencia al error de los destinatarios de la oferta o publicidad, una interpretación

objetivista impide incriminar la formulación de alegaciones veraces o la manifestación de características ciertas que, no obstante y dado el contexto, son incorrectamente interpretadas por los consumidores.

El elemento decisivo del tipo no es el medio empleado (la alegación falsa o la característica incierta), sino la creencia errónea provocada con su formulación o manifestación en el destinatario. Por ello, también es relevante el empleo de indicaciones que son verdaderas si, dado el contexto, son susceptibles de ser comprendidas de modo incorrecto, pero no lo es el empleo de indicaciones falsas que, de nuevo en el contexto, son correctamente entendidas por sus destinatarios. La falsedad de las alegaciones o características contenidas en la oferta o en la publicidad, pues, es punible si da origen a una incorrecta representación de la realidad en sus destinatarios. La prueba de este extremo, que es distinta de la relativa a la veracidad y exactitud de las manifestaciones valoradas, debe ser presupuesto ineludible para la condena. Ello obliga a acomodar el juicio a las características de los destinatarios — con la implícita exigencia de que el juez se abstenga de sustituir el parecer del destinatario por el suyo propio—, en particular a atender al tipo de prestaciones promocionadas, a las condiciones en que el destinatario tomo conocimiento de la información y, por último, a hallar el parecer del destinatario medio del círculo de destinatarios efectivos.

ii— No basta, sin embargo, con la falsedad en los términos de la oferta o de la publicidad para fundar la ilicitud penal de la acción; es, además, necesario que de este modo pueda perjudicarse “notoriamente” (imagino que notablemente) a los consumidores. El encuadramiento del delito de publicidad falsa entre los delitos relativos al mercado comporta una implícita asunción de que el perjuicio relevante es un perjuicio de naturaleza patrimonial, en cuyo caso el delito publicitario, precisamente por la notoriedad requerida, comparte escena con el delito de estafa. Sin duda el perjuicio patrimonial es relevante a estos efectos, pero no el único que es relevante.

La sistemática legal, en particular la inclusión de la norma en un Capítulo que comparten los delitos contra el mercado y contra los consumidores sin distinción ulterior, así como la referencia final a la aplicación cumulativa de las penas que correspondan por la comisión de otros delitos, obliga a considerar relevante el perjuicio que, como consecuencia de la publicidad engañosa, pueda sufrir cualquiera de los derechos básicos de los consumidores constitucionalmente instaurados, en particular la protección de la salud y de la integridad y la protección de los legítimos intereses económicos (art. 51.1 CE y art. 2 LCU). Así, constituye un delito de publicidad falsa la consignación de indicaciones no veraces acerca del uso de un producto si, como consecuencia de ello, se pone en peligro la seguridad de los consumidores o su

salud, sin perjuicio de que en el primero de estos casos pueda concurrir un delito de lesiones (art. 155 PCP) y en el segundo un delito contra la salud pública (art. 342 ss. PCP).

2. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés público son el de alteración del precio de las cosas (art. 288 PCP) y el de incumplimiento de las resoluciones firmes del organismo encargado de la defensa de la competencia ordenando la cesación de una práctica prohibida (art. 289 PCP).

a) La alteración del precio de las cosas (art. 288 PCP) es trasunto del vigente delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 540 CP). Las diferencias consisten en la debida puesta al día; dejando al lado la modificación de la pena, se suprime la referencia a las noticias tendenciosas y a las maquinaciones, y se introduce la utilización de información privilegiada como medio para alterar el precio de las cosas y, finalmente, se eliminan las monedas, se añaden los servicios y se consigna la mención de los títulos valores entre las cosas a las que se refiere la alteración del precio.

El ordenamiento jurídico mercantil sólo trata incidentalmente las acciones de esta clase. La alteración del precio mediante la difusión de noticias falsas podría enjuiciarse como acto de engaño desleal (art. 7 LCD) o como publicidad engañosa ilícita (arts. 4 y 5 LGP). La alteración del precio mediante la utilización de información privilegiada podría enjuiciarse como una contravención de las normas de conducta impuestas en el mercado de valores (art. 81 ss. LMV); a estas sanciones se suma la sanción jurídico-penal reservada al uso de información privilegiada por un funcionario público o autoridad (art. 368 CP).

b) Desde un punto de vista técnico jurídico y en lo que hace al empleo de conceptos procedentes del Derecho Mercantil la nueva redacción merece alguna consideración.

De un lado, la información privilegiada es objeto de una definición legal para las operaciones del mercado de valores: información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores (art. 81.3 LMV).

De otro lado, el cambio de la expresión actual “títulos o valores” por la expresión “títulos valores” entre las cosas cuya alteración de precio puede ser delictiva no es excesivamente afortunada; ello no tanto por la conveniencia de modificar la expresión vigente, cuanto por el modo en que se ha

hecho. Sin duda, la modificación tiene la vista puesta en el mercado de valores, al menos así permite pensarlo la anterior referencia a la información privilegiada, pero olvida que el objeto de colocación y negociación en los mercados de valores no son los títulos valores, sino los valores. El título no es, actualmente, sino una de las posibles formas de representación de los valores (art. 5 LMV); la otra forma de representación es la anotación en cuenta; los valores representados mediante anotaciones en cuenta no son títulos valores (Preámbulo Real Decreto 505/1987), ni tampoco, “otras cosas muebles”, sino derechos en estado puro cuya peculiaridad reside en el especial régimen de representación y transmisión; por ello, la modificación proyectada tiene el efecto de despenalizar el uso de información privilegiada que altere indebidamente el precio de los valores representados mediante anotaciones en cuenta; téngase presente que acciones y obligaciones admitidas a cotización en Bolsa han de estar imperativamente representadas mediante anotaciones en cuenta (art. 10.5 L 19/1989). Es preciso, pues, dar marcha atrás y mantener la vieja expresión o, si se prefiere, sustituirla por la expresión “valores”, dado que los títulos-valores sí tienen la naturaleza de cosas muebles y, por tanto, quedan incluidos en la cláusula final de cierre.

3. La incriminación de la inobservancia de las intimaciones del organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia a través de un tipo propio es una novedad en relación con la normativa en vigor. Antes que de la respuesta a una necesidad de pena se trata, sin lugar a duda, de una declaración expresa de la importancia que se atribuye a la política de competencia.

a) Si la sanción penal es el mecanismo adecuado para reforzar la aplicación de las normas de defensa de la competencia es cuestión de dudosa legitimidad y, lo que es peor, de dudosa eficacia.

Por una parte, la normativa específica de defensa de la competencia establece medidas específicas para prevenir y sancionar el incumplimiento de las órdenes de cesar en la realización de prácticas prohibidas. A fin de asegurar el cumplimiento de sus resoluciones el TDC está facultado para imponer las llamadas multas coercitivas, fijadas en cantidades de 10.000 a 150.000 pts. por cada lapso de tiempo que estime suficiente para dar cumplimiento a la cesación ordenada (art. 11 LDC). Esta posibilidad se extiende también al aseguramiento de la observancia de las medidas cautelares (art. 45.4 LDC). No creo que la incriminación aporte necesariamente mayor seguridad en el cumplimiento que las multas coercitivas, especialmente si se considera que la pena puede consistir en una nueva multa; antes bien, su efecto práctico puede ser contraproducente: por virtud del *non bis in idem*, la sanción penal cierra la posibilidad de la sanción administrativa más gravosa, de un lado, y

de otra, la ejecución de la multa coercitiva encontrará la oposición de la prejudicialidad penal, con el consiguiente beneficio de los menores costes de la sanción y la mayor lentitud del procedimiento.

Por otra parte, el incumplimiento de estas resoluciones administrativas habría sido igualmente objeto de sanción penal sin necesidad de tipificación especial, como supuesto de desobediencia (art. 237 CP y art. 506 PCP).

b) En el aspecto técnico, la formulación del tipo destaca por su carácter de norma en blanco. En dos puntos es preciso acudir a normativa meta-penal para precisar el contenido y significado de la acción típica: para precisar el organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia, las resoluciones de cuyo incumplimiento se trata y las prácticas prohibidas legalmente.

i— La determinación del organismo administrativo competente en materia de defensa de la competencia comporta una cuestión previa acerca del Derecho sustantivo penalmente considerado. El Derecho de defensa de la competencia del Estado está integrado por normas internas y por normas comunitarias, que tienen efecto directo, son inmediatamente aplicables y gozan de primacía sobre las de Derecho interno. El control del cumplimiento de las normas internas corresponde al SDC y al TDC, pero sólo este segundo organismo dicta resoluciones intimando a cesar en la realización de prácticas prohibidas. El control y aplicación de las segundas compete también a los organismos comunitarios, en particular es la CE el organismo administrativo competente para dictar decisiones de cesación de las prácticas prohibidas. A falta de mayor precisión, las resoluciones cuyo incumplimiento integra la acción típica son las del TDC, en aplicación del Derecho interno o del Derecho CEE, y, por su eficacia directa, las de la CE en aplicación del Derecho CEE.

ii— Las resoluciones con intimación de cesación cuya inobservancia puede ser constitutiva de delito son sólo las resoluciones firmes que contengan una intimación a cesar en la práctica prohibida, lo que parece excluir a las resoluciones por las que se dicten medidas cautelares, pues no contienen intimaciones a cesar y pueden ser suspendidas o modificadas en cualquier momento (art. 45 LDC).

iii— Las prácticas prohibidas legalmente, de su lado, son los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 LDC y art. 85 TCEE), el abuso de posición dominante (art. 6 LDC y art. 86 TCEE) y el falseamiento de la competencia a través de los actos de competencia desleal (art. 7 LDC). La formulación del tipo deja fuera la inobservancia de las diversas órdenes contenidas, según los casos, en una resolución contraria a una concentración económica

de relevancia interna o de relevancia comunitaria (art. 17.c) LDC y arts. 7.2 y 8.3 y 4 RCEE 4064/1989). Tales resoluciones y decisiones no contienen propias “intimaciones a cesar”, las concentraciones económicas no son tampoco propias “prácticas prohibidas legalmente” ni, al menos en el caso español, el organismo emisor de estas órdenes, que es el Gobierno, es propiamente “el organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia”.

#### **IV. DELITOS RELATIVOS A LOS CONSUMIDORES**

##### **1. Consideraciones generales**

Se ha reservado la calificación de delitos relativos a los consumidores para aquellos delitos de este Capítulo XII en los que el bien jurídico protegido son los intereses de los consumidores directamente, esto es, considerados en sí mismos y no en relación con el juego del mercado. Delitos de esta clase son la detracción de materias primas o productos de primera necesidad del mercado (art. 286 PCP) y la manipulación de los aparatos automáticos de medición (art. 287.2 PCP).

##### **2. Detracción de materias primas o de productos de primera necesidad**

La detracción de materias primas o de productos de primera necesidad puede ser enjuiciada como ilícito de defensa de la competencia: bien como acuerdo restrictivo, cuando resulta de la concertación de diversos operadores económicos profesionales (art. 1 LDC), o bien como abuso de posición de dominio, cuando resulta de la conducta observada por quien detenta una posición dominante en el mercado (art. 6 LDC). Igualmente, la detracción podría reconducirse, al menos en algunos casos, a un supuesto de boicot o discriminación, que son actos de competencia desleal *per se* cuando se realizan frente a los consumidores (art. 16.1 LDC) y que también lo son cuando se realizan frente a empresarios si éstos ocupan una posición de dependencia frente a los autores de la conducta (art. 16.2 LCD). A estas prohibiciones se suman las que se establecen en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios (*ad ex.* art. 4.e) y f) LCU de Cataluña).

En la norma penal existe un propósito de defensa de intereses sociales, especialmente manifiesto en su apartado segundo, que se halla por encima de la mera tutela del funcionamiento concurrencial del mercado, y que permite que aquélla actúe en supuestos en los que ésta es inoperante: el mero desabastecimiento del mercado no es un ilícito concurrencial si no va acompañado del efecto del alza de precios o monopolización de un mercado paralelo.

En la línea de la norma penal se encuentran, por contra, las normas administrativas de defensa de los consumidores y usuarios; ahora bien, ni la ley estatal general establece una prohibición general de la detracción, ni semejante prohibición se recoge en todas las leyes autonómicas en la materia.

El tipo objetivo proyectado carece de elementos cuya inteligencia dependa de conceptos o principios propios del Derecho Mercantil.

### **3. Alteración y manipulación de aparatos de medición o peso**

La alteración y manipulación de aparatos de medición o peso es un viejo conocido del Derecho Penal: constituía falta el ofrecimiento al público de bebidas o alimentos que no tengan el peso o medida que corresponda (art. 573.4º CP hasta la reforma de 1989). Pues bien, convenientemente adaptado a los avances técnicos, esta conducta despenalizada en 1989 se reprime ahora como delito: facturación en perjuicio del consumidor de cantidades superiores por productos o servicios cuyo coste o precio se mida por aparatos automáticos mediante su alteración o manipulación (art. 287.2 CPC).

En la legislación de protección de los consumidores autonómica se puede hallar alguna prohibición de alteración o manipulación de aparatos de medición automática (art. 19 III LC de Galicia, indirectamente art. 3.c) LC de Cataluña, arts. 11.a) y 33.4 ECU de la Comunidad Valenciana); ni la ley estatal general establece una prohibición general de la detracción, ni semejante prohibición se recoge en todas las leyes autonómicas en la materia.

El tipo objetivo proyectado carece de elementos cuya inteligencia dependa de conceptos o principios del Derecho Mercantil.

# LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SANCIONATORIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO EUROPEO

**ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER**  
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

## SUMARIO

- A. INTRODUCCIÓN.
- B. LOS ÓRDENES JURÍDICOS NACIONALES.
  - 1. Estados miembros que no aceptan la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas (SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST).
  - 2. Estados Miembros que aceptan una responsabilidad directa de las personas jurídicas. (SOCIETAS DELINQUERE POTEST).
    - a) Estados en los que el principio de culpabilidad no opera como un límite constitucional.
    - b) Estados en los que el principio de culpabilidad opera como un límite constitucional.
    - c) La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho comunitario y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- D. CONCLUSIONES.

## A. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas forma parte del conjunto de las cuestiones más debatidas del derecho penal y sancionatorio administrativo actual. Se trata, por lo tanto, de una cuestión difícilmente eludible en una futura reforma penal en España, sobre todo cuando ésta ha sido en general admitida en el derecho sancionatorio administrativo (Confr. BACIGALUPO, *Sanciones Administrativas*, 1991, pág. 37 y ss.). Aunque el tema no es novedoso (la cuestión fue objeto de discusión en el Congreso de Antropología Criminal, Bruselas 1891; II Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Bucarest 1928; VI Congreso Internacional de Derecho Penal, Atenas 1957; V Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bruselas 1958; X Congreso Internacional de Derecho Comparado, Budapest 1978, según informa ZUGALDÍA, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 11-1980, págs. 67 y ss., pág. 71), se puede constatar que sólo ha sido tratado con cierta intensidad desde hace aproximadamente cuarenta años. Si bien aquí no es posible una comprobación exacta, parece que su desarrollo se vincula con la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas en las legislaciones europeas de post-guerra (sobre todo en materia fiscal y en derecho de monopolios)<sup>(1)</sup>. A pesar de las discusiones referentes a la legitimidad de las sanciones a las personas jurídicas, las legislaciones han operado con criterios pragmáticos. Ejemplo de ello es el derecho comunitario que introdujo desde el principio la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de derecho de la competencia<sup>(2)</sup>. En la actualidad, por lo tanto, prácticamente no se discute la necesidad de establecer la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas, pero la cuestión de su compatibilidad con los principios que deben regir esta materia se sigue poniendo en duda<sup>(3)</sup>.

El problema adquiere singular significación en materia de fraudes a los intereses financieros de la CE, puesto que una gran parte de los operadores económicos, cuyos comportamientos pueden incurrir en tales fraudes, son personas jurídicas. Consecuentemente no sólo importa definir con precisión

(1) Confr. ENGISCH en *Verh.* 40 DLL. Tomo II, Tübingen 1954, pág. E7 y ss.; DELMAS MARTY, *Droit Pénal des affaires*, tomo I, 1973, pág. 109 y s.; MANTOVANI, *Diritto Penale*, 1979, pág. 143; ZUGALDÍA, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 11-1980, pág. 67 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, en ADCP 1981, 371 y ss.; RUIZ VADILLO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (versión mecanográfica); RIGHI, *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid 1991, pág. 217-270; H. HAMANN, *Das Unternehmen als Taeter im europaeischen Wettbewerbsrecht*, 1991.

(2) Confr. arts. 85 y 86 T. CEE y Reglamento de la CEE nº 17 de 6-2-62.

(3) Confr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª ed. 1988, pág. 204.

un concepto de fraude comunitario merecedor de sanción (sustancialmente fraudes de carácter fiscal y de subvenciones, etc.), sino también establecer quiénes pueden ser responsabilizados por la autoría de los mismos y bajo qué condiciones.

Un precedente de singular importancia para el tratamiento de estas cuestiones lo constituye la Recomendación N° R (88) 18 (de 20 de octubre de 1988) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, que propuso “la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad (faute) de la empresa, la consecuencia por la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan”<sup>(4)</sup> de la Rec. R (88) 18. Ello demuestra la existencia en Europa de un difundido consenso en relación a la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas. Tal consenso se apoya en la comprobación de determinadas circunstancias que aparecen señaladas en los fundamentos de la Recomendación del Consejo de Europa:

1º) El creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de las empresas, que ocasionan un perjuicio considerable tanto a los particulares como a la sociedad; entre estos perjuicios, naturalmente, se deben contar los que se irrogan a los intereses financieros de la CE; y

2º) “La dificultad que existe respecto de la identificación de personas físicas responsables de una infracción, teniendo en cuenta la estructura compleja de las empresas”.

De todos modos, el Consejo de Europa no ha dejado de considerar “la dificultad de responsabilizar penalmente a las empresas en razón de las tradiciones jurídicas de numerosos Estados europeos”. Entre estas tradiciones jurídicas se hace especial referencia al problema de la culpabilidad de las personas jurídicas<sup>(5)</sup>.

(4) Confr. I, 3.a.

(5) Confr. Rapport Final d'Activité préparé par le Comité restreint d'experts sur la responsabilité pénale des personnes morales, 12 de julio de 1988.

## B. LOS ÓRDENES JURÍDICOS NACIONALES

### 1. Estados miembros que no aceptan la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas (*SOCIETAS DELINQUERE NON POTES*).

De acuerdo con los informes presentados solamente *Bélgica* (confr. pág. 43/53) e *Italia* (confr. págs. 53 y ss.) excluyen la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas. De todos modos, tanto en *Bélgica* como en *Italia* existen excepciones recientemente introducidas.

a) En *Bélgica* se cita la “arreté-loi” de 29 de junio de 1946, concerniente a la intervención injustificada de intermediarios en la distribución de productos etc. en cuyo artículo primero se hace referencia a “toda persona física o moral”. Respecto de esta ley se señala en el Informe<sup>(6)</sup> que “la doctrina es unánime en considerar esta sola excepción como un error de la legislación nacional”. Asimismo se cita otra excepción contenida en el art. 91 de la Ley de 10 de abril de 1971 sobre accidentes de trabajo (modificada por el “arreté-royal” n° 39 de 31 de marzo de 1982) que establece que “la infracción cometida por una persona moral será sancionada, de ahora en adelante, por la persecución de la persona física que haya actuado por la persona moral”.

Las razones de la doctrina para no aceptar la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del derecho penal coinciden con los argumentos clásicos que se repiten en otros Estados Miembros. Por un lado se plantea la cuestión de la culpabilidad (*faute*), entendida como exigencia de dolo o culpa. Por otro, suponiendo que concurre alguna suerte de culpabilidad, se cuestiona la posibilidad de que ésta sea fundamento de la aplicación de una pena.

Sin embargo, la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, que inicialmente partió de la máxima *societas delinquere non potest*, admite desde su sentencia de 8 de abril de 1946 la posibilidad de que una persona jurídica pueda cometer una infracción. Esta afirmación, sin embargo, se ha entendido en el sentido de que una persona jurídica puede cometer una infracción *por medio* de sus órganos. Ello ha permitido sostener que “el viejo adagio ha sido reformado: *Societas delinquere potest, sed puniri non potest*”<sup>(7)</sup>.

En resumen: la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* establece tres puntos fundamentales:

(6) Pág. 43/44.

(7) Confr. Informe, pág. 48.

- Una persona jurídica puede cometer una infracción;
- Sin embargo, no es posible infligirles una pena;
- Por el contrario la persona física, por medio de la que ha obrado la persona jurídica, o a la que incumbía cumplir una obligación legal por cuenta de ésta y ha omitido hacerlo, debe ser perseguida y penada (confr. Informe, pág. 48).

Esta solución del problema parece, en principio, muy cercana a la hipótesis del “actuar en nombre de otro” (art. 15 bis del C.P. español), del “Handeln für einen anderen” (parágrafo 9 OWiG y parágrafo 14 StGB alemán) o de la “actuação em nome de outrem” (art. 12<sup>a</sup> C.P. portugués). En tales casos, en realidad, no se trataría tanto de la responsabilidad de personas físicas del representante por hechos que requieren alguna cualificación del autor que sólo concurre en la persona jurídica representada<sup>(8)</sup>.

El informe sobre *Bélgica* subraya que la concepción de la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* genera problemas. Estos problemas, en verdad, están implícitos en todos los sistemas legislativos que mantienen el principio *societas delinquere non potest*. Se trata básicamente de la complejidad de la organización de las sociedades modernas y por la necesidad de que la persona haya actuado culpablemente (d’une manière fautive), lo que ocasiona serias dificultades de prueba. La misma situación se presenta con las decisiones colectivas adoptadas mediante votación secreta, pues en tales casos un solo voto negativo impide saber quiénes son los autores.

El informe señala (pág. 50), finalmente, que el legislador ha previsto algunas soluciones para este problema: en primer lugar ha introducido la responsabilidad de las personas morales por las penas patrimoniales infligidas a las personas físicas que actuaron en su nombre. La solución, sin embargo, no se considera satisfactoria. Como es claro, esta responsabilidad presupone que se hayan superado los problemas de prueba que antes hemos expuesto y que el sistema lleva implícitos.

En el segundo lugar se han introducido otras sanciones como el cierre del establecimiento, la publicación de la condena o la confiscación de beneficios ilegalmente obtenidos, que tampoco atacan los problemas de prueba referidos.

Por último se señalan, como casos de “despenalización parcial”, la orden de “cessation” referida a un acto (art. 55 de la Ley de 14 de julio de

(8) Confr. BACIGALUPO, en COBO DEL ROSAL/BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios a la Legislación Penal*, V, 1<sup>a</sup>, 1985, págs. 315 y ss.

1971) previsto para faltas que afectan las prácticas de comercio y el procedimiento referente a los abusos de poder económicos (ley de 27 de mayo de 1960) que permite dictar una orden similar. En ambos casos, el incumplimiento es penalmente sancionado, pero tal sanción sólo puede ser aplicada a personas físicas.

b) También en *Italia* se afirma la inexistencia de una forma autónoma de responsabilidad de las personas jurídicas<sup>(9)</sup>, dado que “el sujeto activo del ilícito administrativo sólo puede ser la persona física”.

Sin embargo, se señala que en la reciente Ley n° 287 de 10-10-90, se reconoce una *responsabilidad* directa de la persona jurídica, en casos de incumplimiento de las obligaciones de comunicación preventiva de las operaciones de concentración previstas en el art. 16 de la misma ley.

En otros casos, ante la ausencia de una disposición legal como ésta, en Italia rige el art. 6 de la Ley de 24-11-81, n° 689, de Modificación del Sistema Penal, en cuyo apartado tercero se establece que:

“Si la violación ha sido cometida por el representante o dependiente de una persona jurídica o de un ente carente de personalidad jurídica o, en cualquier caso, de un empresario en el ejercicio de las funciones propias de su incumbencia, la persona jurídica o el ente o el empresario están obligados solidariamente con el autor de la violación al pago de la suma debida por éste”.

“En este caso, el que haya pagado tiene un derecho de regreso por la totalidad frente al autor de la infracción”.

En el informe<sup>(10)</sup> se señala que se trata de una responsabilidad principal y no simplemente subsidiaria. De todos modos, cabe apuntar que es una obligación indirecta y, por lo tanto, accesoria de la constancia de una infracción cometida por una persona física. Al menos es posible dudar del carácter auténticamente sancionatorio de una obligación de pagar que luego es posible repetir del autor individual de la infracción (confr. Informe, pág. 56, en donde se considera esta solución de “pobre contenido sancionatorio”).

c) Tanto el sistema belga como el italiano regulan, en realidad, consecuencias jurídicas indirectas sobre las personas jurídicas de las infracciones cometidas por personas físicas. Este carácter accesorio tiene —como lo expone el Informe belga y como es reconocido en general— sus principales inconvenientes en la necesidad de establecer previamente la responsabilidad de la

(9) Confr. Informe, pág. 53.

(10) Pág. 55.

persona física, para vincular luego ciertas consecuencias con la persona jurídica que parecen tender a asegurar la percepción de la multa o a la confiscación de los beneficios producto de la infracción. Es difícil que estas consecuencias jurídicas aumenten el efecto preventivo de las sanciones previstas para el autor individual.

Es también difícil que estos sistemas no estén expuestos a las críticas que provienen del principio de culpabilidad, pues extienden consecuencias secundarias de las sanciones a personas jurídicas sin otra comprobación que un determinado vínculo jurídico entre ésta y el autor individual. La cuestión, por lo tanto, merecería una mayor discusión desde este punto de vista.

El análisis de los Informes nacionales de Bélgica e Italia permite afirmar que, aun partiendo del principio *societas delinquere non potest*, existen considerables razones prácticas que obligan, cuando menos, a una extensión de los efectos de las sanciones a las personas jurídicas aplicadas por infracciones de personas individuales vinculadas a ellas.

## 2. Estados Miembros que aceptan una responsabilidad directa de las personas jurídicas. (SOCIETAS DELINQUERE POTEST).

Entre los Estados Miembros que admiten la responsabilidad directa de las personas jurídicas cabe hacer una distinción entre aquellos en los que el legislador no parece estar limitado por mandatos constitucionales provenientes del principio de culpabilidad<sup>(11)</sup> y los que reconocen al principio de culpabilidad rango constitucional y le asignan carácter obligatorio para el legislador ordinario respecto del problema de la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas<sup>(12)</sup>.

Los informes referentes al primer grupo de países no hacen ninguna referencia al problema constitucional y de ello es posible deducir, al menos provisionalmente, que no existiría tal límite constitucional. La cuestión presenta, de todos modos, indudables dificultades por la diversidad de entendimientos que existe en relación a qué se entiende por culpabilidad. Si bien es cierto que el adagio *nulla poena sine culpa* —como lo señala *Tiedemann*—<sup>(13)</sup> corresponde a la convicción de la gran mayoría de los Estados Miembros, no es menos cierto que no sólo son de considerar los problemas referentes a la extensión a la persona jurídica del dolo o la culpa del autor individual, en tanto relación psicológica real o posible con la infracción<sup>(14)</sup>. Entendida la culpabili-

(11) Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda y Reino Unido.

(12) Alemania, España y, probablemente, Portugal.

(13) Supra pág. 52.

(14) Confr. en este sentido *Informe sobre Holanda*, pág. 30.

dad como reprochabilidad del hecho, es decir, como posibilidad de obrar de otra manera, como ocurre en general en *Alemania, España* y muy probablemente *Portugal*, la cuestión adquiere otras dimensiones.

a) *Estados en los que el principio de culpabilidad no opera como un límite constitucional.*

Los Estados Miembros en los que el principio de culpabilidad se considera disponible para el legislador ordinario, la decisión sobre si las personas jurídicas pueden ser o no directamente responsables por infracciones amenazadas con sanciones, no parece ser prácticamente problema. La necesidad práctica opera como fundamento pragmático de la decisión legislativa<sup>(15)</sup>.

En tales sistemas jurídicos la cuestión se reduce a establecer un tipo de sanciones que sea posible ejecutar contra las personas jurídicas y el tipo de vinculación que debe existir entre la persona física y la persona jurídica, es decir, las condiciones bajo las que el hecho de una persona natural resulta imputable a una persona jurídica a los efectos de una sanción<sup>(16)</sup>. La diferencia fundamental con los sistemas que no admiten la responsabilidad directa de las personas jurídicas (*Bélgica e Italia*) puede quedar reducida, de hecho, al carácter no accesorio de la responsabilidad respecto de la sanción de una persona física.

El ejemplo más ilustrativo de esta situación en estos sistemas legislativos lo constituye quizás el art. 51 del Código Penal de *Holanda*. En la Exposición de Motivos del Código Penal de 1881 podía leer que “una acción punible sólo puede ser cometida por una persona natural. La ficción de la personalidad jurídica no rige en el ámbito del derecho penal”<sup>(17)</sup>. En la *Wet op de economische delicten* (WED) (Ley de delitos económicos) de 22 de junio de 1950, según las reformas introducidas por Ley de 24 de mayo de 1976, se incorporó un art. 15 que permitía la sanción directa de las personas jurídicas o de la sociedad, asociación o patrimonio de afectación, o de aquellos que hubieran encomendado la ejecución del hecho o hubieran tenido la dirección de hecho de la acción u omisión prohibida, o contra ambos<sup>(18)</sup>. Este art. 15 WED fue derogado y su contenido ha sido recogido en el art. 51 del Código Penal (WvSr), que entró en vigor en 1976, y que rige también en materia de delitos económicos. (Confr. *Informe sobre Holanda*, pág. 29).

(15) Confr. *Informe sobre Dinamarca*, pág. 20; implícitamente *Informe sobre Francia*, pág. 42 y ste.

(16) Confr. *Informe sobre Irlanda*, pág. 16.

(17) Confr. *van Binsbergen/Kuitenbrouwer*, en SchwZStr. 1969, págs. 1-48, pág. 28.

(18) Sobre el desarrollo en *Holanda* de los proyectos previos a partir de 1936, confr. *SCHAFF-MEISTER Entwicklung und Begriff des niederlandischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1978.

En lo referente al problema de las condiciones bajo las cuales se considera imputable a una persona jurídica la infracción llevada a cabo por una persona natural se requiere en el derecho holandés que “una o varias personas naturales hayan actuado en la esfera de la persona jurídica” (Informe, pág. 29). A estos fines la jurisprudencia ha establecido, sin embargo, que la decisión por parte de un órgano no es suficiente para fundamentar la autoría de la persona jurídica. Es suficiente, por el contrario, con que el hecho aparezca en el “contexto social como una acción de la persona jurídica”<sup>(19)</sup>. Para ello es de importancia la posición de la persona natural que realiza la infracción.

La “intención” requerida por la infracción es la intención con la que haya actuado la persona natural, que es imputable a la persona jurídica.

El art. 51 WvSr también prevé, como en su tiempo el art. 15 WED, la posibilidad de persecución de la persona natural que haya tenido la dirección de la acción prohibida. Muy probablemente por esta vía tienen también solución los casos que han dado lugar en los derechos penales alemán, español y portugués, a la ya mencionada forma de responsabilidad conocida como el “actuar en nombre de otro”. Asimismo, dada la ausencia de requisitos estrictos respecto de la responsabilidad de la persona que tiene la dirección de la acción (confr. Informe, pág. 31) sería quizás posible pensar que a través del art. 51 WvSr sea posible resolver en el derecho holandés los problemas presentados por los hechos que contempla el parágrafo 130 OWiG, es decir, la omisión de medidas de vigilancia necesarias para impedir infracciones (*Zuwi-derhandlungen*) de deberes que incumben al titular como tal y cuya infracción esté amenazada con pena o sanción administrativa. En efecto, de acuerdo con el Informe, a estos efectos la acusación tiene que probar el conocimiento de la realización prohibida “o similar” y la “omisión de interferir a pesar de estar obligado a ello”<sup>(20)</sup>.

Como se ve, el texto del art. 51 WvSr sólo establece pautas mínimas sobre los requisitos de la imputación de los actos de personas individuales a la persona jurídica. En general se podrá afirmar que constituye un modelo intermedio entre los Estados Miembros que carecen de toda regulación de los criterios que fundamentan la imputación (p. ej. *Dinamarca*, pág. 20; *España*) y el sistema de mayor regulación (*Alemania*).

Menos elementos parece establecer el Proyecto de Código Penal francés en el que sólo se hace referencia a “las infracciones cometidas por su

(19) Confr. Informe, pág. 30.

(20) Confr. Informe, pág. 31.

cuenta (de la persona jurídica), por sus órganos o representantes”<sup>(21)</sup>. Un interesante antecedente de esta disposición lo constituyen los arts. 37/39 del Avant-Projet (definitiv) de Code Pénal de 1978. El 37 del Avant-Projet 1978 extendía las reglas relativas a las personas responsables a “toda agrupación cuya actividad sea de naturaleza comercial, industrial o financiera”. De particular interés resulta el art. 38 de éste donde se establecían, por una parte, las condiciones para imputar a la persona jurídica, estableciendo como tales a) que el delito haya sido cometido por la voluntad deliberada de sus órganos, b) en su nombre y c) un interés colectivo. Por otra parte, se disponía en el último párrafo que “cuando el delito no haya sido cometido en interés colectivo, son penalmente responsables de la infracción los miembros de la agrupación, personas físicas o grupos, por cuya voluntad en cuyo interés los hechos han sido realizados”. El Projet de Code Pénal francés (*BANDITER*, 1987) declara penalmente responsables a “las personas morales”, excluyendo las que carecen de tal personalidad, así como de las físicas que han obrado por su cuenta. La imputación del acto de los órganos o representantes tiene lugar cuando éstos hayan obrado “por cuenta” de la persona jurídica, lo que se estima como una “noción sin duda más amplia que la de “interés colectivo” empleada por el Avant-Projet 1978” (*DELMAS-MARTY, Droit Pénal des affaires*, I, 3ª ed. 1990, pág. 119).

El nuevo Código Penal Francés (L. 92-683 de 22 de julio de 1992) ha establecido una sección especial dedicada a “las penas aplicables a las personas morales” (arts. 131-37/131-49) en el que se prevén penas criminales, correccionales y contravencionales, así como un párrafo especial destinado a la reincidencia de las personas morales (arts. 132-12/132-15). En la actual redacción, sin embargo, no se establecen las condiciones bajo las cuales los actos de personas físicas que obren en representación de la persona moral pueden ser imputados a ésta.

b) *Estados en los que el principio de culpabilidad opera como un límite constitucional.*

(1) *Situación en Alemania.* El derecho alemán de Ordnungswidrigkeiten (OWiG) constituye, probablemente, el modelo legislativo que mayores diferenciaciones contiene, tanto desde el punto de vista material como procesal. Desde la reforma del párrafo 30 OWiG introducida por la 2.WiKG 1986 se reconoce en este ámbito, al contrario de lo que ocurre en el derecho penal<sup>(22)</sup>, una responsabilidad directa de las personas jurídicas.

(21) Confr. *Informe de Francia*, pág. 42.

(22) Confr. recientemente: JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed. 1991, págs. 148 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT I, 1992, párrafo 8, 55 y ste.; también ACHENBACH, en JuS 1990, 601 y ss., con pormenorizada información sobre el desarrollo legislativo de la cuestión.

Por un lado se regulan dos posibles formas de responsabilidad de los órganos (parágrafo 9 OWiG, actuación en nombre de otro, y parágrafo 130 OWiG) sin perjuicio de lo cual se establece en el parágrafo 30 OWiG una multa administrativa (Geldbusse) contra las personas jurídicas y asociaciones de personas. Esta responsabilidad de las personas jurídicas presupone, en primer lugar que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación de una persona jurídica, o como miembro de tal órgano, como directivo (Vorstand) de una asociación o como miembro de la dirección, o como socio de una sociedad comercial de personas y que, en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención del orden (Ordnungswidrigkeit). La disposición del parágrafo 30 OWiG regula además las condiciones requeridas para la imputación a la persona jurídica etc. de la acción del órgano; 1. que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación; 2. que por medio del delito o contravención de orden la persona jurídica se haya enriquecido o se hubiera debido enriquecer.

El párrafo (4) del parágrafo 30 establece una norma procesal importante: “si por el delito de la contravención de orden no se incoar procedimiento penal o administrativo, o se suspende la imposición de la pena (Absehen von Strafe), la multa administrativa se podrá imponer independientemente”.

Si se aplica la sanción administrativa, establece el párrafo (5) del parágrafo 30 OWiG, no tendrá lugar el comiso (Verfall) de las ventajas patrimoniales obtenidas mediante el hecho punible o mediante la contravención de orden que prevén los parágrafos 73 ó 73 StGB ó 29a OWiG.

En la doctrina se han expresado críticas por la limitación a la comisión de un delito o contravención de orden cometida por un órgano de la persona jurídica y se propone una ampliación a los que “de alguna otra manera sean responsables de la dirección de la empresa”<sup>(23)</sup>. Asimismo se ha sostenido que todo el sistema se debería fundamentar de otra manera, tomando como punto de partida, en lugar de la culpabilidad, la situación de necesidad que justificaría las medidas contra la persona jurídica. De esta forma, la sanción de la persona jurídica se debería limitar a los casos en los que el autor de la infracción no puede ser individualizado con suficiente seguridad. En estos casos se daría una “situación de necesidad preventiva que justificaría la aplicación de una anónima multa de asociación”<sup>(24)</sup>.

(23) Confr. CRAMER, KK OWiG, 1989, parágrafo 30 18; SCHÜNEMANN, wistra 1982, pág. 49.

(24) Confr. SCHÜNEMANN, wistra 82, pág. 49; del mismo *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, págs. 44 y ss., 232 y ss.

El BVerfG ha decidido en 1966 que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y asimismo que sus consecuencias son aplicables a la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas<sup>(25)</sup>. El BVerfG estableció en este sentido que “también la pena de multa se impone al culpable, según el derecho vigente, para la expiación del ilícito” (pág. 333) y “la aplicación de los principios jurídico penales no está básicamente excluida cuando el sujeto jurídico es una persona jurídica”<sup>(26)</sup>.

El BVerfG estableció además que respecto de la responsabilidad sancionatoria de una persona jurídica “sólo la culpabilidad de la persona agente en nombre de éste podrá ser decisiva”, dado que “la persona jurídica, como tal, no es capaz de acción”<sup>(27)</sup>.

A partir de estas consideraciones es claro que no resulta suficiente cualquier criterio de imputación de la acción del que obra en nombre de la persona jurídica a esta última. Más aún: si la sanción de la persona jurídica también exige culpabilidad, es claro que esa culpabilidad no puede ser satisfecha exclusivamente con la culpabilidad de quien haya obrado en su nombre.

Consecuentemente, se justifica que la doctrina se haya planteado la cuestión de cuáles son los criterios de imputación a la persona jurídica de la acción de la persona individual, que obra en nombre de la primera, que resultarían compatibles con el principio constitucional de culpabilidad. En este sentido se sostiene, al menos por una parte de la doctrina, que la culpabilidad que importa en esta materia se refiere a un *concepto de culpabilidad en sentido amplio*, entendido no en el sentido clásico de una culpabilidad personal moral, sino “orientada a categorías sociales y jurídicas”<sup>(28)</sup>. Con ello se quiere decir que si en el derecho penal no se trata de culpabilidad moral, sino de la *responsabilidad Social* “la capacidad de culpabilidad podría ser regulada normativamente por el legislador”<sup>(29)</sup>. Por lo tanto, se sostiene, que “los hechos individuales (hechos de referencia) se deben considerar como delitos de la persona jurídica en tanto ésta —a través de sus órganos o representantes— haya omitido las medidas de cuidado necesarias para garantizar una conducción ordenada, no delictiva, de los negocios”<sup>(30)</sup>. El reproche que justificaría la imputación de la acción a la persona jurídica y la correspondiente sanción a la misma estaría constituido, por lo tanto, por “un *momento omisivo*”.

(25) Confr. BVerfGE 20, 323 y ss.

(26) Pág. 335.

(27) Pág. 336.

(28) TIEDEMANN, NJW 1988, 1.169 y ss., 1.172; en el mismo sentido: BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstaetterschaft in Ordnungswidrigkeitsrecht* Diss. 1989, pág. 121 y ss.

(29) BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 7ª ed. 1975, pág. 372; también BAUMANN/WEBER, 9ª ed. 1985, parágrafo 23 III 16.

(30) TIEDEMANN loc. cit.

(2) *Situación en España*. En España no existe una disposición específica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque, como se ve en el Informe en las leyes recientes se la reconoce sin dificultad alguna y a pesar de las reservas de la doctrina mayoritaria <sup>(31)</sup>. En ello se percibe una notoria diferencia respecto de Alemania. Sin embargo, también en España el Tribunal constitucional ha reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad y aplicación en el ámbito del derecho sancionatorio administrativo <sup>(32)</sup>. Recientemente el Tribunal Constitucional se ha referido al problema de la culpabilidad de las personas jurídicas <sup>(33)</sup>. En ella se reitera que “la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” y que “este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en la que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva y sin culpa”. El Tribunal Constitucional concluye luego, que “todo ello, sin embargo, no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas”.

En la teoría y en la práctica falta todavía un desarrollo de las premisas sentadas por el Tribunal Constitucional, es decir, de la forma en la que se deben expresar en la responsabilidad de las personas jurídicas las exigencias del principio de culpabilidad. Pero, lo cierto es que los principios sentados por el Tribunal Constitucional imponen al legislador y a los Tribunales la tarea de definir las condiciones que deben regir respecto de la imputación a las personas jurídicas de las acciones de los que obran en su representación, etc.

Como se ha dicho, el derecho español presenta otra similitud con el derecho alemán: la figura de la actuación en lugar de otro, regulada por el art. 15 bis CP <sup>(34)</sup> que permite alcanzar a los representantes, órganos o directivos de una persona jurídica que personalmente cometen una ilicitud cuya configuración legal requiere una característica de autor (p. ej. depositario,

(31) Confr. BAJO FERNÁNDEZ, loc. cit.

(32) Confr. STC 76/90.

(33) Confr. STC de 19-12-91.

(34) Confr. BACIGALUPO loc. cit.; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal*, 1986; OCTAVIO DE TOLEDO, en ADPCP, 1984, págs. 23/65.

comerciante, titular del deber fiscal, etc.), de la que carece el representante. Por el contrario, el derecho español no contiene una disposición similar a la del parágrafo 130 StGB. Pero, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado cabida a los delitos impropios de omisión, como supuesto de realización omisiva de delitos que en la ley sólo aparecen configurados en forma activa. La figura de la omisión impropia ha sido recientemente empleada por el Tribunal Supremo en relación a directivos de sociedades mercantiles que incumplieron con obligaciones relativas al control de la calidad y buen estado de productos alimenticios. Éstos fueron condenados por la comisión por omisión del delito previsto en el art. 346 CP<sup>(35)</sup>. Las mismas consideraciones se pueden aplicar en relación a otros delitos de significación.

De todas maneras, no se debe ocultar que la cuestión preocupa en general y que se han expresado opiniones cargadas de escepticismo respecto de la posibilidad de resolver mediante las reglas de la omisión los problemas planteados por la divergencia entre la realización de la acción típica y la responsabilidad en el marco de instituciones jerárquicas, pues se piensa que, básicamente, nadie tiene una posición de garante que le imponga impedir que otras personas cometan hechos punibles<sup>(36)</sup>.

(3) *Situación de Portugal*. El Derecho Constitucional portugués permite afirmar que el principio de culpabilidad tiene jerarquía constitucional (confr. arts. 1, 5 y 13 de la Constitución portuguesa) y de ello se puede derivar también que el legislador o, en su caso, los tribunales deberían armonizar los criterios de imputación con las exigencias de dicho principio de culpabilidad. Es cierto que el Tribunal Constitucional portugués todavía no ha decidido en forma expresa que el principio de culpabilidad tenga rango constitucional, pero, en diversas decisiones ha manifestado, aunque sea *obiter dictum* que ello es así y que, por lo demás, se trata de un principio general que es aplicable a todas las manifestaciones del derecho sancionatorio (penal o administrativo). Consecuentemente, también en Portugal cabe pensar en una elaboración de los criterios de imputación a la persona jurídica condicionados por el derecho constitucional, como ocurre en España y en Alemania. De una manera similar a la OWiG alemana el Decreto-Lei n° 433/82 (Institui o ilícito de mera ordenação social) establece en su art. 7° la responsabilidad de

(35) Confr. STS de 23-4-92.

(36) Confr. SCHÜNEMANN, en wistra 1982, págs. 41 y ss. (43); con mayores indicaciones bibliográficas; respecto del problema de la comisión por omisión, en España, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, 2ª ed. 1990, pág. 255 y ss.; en Francia MERLE/VITU, *Traité de Droit Criminal*, 2ª ed. 1973, pág. 468 y DEMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 1, 3ª ed. 1990, pág. 82 y ss. con referencias jurisprudenciales; en Holanda: VAN BEMMELEN/VAN VEEN, *Ons strafrecht*, I, 8ª ed. 1984, págs. 64 y ss. y 140 y ss.; en Italia: FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, 1985, págs. 322 y ss.; en Reino Unido G. WILLIAMS, *Criminal Law*, 2ª ed. 1961, págs. 4 y ss.

las personas colectivas o equiparadas”. De acuerdo con esta disposición “las multas administrativas (coimas) son aplicables tanto a las personas singulares como a las personas colectivas, así como a las asociaciones sin personalidad jurídica”. Asimismo se establece en dicho art. 7º que las personas colectivas o equiparadas a ellas serán responsables por las contravenciones practicadas por sus órganos en el ejercicio de sus funciones”. El art. 17.3 del Decreto-Lei nº 433/82 establece la cuantía de las multas administrativas (coimas) que se puede aplicar a las personas jurídicas también de una manera paralela al párrafo 30 OWiG, es decir, diferenciando según se trate de una infracción dolosa o culposa (3.000.000 \$ en caso de dolo y 1.500.000 \$ en caso de negligencia).

Por otra parte, el art. 12º del Código Penal prevé, como el derecho alemán y el español, la “actuación en nombre de otro”, que, como se vio, permite la sanción de los “órganos de una persona colectiva, sociedad o mera asociación de facto”.

Por el contrario, lo mismo que en derecho español, el Decreto-Lei 433/82 no prevé una disposición que permita sancionar la infracción de los deberes de vigilancia que incumben al titular de una empresa<sup>(37)</sup>.

c) *La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho comunitario y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

1. El derecho comunitario prevé la responsabilidad de las personas jurídicas. En particular se establece una sanción de multa, *sin carácter jurídico penal* en el art. 15 del Reglamento nº 17 (relativo a los arts. 85 y 86 del Tratado de la CEE), de 6-2-62 y en el art. 15, en conexión con el art. 21.2 del Reglamento del Consejo de 27-6-60. Pero, además, también el art. 47.3, 54.6, 59.7, 64, 65.5 y 68.6 del *Tratado de la CECA* y los Reglamentos nº 11 y 1.017/68 (art. 22) prevén multas administrativas aplicables a empresas o a asociaciones de empresas.

2. Sin embargo, en el Tratado de la CEE no se precisa un concepto de empresa o de asociaciones de empresas. Sólo se establece en el art. 90 del Tratado de la CEE que las disposiciones de los arts. 85/89 rigen también en relación a “empresas públicas”. Por el contrario el art. 80 del Tratado de la CECA establece que “las empresas, en el sentido del presente tratado, son aquellas que ejercen una actividad de producción en el ámbito del carbón y del acero en el interior de los territorios previstos en el art. 79, párrafo 1º” y también, en relación a los arts. 65 y 66, “las empresas u organismos que ejer-

(37) Confr. el ya mencionado párrafo 130 OWiG.

cen habitualmente una actividad de distribución y de venta a los consumidores domésticos o a los artesanos". El Tribunal de Justicia, de todos modos, ha establecido en su jurisprudencia relativa al Tratado de la CECA que por "empresa" se debe entender "un conjunto unitario de factores personales, materiales e inmateriales correspondientes a un sujeto jurídico no dependiente, mediante el cual se persigue un determinado fin económico con permanencia" <sup>(38)</sup>. En el caso "*Grundig/Consten*" <sup>(39)</sup> el Tribunal de Justicia extendió este concepto al Tratado de la CEE. Sin embargo, la Comisión ha tomado en consideración un concepto de empresa que procura resolver los problemas relativos a las relaciones entre empresas en el marco de una asociación de empresas, que atiende en primer lugar a factores de naturaleza económica. Desde este punto de vista "empresas" son tanto las personas jurídicas como las naturales, así como las sociedades y las asociaciones sin capacidad jurídica <sup>(40)</sup>.

3. El derecho comunitario, por el contrario, no contiene una disposición similar al parágrafo 130 OWiG, que, como se vio, permite sancionar al titular de una empresa por el incumplimiento de deberes de vigilancia de la actividad de la misma. Tampoco se prevé una figura como la del actuar en nombre de otro, con la que cuentan los derechos de Alemania, España y Portugal. El derecho comunitario, por lo tanto, no sanciona al autor individual que obra en nombre de una persona jurídica cuestión en la que se separa claramente de los derechos de la EEMM, principalmente del derecho vigente en *Alemania, España, Holanda, Portugal* y la tendencia que muestra en *Francia* el *Projet de Code pénal* (BADINTER, 1987) francés, en su art. 121-2-2.

La no responsabilidad de las personas naturales conduce, muy probablemente a una considerable reducción del efecto intimidante de la sanción prevista para las personas jurídicas o las empresas, dado que son las personas naturales las que deciden la acción de aquéllos. Sin embargo, no es posible dejar de señalar que no faltan opiniones que consideran que este sistema tiene un fuerte "efecto preventivo indirecto", dado que, de esta manera, se reforzarán los controles internos de la empresa con la finalidad de evitar sanciones que pueden afectar a ésta. Tales controles internos, por otra parte, serían precisamente los "factores criminorresistentes más importantes en toda la criminalidad empresarial" <sup>(41)</sup>.

(38) Confr. STJ 13-7-62, caso "*Kloechner y Hoesch*".

(39) Confr. Colección de SSTJ 1966, pág. 337.

(40) Confr. sobre esta problemática: MESTMAECKER, *Europaeisches Wettbewerbsrech*, 1974, pág. 197 y ss.; Dannecker/Fischer-Fritsch, *Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis*, 1989, pág. 253 y ss.

(41) Confr. SCHÜNEMANN, *Untermehmskriminalitaet und Strafrecht*, 1979, pág. 238.

En favor de la no sancionabilidad de la persona natural que obra en nombre o en beneficio de una persona jurídica se sostiene también que lo contrario no sería compatible con el principio *ne bis in idem*, pues importaría —se dice— “el doble castigo de una acción—. Mediante una interpretación extensiva este principio se propone ampliar su campo de aplicación de tal manera que tampoco dos personas puedan ser sancionadas con una sanción administrativa por el mismo hecho”<sup>(42)</sup>.

Asimismo se sostiene, también en favor de la no punibilidad de las personas físicas que obran en nombre, por cuenta o interés de las personas jurídicas, que la exigencia de una sanción de los órganos estaría suficientemente satisfecha por la posibilidad de la multa administrativa contra la empresa<sup>(43)</sup>.

4. El derecho comunitario en materia de responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas se aparta de los derechos nacionales (señaladamente de los derechos alemán y portugués) en la equiparación del dolo y la culpa (confr. Reglamento n° 17 de 6-2-62), art. 15.2; Reglamento n° 141, de 26-11-62, art. 22.2). Probablemente, esta equiparación que surge del texto no debería conducir necesariamente a una indiferencia, desde el punto de vista sancionatorio del dolo o la culpa en relación a la sanción aplicable. Sin embargo, en la práctica de la Comisión y del Tribunal de Justicia referente al Reglamento n° 17, de 6-2-62 el dolo y la culpa parecen ser totalmente equivalentes<sup>(44)</sup>. En efecto, en el caso “*Farbstoffe*” la Comisión consideró que era suficiente para aplicar la sanción comprobar que “la empresa supo o tuvo que saber que tales comportamientos constituyen infracciones contra el art. 85 y que, por lo tanto, caen bajo las previsiones del art. 15.2 del Reglamento n° 17 correspondientes a la sanción de multa”. Conceptos similares se reiteran en la decisión de la Comisión de 17-12-75 (caso “*Chiquita*”) y en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14-2-78 (caso *United Brands/Comisión*). En ambos casos se trata de una reiteración de la fórmula “supo o hubiera debido saber”. En el caso “*General Motors/Comisión*” el Abogado General (*Mayras*) sostuvo asimismo que cabía apreciar la concurrencia de negligencia “cuando el sujeto agente carece de conciencia de llevar a cabo algo contrario a la ley, sin haber previsto las consecuencias de su acción, aunque una persona suficientemente cuidadosa, según la experiencia normal, seguramente hubiera podido hacerlo”<sup>(45)</sup>.

(42) Confr. SIOHL, *Die Schuldfeststellung bei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Rahmen des Art. 15 VO 17 zum EWG-Vertrag*, 1986, pág. 176 y ss.; RUDOLF SCHMITT, en Festf. Lange, 1976, pág. 877 y ss.; probablemente otro punto de vista: DELMAS-MARTY, *Droit Pénal des affaires*, I, 3ª ed. 1990, pág. 119, en referencia a los arts. 121-4 a 121-7 de Proyecto de Código Pénal francés.

(43) Confr. SIOHL, loc. cit. pág. 177.

(44) Confr. al respecto el estudio de SIOHL, loc. cit. pág. 109 y ss.

(45) Confr. Colección de Sentencias del TJ 1975, pág. 1.367.

Con respecto al dolo, por otra parte, afirmó el Abogado General (*Mayras*) en el caso citado que éste se debía apreciar cuando el hecho se hubiera realizado “con voluntad de cometer una acción reconocida como ilegal y prohibida por el tratado, con conciencia de las consecuencias antijurídicas de la conducta”. El Tribunal de Justicia, por su parte, se pronunció en términos similares, en la sentencia del caso “*Pioneer Electronics/Comisión*, de 7-6-86<sup>(46)</sup>, en la que sostuvo que la firma obró con dolo pues lo hizo “completamente consciente de que su conducta era adecuada para favorecer limitaciones de la competencia”. Asimismo, en la sentencia de 8-11-83, caso *JAZ/Comisión*<sup>(47)</sup>, el Tribunal de Justicia precisó que el art. 15 del Reglamento 17 no requiere la conciencia de infringir los arts. 85 u 86 del Tratado CEE.

Sintetizando es posible afirmar, de todos modos, como lo sostienen DANNECKER/FISCHER-FRITSCH<sup>(48)</sup>, que, al menos en lo referente a las infracciones de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, “la Comisión y el Tribunal de Justicia no sólo exigen (respecto al dolo) el conocimiento de los hechos, sino también el significado de éstos, de tal modo que, faltando este último sólo será de considerar la comisión culposa de la infracción. Por el contrario —agregan— el conocimiento de la prohibición, es decir, el carácter prohibido general de la acción, no es necesario”.

5. Un punto de importancia en el derecho comunitario que rige en materia de responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas está constituido por los criterios que determinan bajo qué condiciones el comportamiento de la persona física individual que actúa por la persona jurídica es imputable a ésta. En general, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se puede afirmar que a las empresas se le imputan las acciones de las personas autorizadas a obrar en su nombre, que no hubieran excedido los límites de sus atribuciones. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha tomado en cuenta también el comportamiento de la dirección de las empresas<sup>(49)</sup>, aunque ello, muy probablemente, sea una consecuencia de las particularidades del derecho de protección de la competencia.

Dado que el sistema del derecho comunitario prevé también la sanción de asociaciones de empresas (*associations d'entreprises*) resulta de interés establecer cuáles son las condiciones en las que puede operar la imputación del hecho de una empresa a la asociación. En este ámbito cobra importancia, la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la

(46) Colección de Sentencias 1983, pág. 1.825 y ss.

(47) Colección de Sentencias 1983, pág. 3.368 y ss.

(48) Loc. cit. pág. 283.

(49) Confr. DENNECKER/FRISCH-FRITSCH, loc. cit. pág. 258, con indicaciones jurisprudenciales.

aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE<sup>(50)</sup>. De esta práctica se podría deducir probablemente que la actuación de una empresa perteneciente a la asociación podría ser imputable a la asociación de empresas si entre la empresa y la asociación existe una unidad empresarial, cuestión en la que tiene particular significación la participación del capital que pueda existir entre unos y otros entes jurídicamente autónomos asociados al complejo económico<sup>(51)</sup>.

#### D. CONCLUSIONES

El análisis realizado de los diferentes órdenes jurídicos permite obtener algunas conclusiones:

1. Sea en forma directa o indirecta los EEMM de la CE extienden a las personas jurídicas las consecuencias de las acciones punibles o sancionables cometidas por sus órganos, representantes, etc. en su nombre o en su beneficio. Las condiciones establecidas para esta extensión de la responsabilidad son diversas en las distintas legislaciones o prácticas judiciales, pero, en general, no parecen existir oposiciones insalvables. Del análisis realizado surge —a mi modo de ver— que una responsabilidad directa, no condicionada por la del representante ofrece las mejores perspectivas de practicidad, pues permite superar los problemas de prueba tanto como la subordinación de la responsabilidad de la persona jurídica a la del representante o persona que ha obrado en su nombre. Particularmente la experiencia recogida en el Informe sobre Bélgica, así como la reforma introducida en el parágrafo 30 OWiG en Alemania en 1986 (2. WiKG) y en el propio derecho comunitario apoyan este punto de vista.

2. *El derecho comunitario*, se refiere concretamente a empresas y a asociaciones de empresas (arts. 85 y 86 del Tratado; Reglamento nº 17/1962, art. 15), sin mencionar las personas jurídicas. Sin embargo, estas estructuras de la responsabilidad son similares, toda vez que se trata de la imputación de acciones individuales a un grupo de personas ligadas entre sí por un determinado vínculo jurídico y económico. El derecho comunitario, como el de los EEMM en general, excluye la aplicación de sanciones de carácter criminal y limita esta responsabilidad a multas de carácter administrativo.

(50) Confr. Sentencias del Tribunal de Justicia caso *ICE* Colección 1972, 665; *Gründig*, Colección 1966, 388; *Italia/Comisión*, Colección 1966, 486; *Béguelin*, Colección 1971, 959; *Greig*, Colección 1972, 838, *Winthrop*. Colección 1974, 1.198.

(51) Confr. DENNECKER/FISCHER-FRITSCH, loc. cit. pág. 260 y ss.

3. El derecho comunitario, sin embargo, se diferencia, en general, del derecho de los EEMM en la *no responsabilidad de las personas individuales* directamente actuantes. En este punto, de todos modos, los EEMM que admiten la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas presentan diversas estructuraciones legislativas de la cuestión. Mientras el *Projet Français* de 1978 y el *WsSr* Holandés prevén en general la acumulación de la responsabilidad de las personas físicas, el derecho alemán regula con mayor detalle los supuestos de la responsabilidad del órgano que comete hechos punibles o sancionables sin la cualificación que, sin embargo, tienen la persona jurídica (actuación en nombre de otro), y la del titular de la misma que incumple con deberes de vigilancia que incumben a ésta. Una posición intermedia se ve en los derechos español y portugués que sólo recogen la actuación en nombre de otro.

4. Es aconsejable una investigación particular sobre si el sistema de *no responsabilidad de las personas individuales* que obran en nombre o en interés de la persona jurídica puede perjudicar la pretensión de validez de las normas del mismo.

Si se decidiera adoptar el sistema de la OWiG alemana (parágrafo, 30 y 130) cabría discutir sobre la conveniencia de introducir una figura especial relativa al incumplimiento de los deberes de vigilancia por parte del titular de la empresa o una regulación más precisa de la posición de garante, en el sentido de los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, que permita conocer las situaciones en las que el “*directivo*”, la “*Vorgesetztenstellung in einen Unternehmen*” o el “*chef d’entreprise*”, etc. debe fundamentar la responsabilidad por los actos no impedidos de sus subordinados, sin perjuicio, en su caso, de la de éstos.

En todo caso, parece que una clarificación de estos aspectos de la cuestión es de importancia para evitar que la organización de la empresa determine la imposibilidad práctica de aplicación de las sanciones.

5. La regulación de la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho comunitario debería fijar con precisión qué grupos de personas son *destinatarios de las normas* cuya infracción determina dicha responsabilidad colectiva. En principio pareciera que la responsabilidad no se debería limitar a los grupos de personas que tengan un reconocimiento formal de personalidad jurídica de parte de los respectivos EEMM. Pero, en este punto es preciso también aclarar cuáles son los sistemas jurídicos de los EEMM para intentar luego una definición adecuada de los destinatarios en el derecho comunitario.

6. El *principio de culpabilidad* y la *responsabilidad personal* en el derecho penal y sancionatorio, no aparecen, en la actualidad, como un impedimento decisivo para establecer la responsabilidad sancionatoria de personas jurídicas en el derecho comunitario. Sin embargo, no se puede soslayar el carácter de derecho fundamental que el Derecho Constitucional de algunos EEMM (Alemania, España, Portugal, acaso Grecia) reconoce a las consecuencias del principio de culpabilidad y la validez del mismo incluso en el ámbito del derecho sancionatorio administrativo que han declarado los Tribunales Constitucionales de dichos EEMM.

De cualquier modo, el principio de culpabilidad deberá ejercer una cierta influencia en la configuración de los criterios de imputación a la persona jurídica de las infracciones cometidas por quienes obran en su nombre, interés, representación, etc. El concepto de "*culpabilidad de organización*", parece adecuado para orientar en este punto al derecho comunitario.

El principio de culpabilidad requeriría, por otra parte, una diferenciación de la gravedad de los hechos sancionables según que hayan sido cometidos con dolo o con culpa, a diferencia de lo previsto en el derecho comunitario en relación a los arts. 85 y 86 del Tratado de la CEE.

7. En todo caso resulta aconsejable establecer bajo qué condiciones la acción de una persona física puede ser imputada a la persona jurídica y fundamentar la aplicación de una pena para ésta. Es decir se debe aclarar en la ley, ante todo, cuál es la vinculación que debe existir entre la persona física y la persona jurídica, qué clase de acciones de la persona física pueden ser imputadas a la última y si es preciso que esta acción haya tenido alguna consecuencia (p. ej.: beneficio) para la persona física.

# LA PROTECCIÓN DEL ESTADO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

**JUAN TERRADILLOS BASOCO**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DENOMINADO GARANTISMO PENAL.
- III. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992.
  - A) Delitos contra el sistema constitucional.
  - B) Delitos contra los poderes y orden públicos.
    - 1. Sedición.
    - 2. Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes.
    - 3. De los ultrajes a España.

4. De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.
5. De los desacatos a la autoridad y a los demás funcionarios públicos.
6. De los desórdenes públicos.

C) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

- a) Terrorismo.
- b) De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

D) Delitos relativos a la defensa nacional.

#### IV. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos jurídico-penales que el Estado arbitra en pos de su autotutela son, sin duda, una buena piedra de toque para determinar *cómo* es ese Estado.

Porque cuando hablamos del Estado o, mejor, cuando la ley penal habla del Estado, se alude a una realidad rica en matices, que no puede ser captada a través del Derecho punitivo, pero que, en cualquier caso, se identifica con un formidable aparato de poder que se justifica como medio de obtención de determinados fines. En el Estado democrático, como medio de garantía y potenciación de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Garantizar estos fines requiere asegurar los medios necesarios para ello. Pero de inmediato se advierte que el acento de la protección puede ponerse en los medios, incluso sacrificando ciertos objetivos. O en los fines, incluso recortando la tendencia expansionista y autojustificante de los medios.

En el primer caso se trata de proteger al Estado en las instituciones organizativas que lo configuran y en la forma en que éstas se relacionan entre sí; se trata de proteger el correcto funcionamiento del aparato estatal, que progresivamente se aleja de los centros políticos de decisión y dirección <sup>(1)</sup>. El aspecto capital a destacar es el Estado como aparato de control, y serán penalmente relevantes los comportamientos que pueden atacar tal capacidad de control. Es lo que sugiere, a fin de cuentas, la fórmula del vigente Código Penal “delitos contra la seguridad interior del Estado” <sup>(2)</sup>.

La noción de Estado democrático es, sin embargo, incompatible con la reducción de lo estatal al nivel de mero mecanismo de control. Y mucho más incompatible con la concepción del Derecho penal como instrumento de control al servicio de otros instrumentos de control.

El Estado es democrático en la medida en que se asienta sobre la capacidad y actividad participativa de los ciudadanos y grupos sociales. Y en la medida en que las potencia. El (inevitable) aparato de control estatal no

(1) Vid., J.R. SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona 1988, págs. 70-71.

(2) Sobre la doble interpretación, liberal y autoritaria, de la fórmula “seguridad interior del Estado”, vid., G. PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid 1990, págs. 32 a 41.

puede, en consecuencia, construirse o actuar de espaldas a esa idea de participación, ni puede aparecer como un cuerpo separado del resto del sistema. La organización político-estatal tiene un carácter nítidamente instrumental con respecto a los objetivos últimos de cada modelo político-jurídico<sup>(3)</sup>. Y el sistema penal, en su tarea de protección de bienes jurídicos, sólo puede tutelar aquella organización en la medida en que sea imprescindible para garantizar esos objetivos. Es lo que sugiere la fórmula, adoptada por el Proyecto de Código Penal de 1992 (PCP), de “delitos contra el sistema constitucional”.

El equilibrio entre la auto-tutela de los aparatos estatales de poder —sin menoscabo de las libertades— y la protección de éstas —sin recortar la de aquéllos, que son su condición— no siempre se logra. Por eso, desde antiguo, ésta ha sido una de las materias más controvertidas del derecho penal y uno de los índices más claros para dar cuenta de los vaivenes del Estado moderno entre el autoritarismo y la apertura democrática distintiva de las aspiraciones de los revolucionarios de 1789<sup>(4)</sup>.

La ideologización, siempre inevitable en la creación y aplicación del Derecho, lo es aún más aquí. En pocos puntos como en éste puede detectarse la realidad de que ideología y Derecho van indisolublemente unidos<sup>(5)</sup>. Y no puede ser de otro modo, porque en la sociedad moderna no se gobierna mediante la imposición directa y bruta de las alternativas ideológicas. Hoy es imposible gobernar sin recurrir a la *mediación jurídica*, que no es sino una técnica para hacer duraderas las formas sociales y para dotar de vigencia a las decisiones políticas. Derecho es, entre otras cosas, la decisión política objetivada y, en consecuencia, nada es tan político, según advierte LÓPEZ GARRIDO, como el Derecho aunque siempre nazca con la vana pretensión de despolitizar lo que toca<sup>(6)</sup>. De ahí que las ideologías totalitarias aparezcan con especial nitidez en el Derecho penal protector del Estado, que se convierte en esas ocasiones en instrumento de auténtico terror penal.

Y no será ocioso recordar aquí que si a raíz de la definitiva implantación del Estado moderno los términos terror y terrorismo se reservan a la violencia política que se ejerce contra el poder, en momentos históricos previos al Estado de Derecho, el término “terror” —cuyo origen es inseparable de los nombres de ROBESPIERRE y SAINT JUST— había podido designar, y con carácter prevalente, al terror institucional<sup>(7)</sup>.

(3) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona 1991, págs. 383-384.

(4) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., pág. 384.

(5) Vid. J. TERRADILLOS BASOCO, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado*, 1 (1991), págs. 12 a 14.

(6) D. LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Madrid 1987, pág. 77.

(7) Vid., J. CARO BAROJA, *Terror y terrorismo*, Barcelona 1989, págs. 15 a 29.

Si es cierto que la historia de las penas es más infamante para la humanidad que la historia de los delitos, ni una ni otra son equiparables, por ferocidad y dimensiones, a la historia de la delincuencia de los Estados. Baste pensar, por limitarnos a nuestro siglo, en los horrores coloniales, en los genocidios nazis, en los exterminios estalinistas<sup>(8)</sup>. Lo que en síntesis ha ocurrido es, por tomar las imágenes de HOBBS, que ese “hombre artificial que es el estado”, nacido para domesticar y poner freno al hombre natural (*homo homini lupus*), se ha transformado a veces en lobo artificial. “Y los lobos artificiales se han revelado más salvajes, incontrolables y peligrosos que los hombres naturales que los habían creado para confiarse a su protección”<sup>(9)</sup>.

Quizá no sea posible detectar hoy en los países de nuestro círculo de cultura ejemplos de ese *lobo artificial*. Pero sí es evidente el resurgir —siquiera sea en ámbitos concretos como el del terrorismo— de campañas de ley y orden que no son sino traducción de la denominada ideología de la seguridad. Como consecuencia de esa ideología de la seguridad, se hace que la *razón de Estado* pueda prevalecer sobre la *razón jurídica*. El principio legítimo de la intervención punitiva no será entonces jurídico, sino directamente político y la *salus reipublicae* se erige en norma suprema, ocupando el lugar de la ley como sistema de garantías y de obligaciones recíprocas<sup>(10)</sup>.

## II. EL DENOMINADO GARANTISMO PENAL

El objeto de nuestra reflexión va a ser el estudio de ciertos preceptos dirigidos a la protección del Estado o, dicho de otro modo, de alguno de los delitos que, con la terminología del Código Penal vigente, podríamos considerar delitos contra la seguridad del Estado. De ahí que, por lo dicho, tengamos que detenernos en la inevitable referencia a los principios del garantismo penal, con los que hemos de contrastar las opciones político-criminales plasmadas por nuestro pre-legislador en el PCP y en las enmiendas que al mismo se han formulado en sede parlamentaria.

La primera connotación del garantismo es la primacía axiológica de lo que FERRAJOLI llama el “punto de vista externo” sobre el “punto de vista

(8) Sobre manifestaciones más próximas del fenómeno, vid., el ensayo de N. CHOMSKY, *La cultura del terrorismo* (trad. J.L. Mustieles), Barcelona 1989.

(9) L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*, 2ª ed., Roma-Bari, 1990, pág. 980.

(10) J. 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 1988, pág. 25.

interno” del sistema político, lo que es tanto como proclamar el carácter instrumental del Derecho y del Estado respecto a fines, valores, necesidades e intereses extra-estatales y meta-jurídicos. Punto de vista externo quiere decir, ante todo, punto de vista de la persona. Su primacía equivale, por tanto, a la primacía de la persona como valor o, más bien, de los valores de la persona y, con ellos, de todas las específicas y distintas identidades<sup>(11)</sup>.

A partir de esta premisa, el modelo garantista de Derecho, precisamente en el ámbito penal, es el modelo de estricta legalidad propio del Estado de Derecho caracterizado en lo epistemológico como sistema cognitivo o de poder mínimo; en lo político, como técnica de tutela idónea para minimizar la violencia y maximizar la libertad; y, en lo jurídico, como sistema de vínculos que limitan el *ius puniendi* para garantizar los derechos de los ciudadanos<sup>(12)</sup>.

En lo penal, este modelo se traduce en la vigencia de los principios de legalidad, culpabilidad, bien jurídico e intervención mínima.

Finalmente, hay que tener en cuenta que no basta con la solemne proclamación, incluso en sede constitucional, de unos valores o principios. Es necesario descender en el análisis a los niveles normativos más bajos que producen —y en ocasiones traicionan— las líneas programáticas, generando graves divergencias entre vigencia formal y eficiencia<sup>(13)</sup>.

### III. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

#### A) Delitos contra el sistema constitucional

El primero de los Títulos en que hemos de detenernos es el XVIII: delitos contra el sistema constitucional, bien jurídico que, de acuerdo con lo dicho, no puede contemplarse desde perspectivas meramente formales, que lo identifican con el vago y utilitario concepto de seguridad del Estado y que a la postre llevan a reputar ataque contra el Estado cualquier manifestación de disidencia con los detentadores coyunturales del poder. La seguridad del Estado sólo puede entenderse a partir de la configuración misma de que éste se dota, y que queda plasmada en la Constitución. Seguridad del Estado es, en consecuencia, seguridad del orden constitucional.

(11) FERRAJOLI, *Diritto...*, cit., págs. 947-948.

(12) FERRAJOLI, *Diritto...*, cit., pág. 891.

(13) Sobre el tema, vid. J. TERRADILLOS BASOCO, “Constitución y ley penal. La imposible convergencia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, monográfico núm. 11, págs. 651 a 665.

Inicialmente sorprende que se recojan como contrarios al sistema constitucional sólo los delitos de rebelión y contra la Corona, como si las Cortes Generales, el Gobierno y otras instituciones<sup>(14)</sup> no tuvieran tal carácter constitucional.

Consideraciones sistemáticas al margen, no porque sean triviales sino porque las deficiencias de este orden pueden ser subsanadas por el intérprete, hemos de centrarnos en el examen del articulado.

Y, ya en ese ámbito, sorprende también que el art. 456.2 PCP castigue como autores de rebelión a los que *“en forma diversa de la prevista en el Capítulo I del Título XXI (delitos de traición), atentaren contra la integridad de la Nación española o la independencia de todo o parte del territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal Nación”*.

La verdad es que, al ser un tipo de recogida (*“en forma diversa de la prevista”*), cualquier alegato independentista podría entenderse constitutivo de rebelión, lo que se compaginaría mal con la libertad ideológica y política, además de con el principio de legalidad. Quizá por ello el Grupo Parlamentario Vasco postula en su enmienda nº 244 la supresión de este precepto, ya que *“la independencia de una parte del territorio nacional constituye un objetivo declarado jurisprudencialmente legítimo”*. En el mismo sentido se pronuncia la enmienda 457 del diputado Azcárraga. Menos crítica, la enmienda 811 de IU-IC propone acotar el tipo y habla de *“cualquier clase de acciones... fuera de las vías legales”*, lo que tampoco supone acotar demasiado.

El art. 472 castiga como delito contra el sistema constitucional, con pena de prisión de uno a tres años, la utilización de *“... la imagen del Titular de la Corona, o de su cónyuge, o del Regente o de algún miembro de la Regencia o del Sucesor de cualquier forma que pueda perjudicar el prestigio de la Corona”*. Habida cuenta de que el nº 10 del mismo artículo contempla las injurias a las mismas personas, el precepto en cuestión sólo puede castigar comportamientos amparados por la libertad de expresión y de crítica<sup>(15)</sup>, o que, por su carácter baladí, deben quedar al margen de la tutela penal.

### **B) Delitos contra los poderes y orden públicos**

La Exposición de Motivos explica que se recogen en este Título delitos *“que tienden a impedir o, al menos, despreciar o ignorar el funcionamiento y*

(14) La enmienda 827 de IU-IC pide la consideración conjunta de estos tres pilares fundamentales del sistema constitucional en este capítulo II del Título XVIII.

(15) En este sentido se pronuncia la enmienda de GONZÁLEZ LIZONDO y OLIVER CHIRIVELLA (Unión Valenciana).

*reglas del Estado de Derecho*"; lo que es paladino reconocimiento de que la política penal de orden público no puede llevarse a cabo negando derechos fundamentales y principios garantizadores que constituyen la esencia de ese modelo de Estado <sup>(16)</sup>.

Al respecto, ha denunciado Ignacio SOTELO, corroborando hipótesis manejadas ya en 1983 por Manuel BALLBE en su monografía *Orden Público y militarismo en la España constitucional*, que el hecho de que la política de orden público responda a principios militares "...no es un mal propio del absolutismo fernandino o del franquismo, sino que ha sido y continúa siendo una característica..." constante en nuestro país, incluso en períodos en los que, como es el caso de la II República, pudiera esperarse lo contrario <sup>(17)</sup>. Examinaremos en qué medida esos lastres del pasado han sido superados o, por el contrario, informan, más o menos subrepticamente, el texto propuesto por el PCP.

### 1. *Sedición*

Encabeza el Título el delito de sedición, regulado en términos distintos a los hoy vigentes, y reducido correctamente al alzamiento no constitutivo de rebelión para impedir la aplicación de las leyes o el ejercicio de sus funciones por parte de autoridades y funcionarios.

Pero la correcta técnica, y con ella el principio de legalidad, no brilla a gran altura en el art. 477.1 cuando, siguiendo los pasos del vigente 221 determina que "*Si llegare a tener efecto la sedición, los seductores se reputarán promovedores*". El empleo de estos términos, olvidando los ya acuñados legal, doctrinal y jurisprudencialmente, de proposición, provocación e inducción, será prenda segura de perplejidad para el intérprete y de ineficacia para el precepto.

El castigo de la apología de sedición también se hace acreedor de la tacha de desmesura punitiva, ya que se considera como tal la exposición de ideas o doctrinas "...tendientes a considerar como encomiables hechos que sean constitutivos de los delitos referidos en este Capítulo o a sus autores". Es menester que el comportamiento punible sea de auténtica apología <sup>(18)</sup>, y por ello podría castigarse, como mucho, ensalzar dichos hechos, rehuendo la amplísima y confusa fórmula del PCP.

(16) Sobre el concepto legal y jurisprudencial de orden público, vid., MAPELLI CAFFARENA-ASENCIO CANTISAN, "La ocupación colectiva de la vía pública", en *Poder Judicial* 10 (1988), págs. 147 a 149.

(17) I. SOTELO, "Militarismo y orden constitucional", en *EL PAIS*, 30-marzo-1993.

(18) Tal como preconiza la enmienda 1.224 presentada a este artículo por el Grupo Parlamentario Popular.

Con todo debe recordarse que el castigo indiscriminado de la apología supondrá, cuando se dirige a la mera manifestación de disidencia política, una vulneración de la libertad de expresión; y cuando aquélla alcanza la categoría de provocación, puede y debe castigarse como tal<sup>(19)</sup>.

La modificación más importante de los delitos de sedición es la desaparición del actual art. 222, “*todavía incomprensiblemente vigente*”, según observa la Exposición de Motivos.

Incomprensiblemente vigente porque el art. 222.1.º, lo fue objeto de examen por la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, que lo estimó compatible con la Constitución siempre que se entendiese que se actúa con la finalidad de “subvertir la seguridad del Estado”. Con esta exigencia se llega, en la práctica, como con razón afirmó ARROYO ZAPATERO, a los mismos resultados que si se hubiera derogado<sup>(20)</sup>.

La derogación, sin embargo, no se ha producido en las reformas del CP subsiguientes a la sentencia citada, lo que ha originado problemas reales sobre su aplicabilidad<sup>(21)</sup>.

Por las mismas razones que ha esgrimido la doctrina para pedir la derogación del art. 222, hay que criticar a su heredero en el PCP, el art. 390. Éste castiga, en efecto, con multa e inhabilitación, a la autoridad o funcionario público que promoviére, dirigiere u organizare el abandono colectivo e ilegal de un servicio. Se eleva así lo que no es sino ejercicio irregular del derecho de huelga a la categoría de delito; se viola, en lo objetivo, el principio de lesividad, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el franquista por su origen art. 222.1.º, no se exige que se ocasione trastorno a los servicios públicos ni que se altere su normalidad; y se amplía, en lo subjetivo, el ámbito de lo punible, ya que, con la interpretación del actual art. 222.1.º impuesta por el TC, hoy es necesario incorporar al dolo del autor la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, requisito no exigible en el PCP, pues el delito en cuestión se enmarca entre los que afectan a la Administración Pública.

## 2. *Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*

La protección de las instituciones del Estado debe, como se ha dicho, tener un carácter instrumental con respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas, asumiendo el Derecho penal en este ámbito su papel de *ultima ratio*.

(19) VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia 1988, pág. 55.

(20) L.A. ARROYO ZAPATERO, “Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal. II*, Madrid 1983, pág. 215-216.

(21) BAYLOS-TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid 1990, págs. 158 a 160.

No puede afirmarse que el PCP responda fielmente a esta idea. El art. 493, p. ej., castiga con prisión de uno a tres años a quienes “*injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos determinados*”. Sin embargo, las amenazas, poco imaginables dada la índole del sujeto pasivo según constata la sentencia TS (2ª) de 27-junio-1986, pueden tener acogida en otros preceptos. En cuanto a las injurias, supondrán, a tenor del art. 208, ataque a la “*...dignidad de otra persona*” y, por ello, son de difícil apreciación cuando afecten a un colectivo tan despersonalizado y numeroso. Es posible que estemos ante una designación genérica de sujetos pasivos individuales y no frente a un sujeto pasivo colectivo<sup>(22)</sup>. Pero, en una consideración *de iure condendo*, hay que sacar la conclusión de que tratándose de amenazas o injurias a sujetos pasivos individuales, nada justifica que no se sometan estos hechos a la disciplina de los tipos genéricos<sup>(23)</sup>.

Cierto exceso es también detectable en el art. 481 que castiga las meras manifestaciones, aunque no hubiere fuerza ni intimidación, ante las sedes parlamentarias cuando estén reunidas. Aunque, como hace este artículo, sólo se castigue a promotores o directores, se trata de modalidades del derecho de reunión, que no pueden estimarse delictivas. Debe recordarse al respecto que la doctrina, con pocas excepciones<sup>(24)</sup>, ha entendido que no es subsumible aquí el mero ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, y exige la idoneidad objetiva y la finalidad subjetiva de coaccionar la libre voluntad de las Cortes<sup>(25)</sup>.

Esa idoneidad para interferir en las tareas legiferantes, incorporada al tipo subjetivo, debería haberse recogido en el texto del PCP, pero se ha preferido repetir la defectuosa redacción actual.

En cualquier caso, la pena prevista —prisión de tres a cinco años— debe reputarse excesiva<sup>(26)</sup>, y más si se compara la hoy vigente —confinamiento (art. 150)— con la propuesta.

El art. 482, por su parte, castiga en su nº 10 con prisión de dos a cuatro años a quien sin alzarse ni portando armas o instrumentos peligrosos intentare penetrar, incluso actuando solo, en el Congreso de los Diputados o en el Senado para presentar peticiones a los mismos. Debería modificarse profun-

(22) Y así lo argumenta atinadamente, a propósito del vigente art. 242, VIVES ANTÓN (*Derecho Penal...*, cit., pág. 169).

(23) Es evidente el riesgo de resucitar los delitos de opinión, tal como denuncia la enmienda 1.234 del Grupo Parlamentario Popular.

(24) RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 14ª ed., Madrid 1991, pág. 697.

(25) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Valencia 1990, pág. 608. J.J. QUE-  
RALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona 1992, pág. 752.

(26) Así lo denuncia la enmienda nº 14 del diputado Pérez Bueno.

damente este texto, ya que el art. 77 de la Constitución prohíbe sólo la petición directa por manifestaciones ciudadanas. El Código Penal no puede ir más allá y entrar en contradicción con la Constitución<sup>(27)</sup>, penalizando lo que ésta no prohíbe. Y menos imponiendo una pena de hasta cuatro años de prisión para quien presente la petición en persona y sin portar armas, conducta para la que el preconstitucional art. 153, hoy vigente, prevé simplemente el destierro.

El art. 491 brinda, en términos generales, idéntico tratamiento jurídico-penal a las Cortes Generales y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Pero el 489 castiga a los que, apercibidos legalmente, dejaren de comparecer ante una Comisión de las Cámaras, no ante las Asambleas legislativas autonómicas. Por ello, parece oportuna la enmienda 439 del Grupo Parlamentario Catalán, en el sentido de dar idéntico tratamiento al que hurta su comparecencia ante ambos órganos legislativos.

Por lo mismo es oportuna la enmienda 440, del mismo grupo parlamentario, o la enmienda 21, del Diputado Pérez Bueno, que pretenden que la protección que se brinda al Defensor del Pueblo se dispense a quienes, en el seno de las instituciones autonómicas, desempeñen idéntica función.

### 3. *De los ultrajes a España*

Pocas dudas puede merecer la valoración positiva de la opción seguida por el PCP en este punto. En efecto, como recuerda la sentencia TS (2ª-Vivas Marzal), el delito de ultraje a la nación es hoy una infracción contra la seguridad exterior del Estado y “*dentro de ellas, un hecho punible de traición impropia*”.

Una más correcta valoración de estas conductas debe llevar, sin embargo, a relativizar su importancia y a suavizar, en consecuencia, las penas. Más radicalmente QUERALT JIMÉNEZ propone la supresión de este “*poco recomendable*” y “*desdichado*” artículo<sup>(28)</sup>.

Así, la Exposición de Motivos aclara que “...*elementales razones de ponderación de bienes jurídicos llevan a señalar una pena notablemente inferior a la que establece el Código vigente, que formalmente permite que el ultraje a la Nación o a la bandera pueda ser castigado hasta con doce años de prisión*”. En coherencia con esta valoración, la pena prevista en el PCP (art.

(27) En el mismo sentido, mantiene la inconstitucionalidad del vigente art. 153 párrafo segundo QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 753.

(28) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 763-764. En sentido semejante, J.M. TAMARIT SUMALIA, “El delito de ultrajes a la nación”, en *Actualidad penal*, 47 (1989), págs. 2.616 a 2.620.

498) es la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

#### **4. *De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia***

Es positiva la supresión de la definición de atentado que hoy contiene el art. 231-1º, calificada en la Exposición de Motivos, y con razón, como “*absurda*”. También es positiva la mejor delimitación que se hace de los respectivos ámbitos de la resistencia y de la desobediencia, definida aquélla como “*...modalidad de atentado caracterizada por una violencia que arranca de la negativa a hacer lo que la Autoridad o su agente exigen; en cambio, la desobediencia queda nítidamente caracterizada como actitud manifiesta de incumplimiento de orden, pero sin comprender la violencia*” (Exposición de Motivos).

El respeto al principio de legalidad no es, sin embargo, absoluto en el art. 501.2 que castiga con penas que pueden llegar a los veinticinco años de prisión a quien atentare “*...contra cualquier otra autoridad o funcionario en el desempeño de misión o cargo de especial trascendencia para la Justicia, la seguridad pública o con motivo u ocasión de su ejercicio*”<sup>(29)</sup>.

Tampoco se ha guiado el PCP por criterios de proporcionalidad y ponderación de la pena en el art. 503, que permite castigar la conspiración, provocación y proposición para realizar delitos de atentado con pena inferior en un grado (o dos) a la del delito correspondiente. Con lo que puede llegarse a la no deseable consecuencia de que estos actos preparatorios puedan tener la misma pena que la tentativa (art. 58).

#### **5. *De los desacatos a la autoridad y a los demás funcionarios públicos***

El desacato de los arts. 507 y 508 se construye sobre los mismos tipos de los delitos contra el honor y las amenazas, lo que supone un avance, en aras de la necesaria claridad, sobre el Derecho vigente.

Además se produce, con respecto a la situación actual, una importante reducción de lo punible al exigirse que estos delitos hayan de ser cometidos en presencia de la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones. Pero la reducción no llega a la total supresión.

La razón para ello es, según la Exposición de Motivos, que el desacato “*...entraña una perturbación del necesario sometimiento al Estado de Dere-*

(29) En opinión de la enmienda 1.243 del Grupo Parlamentario Popular, “...no cabe mayor indeterminación”.

*cho, que en el atentado es física y aquí verbal, pero cuya impunidad, en el plano político-criminal, daría lugar a hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes”.*

El alegato no logra imponerse frente a los poderosos argumentos que hacen que la generalidad de la doctrina se incline hoy por preconizar la desaparición de los delitos de desacato. Múltiples son las razones que avalan esta opción doctrinal. Mientras para OCTAVIO DE TOLEDO<sup>(30)</sup>, QUERALT JIMÉNEZ<sup>(31)</sup> y MORILLAS CUEVAS<sup>(32)</sup> se trata de delitos que descansan en la confusión entre el respeto debido a las instituciones públicas y el honor o dignidad de las personas físicas que coyunturalmente las representan, para QUINTERO OLIVARES<sup>(33)</sup> la protección privilegiada del honor de unas personas frente a la menos contundente del honor de otras es incompatible con el principio de igualdad. Si MORALES PRATS<sup>(34)</sup> reivindica una mayor protección de la libertad de expresión e información, puestas en entredicho por la amplia criminalización actual de los desacatos, MUÑOZ MACHADO<sup>(35)</sup>, desde la perspectiva administrativa, observa que los agravios a las personas con actividad pública deberían ser menos castigados que las injurias genéricas, ya que encierran una crítica política que debe protegerse especialmente, y MUÑOZ CONDE<sup>(36)</sup> denuncia la ideología autoritaria subyacente al refuerzo penal de la *maiestas* y la *dignitas* de los representantes del poder.

Como se ve, el punto de referencia común a estas reflexiones doctrinales es la práctica imposibilidad de encontrar un bien jurídico distinto al honor de las personas físicas que justifique un tratamiento autónomo de la conducta.

La importante sentencia de 10-marzo-1992 (Ruiz Vadillo) se ve obligada a insistir en la “*dignidad de la propia función pública... o la función pública misma*”, y condena por desacato a quienes so pretexto de ejercicio de la libertad de expresión incurren en “*el inequívoco insulto*” a ciertos Jueces. No puede ponerse en duda la corrección de la sentencia. Pero *de lege ferenda*, y ésa es la perspectiva que ahora nos ocupa, sería bueno no echar en saco roto la advertencia, que se hace en la misma resolución, de que “*...en un régimen*

(30) E. OCTAVIO DE TOLEDO, “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1 (1977), pág. 122.

(31) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 636.

(32) MORILLAS CUEVAS, “De nuevo sobre los delitos de desacato”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 17-20 (1989-1992), pág. 232.

(33) G. QUINTERO OLIVARES, “Sobre la pervivencia del delito de desacato”, en *Homenaje al profesor Sáinz Cantero. II*, Granada 1987, págs. 181 y ss.

(34) F. MORALES PRATS, “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 12-I, págs. 711-712.

(35) S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988, págs. 42 a 45.

(36) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág. 704.

*democrático los tipos penales que de alguna manera coartan la libertad de expresión, como ocurre en el caso con el delito de desacato, han de mirarse con muchas reservas e interpretarse restrictivamente a la luz de los principios constitucionales de libertad de expresión y de crítica”.*

Las conductas contempladas pueden castigarse como injurias o calumnias, y, si median amenazas, como atentado <sup>(37)</sup>.

## 6. *De los desórdenes públicos*

El PCP borra, del catálogo de delitos constitutivos de desórdenes públicos, por haberse superado las circunstancias políticas que aconsejaron su criminalización, las perturbaciones de la normal actividad de un centro docente sin pertenecer al mismo. Se ha suprimido también la provocación a la rebelión y a la sedición, expresamente penada en su correspondiente lugar. Y se ha corregido la desmedida punición del apoderamiento y receptación de material destinado a servicios públicos relevantes <sup>(38)</sup>.

Añade, en cambio, dos nuevas figuras: los intentos de perturbar el orden en los espectáculos culturales o deportivos y la exhibición pública de armas u otros instrumentos de agresión que puedan atemorizar a otras personas.

## C) **Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas**

### a) *Terrorismo*

En el Título XX se recogen los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Y entre ellos es digna de especial atención la regulación de la delincuencia terrorista, regulación que se ubica en este Título, pero también, de modo disperso, en otros pasajes del Código <sup>(39)</sup>.

En principio se observa que no es una regulación muy respetuosa con el principio de legalidad <sup>(40)</sup>, tan esencial al modelo de Estado contemporáneo

(37) En este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág. 688. También las enmiendas 825 de IU-IC y 1.250 del Grupo Popular.

(38) Sobre las críticas doctrinales y las reticencias jurisprudenciales frente a estos preceptos, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público”, en *Poder Judicial* 16 (1989), pág. 223, n. 86.

(39) Vid. J. GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid 1993, págs. 251-252.

(40) Ciertamente, la crítica podría realizarse con carácter general, ya que, como advierte LAMARCA PÉREZ (“Aspectos procesales y garantías en el terrorismo”, en *Cuadernos Jurídicos* 7 (1993), pág. 11), “el fenómeno terrorista ha provocado en las democracias occidentales la aparición de una normativa cada vez más rigurosa que constituye una paulatina degradación de las

que éste es, ante todo, Estado de Derecho. Así, se acude reiteradamente a términos equívocos o imprecisos. Basta fijarse en el art. 66 del PCP, heredero del vigente 57 bis a), que se construye en referencia a “*los hechos delictivos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*”; en el art. 529, que define la asociación ilícita terrorista por el hecho de que ésta incluya entre sus objetivos los de “*causar gran alarma social o atemorizar a la población*”; en el art. 531, que castiga no sólo al integrado en la banda, sino también a quien “*en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, ...cualquiera que sea el resultado*”; en el 532, que considera delictiva “*cualquier ...forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas*”.

Hay que pedir, en esta fase *de lege ferenda* una mayor precisión descriptiva, lo cual no sólo significará un mayor respeto al principio de legalidad, sino una simplificación del trabajo de fiscales y jueces que pueda redundar en una mayor eficacia penal.

La ponderación de las penas brilla igualmente por su ausencia. En efecto, el PCP, en aplicación del sofisma “*a grandes males grandes remedios*”, pretende hacer frente al terrorismo ampliando el ámbito de los sujetos criminalmente responsables y agravando cuantitativamente las sanciones<sup>(41)</sup>, quizá porque, como explica la Exposición de Motivos “*...en estos casos ...hay un componente expansivo de la antijuricidad que no puede darse por saldado con la pena referida exclusivamente al delito cometido*”.

En coherencia con esa idea, la mera integración en la banda terrorista, que de acuerdo con los criterios generales penalizadores de las asociaciones ilícitas, sería impune, pasa, de acuerdo con el art. 530, a constituir una conducta típica. Y el art. 532 amplía el ámbito de lo punible al castigar formas periféricas de colaboración con penas de diez años de prisión y multa, penas graves normalmente reservadas a los autores de graves delitos. Se invita así a colaboradores lejanos a participar, con el mismo riesgo, más activamente.

Este riesgo es tanto mayor cuanto que el tipo se conforma con que la colaboración no sea con actividades delictivas, sino con los fines de la banda. Lo que, literalmente interpretado, es criminalizar demasiado. Ciertamente que ya la sentencia del Tribunal Supremo de 2-febrero-1987 impone una interpretación estricta de este precepto —idéntico a sus precedentes—, pero, en esta

(41) J. TERRADILLOS BASOCO, “Reforma penal y terrorismo”, en TERRADILLOS BASOCO (coordinador), *El nuevo Código Penal. La reforma necesaria* (Actas del Seminario) “El nuevo Código Penal”, 12º curso de verano, Universidad de Cádiz, julio 1991, Cádiz 1992, pág. 5..

fase *de iure condendo*, es el propio texto legal el que debe definir con nitidez el alcance de la conducta delictiva.

Por su parte, el art. 66 del PCP, como su antecesor, el vigente 57 bis a), impone preceptivamente la agravación de las penas, olvidando que una agravación potestativa permitiría conjugar la voluntad endurecedora del legislador con las necesidades de la prevención especial. Y el art. 66.1, ordena imponer la pena superior en grado en su grado máximo cuando resultaren muerte o lesiones, efecto agravador al que se podría llegar igualmente aplicando las reglas previstas por el art. 78 para el concurso ideal de delitos<sup>(42)</sup>.

Tampoco sale bien parado el principio de lesividad. Según recoge la Exposición de Motivos, *“con un carácter de regla básica en materia de terrorismo, se regula el castigo que debe imponerse por la realización de cualquier hecho delictivo por los pertenecientes a esas bandas u organizaciones, cualquiera que sea el resultado producido”*. De acuerdo con ello, el art. 531 dispone que se impondrá la pena de prisión, de seis a catorce años a quien, *“...integrado en una banda armada, organización o grupo terrorista, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables, asfixiantes o medios incendiarios de cualquier clase, o la mera colocación de tales medios, sustancias o artificios, cualquiera que sea el resultado lesivo, de estragos, incendio o daño causado, o aunque no se hubiese producido resultado alguno”*.

Se castiga, con una pena de hasta catorce años, para lograr un *minimum* de contundencia frente al terrorista, con independencia del resultado de sus actos. El principio de lesividad cede así ante un elemento subjetivo: colaborar con los objetivos o fines de la banda.

El art. 94 PCP introduce una novedad en nuestro ordenamiento, al establecer que *“los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias”*.

La acumulación de penas más allá de lo permitido por el art. 77, teniendo en cuenta la gravedad de las impuestas en estos casos echa por tierra el contenido del art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>(43)</sup>.

(42) Vid. J. TERRADILLOS BASOCO, “El delito de terrorismo en el proyecto de Código Penal”, en *Cuadernos Jurídicos*, 1993 (9), pág. 74

(43) TERRADILLOS BASOCO, “El delito de terrorismo...”, cit., pág. 76.

No es cambio novedoso el contenido del art. 67, que recoge el contenido del vigente art. 57 bis b), y que consagra un tratamiento altamente favorable del “arrepentido”. Los efectos distorsionantes sobre el sistema penal, y aun sobre todo el sistema democrático, del premio a la delación aconsejan erradicarlo de los textos legales. Su permanencia sólo es explicable por la interiorización, por parte del poder político, de la *cultura de la emergencia*<sup>(44)</sup>, que le impulsa a olvidar recursos consolidados dentro del sistema jurídico-penal y a utilizar otros, que, por su naturaleza política, pueden entrar en irresoluble contradicción con aquéllos<sup>(45)</sup>.

**b) *De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales***

Frente al rigor con que se criminaliza una de las formas máximas de disidencia criminal, la terrorista, sorprende la lenidad con que el PCP se mueve cuando se trata de castigar conductas de funcionarios —paradigma de sujetos que están “con el poder”— aunque lesionen bienes jurídicos que, con el ordenamiento constitucional en la mano, deben estimarse de primer orden.

Esta lenidad, auténtico trato de favor, es detectable en los delitos cometidos por funcionarios contra las garantías constitucionales.

Los artículos 541 párrafo primero, 542, 546, 547, 548, 549, 550 recogen, como delitos especiales propios, conductas de funcionarios gravemente lesivas de derechos fundamentales. La pena de prisión parece necesaria, tal como afirman las enmiendas 1.271 a 1.277 del Grupo Parlamentario Popular. La cláusula general del art. 553, que señala que lo dispuesto en este Capítulo se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos que señalen mayor pena, invita a pensar que estamos ante un concurso de leyes que no solventa la contradicción valorativa.

**D) *Delitos relativos a la defensa nacional***

Finalizaremos con una breve referencia a un capítulo específico e importante de la protección penal del Estado, cual es la protección de su potencial militar.

La primera consecuencia de la primacía axiológica de la persona, con la que siguiendo a FERRAJOLI identificábamos el modelo garantista demo-

(44) Que en Italia denunciara FERRAJOLI (Vid., “La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza”, en *Questione Giustizia* 1987 (2), pág. 268.

(45) Vid. más ampliamente, J. TERRADILLOS BASOCO, “Reforma penal y terrorismo”, cit., págs. 8-9.

crático, es la autonomía de ésta en caso de conflicto entre derecho vigente y derechos fundamentales. La cuestión tiene resonancias antiguas, y nos devuelve al conflicto derecho-moral o más bien al conflicto entre obligación política de obedecer las leyes aunque sean injustas y autodeterminación moral de la persona. Los ejemplos más claros de la opción por el segundo modelo son los de Antígona, o los de Sócrates que acepta la pena de muerte no por fatalista obediencia ni por sumisión, sino para transformarla en condena moral de leyes y jueces que se la imponen<sup>(46)</sup>.

No han sido estos los modelos que nuestro vigente Código Penal ha tenido en cuenta, como tampoco lo ha hecho el PCP, que olvida que si el bien jurídico defensa nacional es de importancia relevante, la Constitución reconoce también la objeción de conciencia como reflejo del pluralismo igualitario, como consagración libre de alternativas, entre ellas, la pacifista. Ello supone el derecho a oponerse a la organización militar para la guerra. La mera objeción no es desarrollo total de esa alternativa; la insumisión sí. No es sólo ejercicio de un derecho subjetivo. Es desarrollo del modelo plural.

Hay que recordar al respecto que frente al ejército como institución total —según la conocida caracterización de FOUCAULT—, nuestro ordenamiento constitucional permite la adopción de otros modelos<sup>(47)</sup> que por el hecho de no estar conformados de acuerdo con los principios de jerarquía y disciplina no pasan a ser insolidarios. Antes bien, es tan constitucional el modelo militar-defensista como el pacifista-objedor. El pleno desarrollo de éste no puede, en ningún caso, tener consecuencias negativas. La no realización de prestaciones directas de defensa no sólo no es punible, es una alternativa válida dentro de un modelo plural. La no realización de la prestación sustitutoria, tampoco debe ser criminalizada.

Puede pensarse, con cierta alarma, que desarrollando tal idea se llega a entronizar la desobediencia civil y que el ordenamiento quedará inerte ante toda conducta de infracción de deberes, p. ej., ante la objeción del médico que, integrado en la medicina pública, renuncia a practicar abortos terapéuticos o, incluso, a realizar transfusiones de plasma necesarias para evitar una muerte, o ante la objeción fiscal. Pero se trata de supuestos absolutamente distintos. Primero, porque sólo la objeción al servicio militar tiene reconocimiento explícito constitucional. Segundo porque se trata de supuestos en que hay un bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta del insu-

(46) FERRAJOLI, *Diritto...*, cit., pág. 963.

(47) N. GARCÍA RIVAS, "Tratamiento jurídico-penal de la insumisión", en TERRADILLOS BASOCO (coordinador), *El nuevo Código Penal. La reforma necesaria* (Actas del Seminario "El nuevo Código Penal", 12º curso de verano, Universidad de Cádiz, julio 1991), Cádiz 1992, pág. 14.

miso. En nuestro caso no ocurre lo mismo. No hay un bien jurídico “defensa nacional” cuya mengua pueda ligarse causalmente a la conducta de aquél.

Acontecimientos como el actual conflicto yugoslavo han puesto trágicamente de relieve la inidoneidad militar de tropas reclutadas mediante levass indiscriminadas. Y son esos mismos acontecimientos, además de toda una doctrina sobre la defensa que en nuestro país no ha sido objeto de debate —piénsese que los centros de estudios sobre la paz y el desarme, tan frecuentes e importantes en los demás países europeos no abundan en el nuestro— los que aconsejan conformar un esquema de defensa estructurado en torno a estos tres pivotes: pequeños ejércitos profesionales defensivos y no provocativos<sup>(48)</sup>, fuerzas de paz a disposición de ONU, y fuerzas de solidaridad para actuación rápida ante desastres naturales. Un sistema de defensa militar y civil así estructurado no requiere la participación de quienes por razones de conciencia prefieren no hacerlo y sería un sistema en el que el debate sobre la criminalización de la objeción o de la insumisión carecería absolutamente de sentido.

Podemos recordar al respecto que la enmienda 1.310 presentada por el Grupo Parlamentario Popular al art. 584.2 PCP advierte literalmente que “*debería decidirse si se va a optar por un ejército profesional como piden determinados sectores, ya que en este caso sobrarían todos estos preceptos*”.

Si se parte de las anteriores consideraciones, podemos deducir inmediatamente que la única respuesta admisible frente a la objeción de conciencia, incluso cuando se lleva a las últimas consecuencias, es la descriminalización.

No sigue estos derroteros el PCP, que en su art. 583 castiga la insumisión propia. Y lo hace con rigor inusitado al disponer que la pena de prisión sea superior a dos años. Esta técnica de determinación del marco legal, inusual en otros preceptos, pone en evidencia que lo que preocupa al legislador es que, en todo caso, el insumiso no tenga acceso a la remisión condicional de la pena e ingrese en prisión. Este automatismo, no justificado, responde a criterios intimidatorios que son de difícil encaje constitucional.

Como difícil encaje tiene el párrafo tercero, que impone al insumiso pena de inhabilitación especial para acceder a la función pública, a la que paradójicamente pueden acceder autores de otros graves delitos (p. ej., delitos societarios).

(48) G. LANDROVE DÍAZ, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Valencia 1992, pág. 127.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

La política penal de orden público del Estado liberal-democrático parte del supuesto de que las libertades fundamentales, precisamente por ello, son intocables y se colocan por encima de cualquier objetivo político, estatal o nacional que se quiera invocar. Se trata de una política sometida, como no puede ser de otro modo, a Derecho, y ese sometimiento ha de entenderse en sentido material. O, lo que es lo mismo, a una serie de principios garantizadores, que han venido caracterizando al Derecho penal democrático, y que no pueden dejarse de lado ni por incorrección técnica, ni por inercia legislativa, ni por alarmistas apelaciones a la gravedad de los males a los que es imprescindible poner coto. No se puede ignorar la gravedad de ciertos delitos, la importancia de determinados bienes jurídicos o la relevancia de ciertos principios. Pero, precisamente por ello, su tutela no puede recurrir a técnicas incompatibles con su vigencia.

# LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

**MARÍA TERESA CASTIÑEIRA PALOU**  
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

## SUMARIO

### 0. INTRODUCCIÓN.

### I. EL ASPECTO DE LEY MODIFICATIVA DEL PCP.

#### 1.1. Título I. Faltas contra las personas.

- A) Las lesiones.
- B) Omisión de presentación o auxilio a un menor.
- C) Amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve.
- D) Imprudencia.
- E) Quebrantamiento de la guarda o no restitución de un menor.

1.2. Título II: Faltas contra el patrimonio.

1.3. Título III: Faltas contra los intereses generales.

1.4. Título IV: Faltas contra el orden público.

## II. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA.

2.1. Título.

2.2. Exposición de motivos y preámbulo.

## III. SISTEMÁTICA Y DIVISIÓN.

## 0. INTRODUCCIÓN

A finales de 1992 el Gobierno presentó a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Las modificaciones introducidas en los últimos años en el CP y la que ahora se propone podrían aconsejar una reforma total del mismo. En efecto, desde la promulgación de la Constitución en 1978 el CP ha sido objeto de cambios numerosos. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, ello ha dado lugar a una serie de defectos que repercuten sin duda en el manejo del Código. Han proliferado los artículos bis y ter y paralelamente muchos otros han quedado sin contenido.

Desde el punto de vista del contenido de las reformas, algunas eran imprescindibles, pero otras resultaban innecesarias cuando no perturbadoras. En los últimos años, se ha utilizado el CP políticamente tratando de hacer creer que basta la inclusión de un determinado tipo en el CP para acabar con algunos de los problemas que se plantean en la vida nacional. Para terminar con la corrupción de los políticos se introduce en el CP el delito de tráfico de influencias; para conseguir que se paguen las pensiones en caso de separación y divorcio se introduce también este comportamiento en el CP como delito. Luego resulta que la aplicación práctica de los flamantes nuevos tipos deja mucho que desear.

Paralelamente, quizás se ha perdido la oportunidad de introducir algunas reformas necesarias: el tema del aborto sigue sin solucionarse y se recurre a dudosas vías medias como la “angustia” de la madre, en lugar de recurrir a sistemas quizás aparentemente más permisivos pero mucho más claros y seguros, como el sistema de plazos. Los delitos contra la libertad sexual no acaban de encontrar la regulación adecuada y se insiste en ampliar los supuestos de violación sin tomar en consideración las distintas situaciones subsumibles en el art. 429.

Una de las primeras cuestiones que se plantean desde el punto de vista de la técnica legislativa, al abordar la reforma total y promulgación de un nuevo CP, es la de su necesidad. A la vista de lo que se acaba de señalar, cabe pensar que la respuesta ha de ser afirmativa, pero parece difícil aceptarlo sin hacer una serie de consideraciones, quizá hemos visto demasiadas veces cómo una reforma, en teoría necesaria, dejaba el CP peor que antes. Por eso la respuesta a la cuestión planteada podría ser sí, pero no a cualquier precio. En las páginas que siguen se va a tratar de analizar el PCP desde el punto de vista de la teoría y la técnica de la legislación para averiguar hasta

qué punto se han cumplido las reglas de técnica legislativa y los postulados de la teoría de la legislación.

En esta ponencia es imposible realizar un análisis completo del PCP desde el punto de vista de la técnica legislativa, por eso se van a examinar sólo algunos puntos concretos: 1.— Un primer aspecto, vinculado al carácter de ley modificativa del PCP, que abarca dos puntos:

- a) la existencia de alternativas a la intervención penal, para lo cual se utilizará el ejemplo de las faltas, y
- b) la necesidad de derogar con claridad y precisión las disposiciones anteriores que dejarán de estar en vigor si el PCP se convierte en Ley.

En la segunda parte se analizará el grado de cumplimiento de las reglas de técnica legislativa relativas al Título, al Preámbulo y a la sistemática y división de la ley.

## **I. EL ASPECTO DE LEY MODIFICATIVA DEL PCP**

El Proyecto de Código Penal se presenta como un proyecto de ley nueva. No es, evidentemente una ley de primera regulación, ley que regula por primera vez una materia, pero sí es, en cambio, una ley que regula *de nuevo* una materia. Es una ley de modificación total: se deroga el Código Penal anterior y se promulga uno totalmente nuevo, lo cual no es óbice para que en éste, junto a tipos totalmente nuevos, que son los menos, se reproduzcan muchas de las disposiciones contenidas en el vigente. La idea es que la reforma y la reorganización que se lleva a cabo es tan importante, que no basta con una ley modificativa, ni siquiera con un texto refundido, sino que es necesaria la promulgación de un nuevo CP<sup>(1)</sup>.

Es fácil advertir que, aunque se trate de una ley nueva y en muchos aspectos tenga las características propias de este tipo de leyes, también presenta muchos puntos en común con las leyes modificativas. De hecho, lo que se hace es modificar el ordenamiento vigente. En este sentido, y en el momento de la elaboración de la ley, hay que tener presentes algunos temas característicos de las leyes modificativas. A título de ejemplo se pueden analizar dos:

(1) Vid. M.T. CASTIÑEIRA, *Las leyes modificativas*, en GRETEL, *Curso de técnica legislativa*. Madrid. (Centro de Estudios Constitucionales) 1989, pág. 177.

**1º. La necesidad de la modificación.****2º. La derogación de disposiciones anteriores.****1º. LA NECESIDAD DE LA MODIFICACIÓN**

Antes de llevar a cabo la modificación de una ley es recomendable analizar con cuidado si la modificación es necesaria. Si es posible alcanzar los mismos resultados mediante otros recursos tanto de carácter jurídico como no jurídico, entonces hay que evitar la modificación de la ley. Esta recomendación se basa en la idea de que la estabilidad del ordenamiento jurídico es un valor importante, por eso las leyes deben variar lo menos posible. Las modificaciones constantes dificultan el conocimiento del derecho vigente y provocan inseguridad jurídica y desconfianza; la idea de un CP constantemente modificado, no parece ser el ideal de una ley tan importante ni parece estar conforme con los principios básicos del Derecho Penal. Éste difícilmente podrá cumplir la función de prevención general que hoy se considera básica, si se extiende la creencia de que puede ser modificado en cualquier momento.

Lo anterior se puede concretar en dos ideas: la modificación de una ley 1) es el *último recurso*, es decir, sólo se debe recurrir a ella cuando no existe otro medio, idea que no es ajena al Derecho Penal y 2) exactamente igual que la promulgación de una ley de primera regulación, ha de ir precedida de una serie de análisis (de constitucionalidad, practicabilidad, etc.) que no son ajenos a los principios básicos del Derecho Penal. Piénsese, por ejemplo en el principio de utilidad de las disposiciones penales tan a menudo olvidado en la legislación penal de los últimos años.

**a) *La incriminación de las faltas***

El PCP opta por mantener las faltas como infracciones menos graves en el Libro III del nuevo CP. En la Exposición de Motivos del Proyecto se explica que “la incriminación de las faltas ha sido, y sigue siendo, tema de controversia entre los que creen que es buena la presencia de dos clases de infracciones penales (delitos y faltas), en el entendimiento de que hay problemas cualitativa o cuantitativamente pequeños pero que políticamente, conviene que sean problemas dilucidables en vía penal, y los que tajantemente sostienen que la existencia del libro de las faltas es en sí misma incompatible con el principio de intervención mínima”<sup>(2)</sup>. Dicha opción se

(2) Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1992, pág. 57.

justifica en parte porque ya se procedió en la reforma de 1989 a una importante despenalización de las faltas, y en parte por considerar que “la radical desaparición de todas ellas resultaba excesivamente traumática, *máxime faltando las leyes administrativas suficientes para cubrir el vacío normativo en relación con actos que tampoco pueden ser jurídicamente irrelevantes*”<sup>(3)</sup>.

Ninguno de los dos argumentos parece convincente. El que ya se hayan despenalizado algunas no es razón para no despenalizarlas todas si realmente son contrarias al principio de intervención mínima y el segundo argumento es inaceptable: si el tratamiento correcto de los supuestos de hecho incriminados como faltas pasa por el recurso al derecho administrativo, no se puede recurrir al penal alegando que no hay leyes administrativas, y seguir afirmando que se está utilizando el Derecho Penal como último recurso. El mismo Parlamento que ha de aprobar la reforma penal puede crear o modificar las leyes administrativas.

Pero vamos a dar un paso más, vamos a ver cuáles son las infracciones que se mantienen como faltas y a tratar de analizar si realmente es necesario su tratamiento penal de forma distinta a los delitos.

El Libro III del PCP se divide en cuatro Títulos relativos a Faltas contra las Personas (Tít. I), Faltas contra el Patrimonio (Tít. II), Faltas contra los intereses generales (Tít. III) y Faltas contra el orden público (Tít. IV).

En la incriminación de las faltas hay dos características comunes a muchas de ellas:

1.— En muchos casos las infracciones tipificadas como faltas pueden ser castigadas sólo con pena de multa. Ello es así, bien porque se prevé la pena de multa como pena única, bien porque se le ofrece al juez la alternativa de imponer la pena de multa o una pena privativa de libertad: el arresto de fin de semana. Sólo en el Título IV (arts. 610, 611 y 613) aparecen las penas de multa y de arresto de fin de semana como acumulativas.

2.— Muchas de las faltas sólo son perseguibles a instancia de parte.

Lo primero parece indicar que no sería tan grave que la multa fuera administrativa. Es cierto que no es lo mismo, ya que entonces no cabría disponer de la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad, ni directamente, ni por la vía de la prisión sustitutoria en caso de incumplimiento de la pena de multa. Pero sí cabe tratar de distinguir, dentro de los supuestos que hoy se tipifican como falta, entre aquéllos en los que es imprescindible una

(3) Exposición de Motivos del Proyecto cit., pág. 58.

sanción penal, supuesto en el que hay que analizar la posibilidad de incriminarlos como delito y sancionarlos con penas mínimas, y aquellos supuestos en los que sería suficiente la sanción administrativa.

Lo segundo es más claro. Si es posible que un comportamiento quede sin sanción por voluntad de la víctima, no puede tratarse de un comportamiento tan grave como para requerir la intervención penal. En principio, parece que todas las faltas perseguibles a instancia de parte deberían dejar de figurar en el CP.

Un análisis más detallado puede resultar de utilidad para resolver la cuestión, ya que no sólo hay que atender a las penas, sino que puede suceder que las características del supuesto de hecho nos indiquen la necesidad de sanción penal.

### **1.1. Título I. Faltas contra las personas**

Como faltas contra las personas se tipifican: faltas de lesiones y malos tratos de obra (art. 597), no presentar a un menor a su familia, o no prestarle auxilio (598), las amenazas, coacciones e injurias leves (599), la imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 155 y la imprudencia leve con resultado de muerte o lesiones (600) y la retirada o no restitución de un menor de la familia, persona o institución a la que estuviera encomendado por resolución judicial (601).

#### **A) *Las lesiones***

Se castiga como falta de lesiones la lesión que sólo exige una primera asistencia facultativa y la lesión que no precisa tratamiento médico quirúrgico. En el primer caso se señala la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, en el segundo arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de quince a treinta días (art. 597). En el párrafo 2 se castiga el maltrato de obra con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

La opción que aquí se plantea al legislador consiste en la posibilidad de prescindir de las faltas. Ello no implica prescindir del Derecho Penal. En el caso de las lesiones se puede pensar que está afectado un bien jurídico básico en relación al que no es posible prescindir de la protección penal. Pero esto parece discutible, al menos en todos los casos. Es posible sostener que todas las lesiones que requieren asistencia facultativa deben ser objeto de protección penal, pero quizá no las demás. Teniendo en cuenta que la pena mínima que establece el art. 155 es la pena de uno a dos meses de multa, sería posible castigar las lesiones que requieren una primera asistencia facultativa con la

pena inferior en grado, es decir con la pena de multa de uno a dos meses. Y si el art. 71 del PCP permite a los Jueces y Tribunales ir por debajo de la cuantía mínima señalada a cada clase de pena, no parece haber mayor obstáculo para incluir el comportamiento citado en el Libro II del CP.

#### **B) *Omisión de presentación o auxilio a un menor***

El incumplimiento de una obligación ciudadana se convierte en una infracción penal, siempre y cuando, naturalmente, no se trate de un delito de omisión del deber de socorro, o incluso de un delito más grave. En principio, el tipo de la omisión del deber de socorro ha de ser suficiente para cubrir los casos en los que se precisa una intervención penal. Se trata, por tanto, de una falta de la que se podría prescindir.

#### **C) *Amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve***

Se tipifican aquí ataques de carácter leve a la seguridad, libertad y al honor. Se trata de uno de los supuestos en que la falta sólo es perseguible a instancia de parte y, como ya se ha dicho antes, sólo esto es suficiente para rechazar su incriminación penal. Si a ello añadimos que la pena que se señala es sólo una multa es fácil concluir que puede prescindirse de la intervención penal.

Aquí aparece, por primera vez, la idea de que tal vez, la única alternativa posible y eficaz no sea la sanción administrativa, sino también la responsabilidad civil. En el ámbito de las injurias, incluso en los casos en que éstas son constitutivas de delito, en los últimos años la responsabilidad civil ha adquirido una gran importancia<sup>(4)</sup>. No parece disparatado pensar que, para las injurias leves, la exigencia de responsabilidad civil ha de ser suficiente y probablemente más adecuada que la administrativa o penal.

#### **D) *Imprudencia***

El supuesto de hecho es muy distinto al anterior, pero se trata de nuevo de un caso sancionado con pena de multa y perseguible a instancia de parte y en el que las alternativas pueden pasar fácilmente por la responsabilidad civil, al menos para una parte de los tipos de imprudencia aquí incluidos. Aquí se contempla la imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 155, y la imprudencia leve con resultado de muerte o lesiones constitutivas de delito.

(4) Vid. P. SALVADOR Y OTROS. *El Mercado de las Ideas*. Madrid. (Centro de Estudios Constitucionales).

Hay que distinguir los diversos supuestos que aquí se incluyen:

El párrafo 1 se refiere a un caso de imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 155 y naturalmente no incluido en el art. 160 que tipifica la imprudencia en relación a las lesiones. Parece optarse aquí por una concepción de la imprudencia en la que lo importante es el resultado no la gravedad de la imprudencia. Pero, al tratarse de una imprudencia grave no parece disparatado concentrar la atención en las características de la imprudencia y considerar que, sea cual fuere el resultado, si la imprudencia es grave, hay delito. Castigado con una pena inferior a la establecida para el caso de que el resultado sea una de las lesiones previstas en los arts. 157 y 158 pero manteniendo la consideración de que se trata de un delito. Entre los seis meses a dos años que se señalan en el art. 160, y la multa de uno a dos meses del art. 600 hay demasiada diferencia teniendo en cuenta que en ambos casos la gravedad de la imprudencia puede ser idéntica.

Los párrafos 2 y 3 se refieren a imprudencia leve con resultado de muerte o lesiones constitutivas de delito respectivamente. En este caso, ya no parece tan necesario el recurso a la sanción penal y cobra, en cambio, importancia la responsabilidad civil.

El párrafo 4 prevé la privación del derecho a conducir vehículos a motor cuando el hecho se haya cometido con vehículo de motor, privación que puede mantenerse perfectamente como sanción administrativa. Con todo, el hecho de que la privación del derecho se limite al derecho a conducir responde probablemente al hecho de que es el tipo de imprudencia numéricamente más importante, pero no cabe desconocer que hay otros tipos de actividades en las que también cabría la posibilidad de suspensión del derecho. Piénsese, por ejemplo, en las imprudencias cometidas con armas de fuego.

La imprudencia, considerada como delito debería ser perseguible de oficio.

#### **E) *Quebrantamiento de la guarda o no restitución de un menor***

En el art. 601 se tipifica “el quebrantamiento de la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida en la resolución judicial, retirando al menor del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndole cuando estuvieren obligados,...”.

El tipo sólo es aplicable si no se incurre “en los delitos de desobediencia o sobre el régimen de visitas y comunicación”. Parece difícil que se realice

el comportamiento descrito en el tipo sin incurrir en alguno de los delitos mencionados, por eso no parece disparatado dejar para el derecho penal los casos más graves, y utilizar para los demás el derecho civil.

### 1.2. Título II: Faltas contra el patrimonio

Se tipifican como faltas contra los patrimonios infracciones que sólo constituyen delito cuando el valor o la cuantía es superior a 50.000 pesetas. Se trata del hurto, el apoderamiento de cosa propia, la sustracción de vehículos de motor, alteración de términos, estafa, apropiación indebida, defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido y los daños intencionales.

En este grupo de faltas conviene destacar:

— En la mayoría de los casos se produce una diferencia importante de penas entre la falta y el delito correspondiente. Así, por ejemplo, la pena mínima que se puede imponer por un delito de hurto o de estafa es una pena de seis meses de prisión, mientras que la pena máxima que se puede imponer por las faltas es la de seis fines de semana de arresto o multa de dos meses. Es decir, quien hurta o estafa 52.000 pesetas es castigado como mínimo con una pena de prisión de seis meses. En cambio, quien hace lo mismo, pero se limita a 49.000 pesetas puede ser castigado como máximo con una pena de arresto de seis fines de semana o de multa de uno a dos meses. Probablemente, la diferencia entre los dos casos no es tan grande como para justificar la diversidad de pena. Evidentemente, hay casos en los que dicha diferencia sí existe, piénsese en el hurto o la estafa por valor de 500 o incluso de 4.000 pesetas, pero entonces quizás estamos entrando en un campo donde el principio de la insignificancia hace innecesaria la intervención penal.

Esta diferencia de pena no se produce siempre. Por ejemplo, la sustracción de una cosa propia de quien la tenga legítimamente en su poder se castiga, cuando constituye delito con la pena de seis a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses y cuando constituye falta con la pena de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. Pese a que la pena de multa en el delito es cumulativa y en la falta alternativa a la privativa de libertad, la diferencia es mucho menor que en el caso del hurto y la estafa.

— En las faltas, se equiparan comportamientos que cuando constituyen delito tienen muy distinta gravedad. Se pueden utilizar de nuevo los ejemplos del hurto y la estafa en comparación con la sustracción de cosa propia; si es delito, el último es mucho menos grave; en cambio, si constituye sólo falta, es igual de grave que el hurto o la estafa.

¿Cuáles son las alternativas posibles? La sanción administrativa no parece ser en este caso lo más adecuado, aunque quizá sí lo sea la responsabilidad civil para todos, o para algunos de los casos. Actualmente se plantea la posibilidad de utilizar medidas de reparación civil en sustitución, o en lugar, de las penas<sup>(5)</sup>. Pues bien, éste puede ser uno de los casos en que se utilice el Derecho Civil. La siguiente cuestión es si hay que hacerlo en todos, o solamente en algunos de los casos previstos como falta en el Título II del Libro III del CP.

De entrada, cabe considerar dos posibilidades: abandonar la responsabilidad penal para todos los casos que el PCP prevé como faltas contra el patrimonio y exigir sólo responsabilidad civil o tratar de profundizar un poco más y distinguir entre casos que han de seguir dando lugar a responsabilidad penal y otros que pueden ser correctamente tratados como ilícitos civiles.

El principal problema que se plantea para optar entre una u otra solución radica en establecer un límite a partir del cual un comportamiento deje de dar lugar a responsabilidad penal y quede sujeto únicamente a la civil. Siempre se podrá poner en cuestión el porqué de un límite y, sobre todo en el caso de que se trata ahora, su cuantía. ¿Por qué el hurto o la estafa de 52.000 pesetas ha de constituir delito y, en cambio, el hurto o la estafa de 49.000 sólo han de dar lugar a responsabilidad civil? ¿Por qué no se pone 100.000 y no 50.000 como límite? Son preguntas difíciles de contestar, como no sea diciendo que todos los límites son arbitrarios.

Pese a ello, parece posible inclinarse por la segunda solución y tratar de evitar, al menos en parte, los problemas derivados de la arbitrariedad de todo límite. Para ello, son necesarias dos cosas: 1) Arbitrio judicial y 2) Aceptar, como de hecho se hace en los delitos, que la cuantía o el valor no es el único dato relevante en el momento de determinar la gravedad de una infracción contra el patrimonio.

En concreto, la propuesta sería la siguiente: sin discutir ahora el límite de las 50.000 pesetas, dejar al arbitrio del juez decidir, en virtud de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, si debe recurrirse a la sanción penal o basta con la responsabilidad civil. La sanción penal sería por delito.

La propia regulación del hurto, por ejemplo, puede proporcionar algunas claves para concretar más esta propuesta. El PCP, como el CP vigente, prevé un tipo básico de hurto (art. 237) y un tipo cualificado (art. 238) por la concurrencia de una serie de circunstancias que determinan la imposición de

(5) Vid. C. ROXÍN.

una pena superior (prisión de uno a cinco años). Sin embargo, en las faltas no se dice qué sucede, cuando la cuantía de lo hurtado es inferior a 50.000 pesetas, pero concurre alguna circunstancia del art. 238. Pues bien, la concurrencia de dichas circunstancias podría ser el criterio, único o combinado con otros que quizá habría que dejar al arbitrio del juez, para determinar cuándo el hurto de menos de 50.000 pesetas debe dar lugar a responsabilidad penal por delito y dejar los demás casos como ilícitos civiles.

En cuanto a la cuantía de dicha responsabilidad se podría estructurar a partir de las disposiciones generales de los arts. 70 y ss. del CP, partiendo del castigo del tipo básico de hurto y señalando la pena inferior en uno o dos grados para los casos en que el hurto sea inferior a 50.000 pesetas y concurren las circunstancias del art. 238. Esto llevaría a una pena inferior a la prevista para el tipo básico de hurto y algo superior a la que hoy se señala a la falta. En efecto, la pena inferior en grado a la prisión de seis meses a dos años es una pena de prisión de tres a seis meses, y la inferior en dos grados la pena de prisión de un mes y medio a tres. Pero entonces entra en juego el art. 71.2. “No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores procediere imponer una pena de prisión inferior a seis meses, *ésta será en todo caso sustituida* conforme a lo dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo III de este Título,...”. Es decir, será sustituida por “arresto de fin de semana o multa, aunque la ley no prevea para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta y la naturaleza del hecho. En dichos casos, cada semana de prisión será sustituida por un arresto de fin de semana; y cada día, semana o mes de prisión será, respectivamente, sustituido por dos cuotas diarias, semanales o mensuales de multa” (art. 88).

El hurto, tipificado como falta en el PCP, sería castigado, cuando concurrieran las circunstancias del art. 238, con la pena de arresto de seis a veinticuatro fines de semana o multa de seis a cuarenta y ocho semanas. En los demás casos procedería únicamente la exigencia de responsabilidad civil.

Lo mismo podría hacerse en los supuestos del art. 602. 4 respecto a la estafa y a la apropiación indebida. En cambio, las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas así como el apoderamiento de cosa propia, la alteración de términos o lindes y los daños intencionales podrían dar lugar a responsabilidad civil.

El hurto de uso de vehículos de motor (602.3) es otro caso que puede ser objeto de un doble tratamiento según las circunstancias. El supuesto básico, el hurto de uso de un vehículo de valor inferior a las 50.000 pesetas, con restitución directa o indirecta en un plazo no superior a las cuarenta y ocho horas podría dar lugar a responsabilidad civil. Cuando dicha restitución no se

produce, el hecho se castiga, según el art. 248.3 como hurto o como robo<sup>(6)</sup>, se aplicarían entonces las reglas antes expuestas por lo que se refiere al hurto. Si se ha empleado fuerza en las cosas, caben dos opciones: mantener sólo la responsabilidad civil o considerarlo delito, si bien con una pena inferior a la señalada cuando el valor del vehículo excede de 50.000 pesetas.

### 1.3. Título III: Faltas contra los intereses generales

Como faltas contra los intereses generales se castigan la expendición de dinero falso recibido de buena fe una vez que se conoce su falsedad, cuyo importe no exceda de 50.000 pesetas (art. 605); el facultativo que no diere parte de envenenamiento u otro delito (art. 606); el abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daños o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores (art. 607); dejar sueltos animales feroces o dañinos (art. 608) y el maltrato de animales (art. 609).

Este grupo se podría convertir, sin mayores problemas, en infracciones administrativas. Veamos, por ejemplo, la falta que aparece en el PCP como novedad: el abandono de jeringuillas<sup>(7)</sup>. ¿Qué alternativas existen a la intervención penal? Un buen servicio de vigilancia primero y de limpieza después podría reducir notablemente el peligro que este tipo de comportamiento supone. Luego, la sanción administrativa parece que ha de ser suficiente y probablemente más eficaz que la sanción penal.

### 1.4. Título IV: Faltas contra el orden público

Como faltas contra el orden público se castigan: la perturbación del orden leve en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas (art. 610); la falta de respeto o consideración debida a la autoridad o sus agentes y la desobediencia leve (art. 611); ocultar el nombre verdadero a autoridad o funcionario (612); conducir por la vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el permiso correspondiente después de haber sido sancionado tres veces administrativamente por dicho motivo (613); la realización de actividades sin el seguro obligatorio de responsabilidad civil legalmente necesario (art. 614) y el uso público e indebido de uniformes, trajes, insignias o condecoraciones oficiales (art. 615).

(6) El art. 602.3 no dice nada acerca de los casos en que no se produce la devolución del vehículo en el plazo señalado en el art. 248, pero cabe pensar que hay apropiación y que, por consiguiente, son aplicables las mismas reglas.

(7) Vid. C. GARCÍA VALDÉS. *El Proyecto de nuevo Código Penal*, pág. 85.

A diferencia de lo que sucede en las previstas en los tres restantes títulos, en este grupo de faltas aparecen impuestas cumulativamente las penas privativas de libertad y pecuniarias (arts. 610, 611 y 613) sin que la gravedad de los comportamientos allí descritos parezca justificar dicha diferencia. Por poner sólo un ejemplo: la imprudencia *grave* con resultado de lesiones se castiga sólo con pena de multa, mientras que la perturbación del orden *leve* se sanciona con arresto y multa.

Igual que en el caso anterior, los comportamientos aquí descritos y siguiendo la línea despenalizadora que se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos <sup>(8)</sup>, no parecen requerir la intervención penal. La sanción administrativa ha de ser suficiente en la mayoría de los casos, con la excepción del supuesto del art. 614, caso en el que aparece como más adecuada la responsabilidad civil.

## 2º. LA DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES ANTERIORES

El PCP propone un Código Penal nuevo. Sin embargo, al no tratarse de una ley de primera regulación, sino de una reestructuración del ordenamiento penal vigente, su aprobación comporta la derogación de una serie de normas anteriores. Desde este punto de vista es una ley de modificación total: se deroga el CP vigente y se sustituye por uno nuevo.

Las cláusulas de derogación son especialmente importantes en este tipo de leyes; a partir de ellas debe ser posible conocer cuál es el derecho vigente a partir del momento de la entrada en vigor de la nueva ley <sup>(9)</sup>.

El PCP contiene una larga Disposición Derogatoria que afecta no sólo al CP vigente sino también a una serie de leyes que contenían disposiciones de carácter penal “cuyo objeto ha sido ya absorbido por el propio Proyecto de Código Penal” según la Exposición de Motivos del Proyecto <sup>(10)</sup>.

Las disposiciones derogadas se pueden dividir en dos grupos: los casos de derogación *total* en los cuales se derogan leyes enteras, y los de derogación *parcial* en los que se derogan algunos preceptos de leyes anteriores.

### a) *Derogación total*

En primer lugar (DD 1. a)) se deroga: el “Texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3.096/1973, de 14 de setiembre, conforme a la

(8) Exposición de Motivos, pág. 58.

(9) Vid. C. VIVER PI-SUNYER, *La parte final de las leyes*, en GRETEL. *Curso de técnica legislativa*, cit. págs. 160 y ss.

(10) Págs. 58-59.

Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores”, hasta aquí todo normal pero luego se añade “excepto el Título VI de su Libro II, referido a los Delitos contra la Hacienda Pública”. Parece que el legislador no se atreve a acometer la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y recurre al extraño procedimiento de dejar en vigor una parte del CP anterior. Esto puede plantear muchos problemas: ¿Qué parte general rige para este grupo de delitos? Al menos parte de la del CP vigente tiene que seguir en vigor puesto que las penas previstas en el Título VI del Libro II no están adaptadas al nuevo sistema de penas previsto en el PCP. ¿Qué reglas de imprudencia regirán, las del viejo o las del nuevo CP? La vigencia de parte del CP anterior no parece ser el mejor sistema posible para el correcto funcionamiento del sistema penal. Con todo, parece que en el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados es posible que los delitos contra la Hacienda Pública se incluyan finalmente en el nuevo CP.

En segundo lugar, la incorporación de las medidas de seguridad al CP (Tít. IV, Lib. I. Arts. 95 y ss) determina la derogación de la “Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias”. (DD. 1 b)).

Por último, se deroga la Ley 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores.

Con la excepción ya señalada de la pervivencia de los Delitos contra la Hacienda Pública, la derogación no plantea problema alguno, pues las leyes aludidas en todos los demás casos dejan de estar en vigor.

#### b) *Derogación parcial*

En este grupo de supuestos la derogación debe de ser mucho más cuidadosa. La tarea de identificación de las disposiciones derogadas es mucho más ardua; pero es una tarea que debe ser llevada a cabo por el legislador el que, por un lado, al haber llevado a cabo los trabajos de preparación, conoce o debe conocer bien las disposiciones que resultan afectadas por la reforma, y por otro, dispone de mayores medios técnicos que el intérprete. Las cláusulas de derogación, en estos casos, deben identificar con absoluta precisión los preceptos derogados. No basta una cláusula genérica, sino que debe identificar exactamente los artículos o párrafos derogados.

El PCP contiene dos grupos de derogación parcial claramente distintos: uno en el que no se identifican con precisión los artículos derogados y un segundo en el que se lleva a cabo dicha identificación.

La DD 1. d) deroga los “preceptos penales sustantivos” de una serie de “Leyes especiales”. En su mayoría se trata de leyes antiguas y en algún caso

de dudosa vigencia. Por ello sería deseable una mayor precisión y la cita exacta de los artículos derogados.

En cambio, la DD 1. e), igual que la anterior, deroga preceptos de otras leyes, pero cita exactamente los artículos derogados.

Por último el PCP contiene una cláusula de derogación genérica: “Quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código” DD 2. Este tipo de cláusulas se desaconseja absolutamente desde el punto de vista de la técnica legislativa. Sólo se admite de forma excepcional cuando el “legislador no ha podido ponderar todos los efectos de la nueva ley”<sup>(11)</sup>.

Dada la importancia de la reforma que se propone sería conveniente que el legislador diera un paso más: elaborar una tabla de las disposiciones penales vigentes que sirviera de punto de referencia cara al futuro. Es decir, que a partir del nuevo CP se tuviera perfecto conocimiento de cuáles son las normas penales vigentes.

La DD del PCP contiene, además, una conversión de delitos en infracciones administrativas: “...Los delitos y faltas previstos en dicha ley, (Ley 1/1.070, de 4 de abril, de Caza) no contenidos en este Código, tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves, sancionándose con multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas y retirada de la licencia de caza, o de la facultad de obtenerla, por un plazo de dos a cinco años”. —DD 1. d)—. Esto es una modificación del derecho vigente y su lugar sistemático correcto no es la Disposición derogatoria sino las Disposiciones Finales<sup>(12)</sup>.

## II. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

En nuestro país la técnica legislativa tiene tradición escasa. Sin embargo, en los últimos años han aparecido una serie de directrices sobre la forma y estructura de las leyes tendentes a mejorar la calidad de las leyes españolas. En este contexto, el 18 de octubre de 1991 el Consejo de Ministros adoptó un acuerdo por el que se aprueban las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley. El Anteproyecto de Código Penal se publica en los primeros meses de 1992 y, en setiembre del mismo año, el Consejo de Minis-

(11) Vid. Carles VIVER PI-SUNYER. La parte final de las leyes, cit., págs. 161-162.

(12) Vid. Carles VIVER PI-SUNYER. La parte final de las Leyes, cit. pág. 158 y GRETEL. Borrador de directrices sobre la forma y estructura de las Leyes. Barcelona 1988. Publicadas por el Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989.

tros acuerda remitirlo al Congreso de los Diputados como Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Ello indica que el Proyecto pudo haberse sometido perfectamente a las Directrices aprobadas por el propio Consejo de Ministros.

### 2.1. Título

Las directrices respecto al Título del Anteproyecto de Ley se cumplen. El título debe indicar la clase y el contenido del Proyecto. El Título del Proyecto lo indica: Clase “Ley Orgánica”; el contenido “Código Penal”. Una vez que el Proyecto se convierta en Ley, el título deberá indicar, además, el número y fecha de la disposición: Ley Orgánica 5/1994, de 15 de febrero, de Código Penal”<sup>(13)</sup>.

### 2.2. Exposición de Motivos y Preámbulo

La parte expositiva de los Anteproyectos y de los Proyectos de Ley se denomina Exposición de Motivos. Su uso, según las directrices aprobadas por el Consejo de Ministros, es obligatorio en todos los Anteproyectos de Ley, y como tal se mantiene en los Proyectos de Ley<sup>(14)</sup>. En el momento de la discusión parlamentaria de un Proyecto de Ley, la Exposición de Motivos, junto a “la documentación o antecedentes complementarios que la naturaleza de cada disposición exija” (Directriz nº 5 CM) puede tener una gran importancia. En efecto, en la Exposición de Motivos deben figurar, breve y concisamente, “los objetivos de éste, aludirá a sus antecedentes y a las competencias en cuyo ejercicio se dicta, ..., así como a su contenido...”.

La Exposición de Motivos del PCP es muy larga. Sin embargo, esto puede explicarse por la envergadura de la reforma que se propone. Se trata de un nuevo Código Penal.

La parte más importante de la Exposición de Motivos explica brevemente las reformas que se proponen y las razones que las justifican. Sin entrar ahora en el contenido, parece correcto que los parlamentarios que tienen que aprobar la Ley tengan a su disposición una breve explicación de las razones que llevan al Gobierno a proponer la reforma del CP. Es más, en este caso incluso sería necesaria mayor información.

(13) Vid. GRETEL. *Borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes*. Cit. Directrices 1 a 6.

(14) El Reglamento del Congreso de los Diputados denomina Exposición de Motivos a la parte expositiva de los Proyectos de Ley (arts. 114.2, 109, 110.5 y 124 del Reglamento del Congreso y 108.1 del Reglamento del Senado). Cfr. Miguel MARTÍN CASALS. *Preámbulo y disposiciones directivas*. En GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, cit., págs. 75 y ss.

La lectura del PCP plantea algunas cuestiones a las que no se da respuesta. Por ejemplo, cuestiones relativas a la practicabilidad de algunas de las propuestas del PCP. Por ejemplo, la practicabilidad de las nuevas penas cortas privativas de libertad y de las medidas de seguridad: En la EM del PCP se dice que “es preciso evitar las penas privativas de libertad de corta duración”. En consecuencia, el PCP no prevé penas privativas de libertad de ejecución ininterrumpida inferiores a seis meses y las sustituye por una nueva modalidad: el arresto de fin de semana. La primera cuestión que se le plantea al lector es: ¿Dónde se cumplirán dichas penas? El art. 34 del PCP responde: “2. Se cumplirá en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado. Excepcionalmente y no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que el arresto de fin de semana se cumpla en depósitos municipales o centros policiales, a solicitud del Ministerio Fiscal, previa audiencia del reo, y siempre que se cuente con la Autoridad de la que dependa el depósito o centro”.

Pero el estado de la mayoría de las prisiones españolas no es un secreto para nadie y es dudoso que el cumplimiento de las penas de arresto de fin de semana pueda llevarse a cabo de una manera eficaz en las actuales prisiones. ¿Qué pasa cuando el establecimiento penitenciario más próximo es la cárcel Modelo de Barcelona o una similar? ¿Están preparados los depósitos municipales o los centros policiales para asumir el grueso de los condenados a arresto de fin de semana? Intuitivamente parece que la respuesta es negativa, pero en la EM del PCP no se da ninguna explicación al respecto. ¿Se ha considerado la posibilidad de cumplimiento en el propio domicilio de la pena de arresto de fin de semana? Ciertamente entonces la pena sería menos dura, pero tendría otras ventajas: supondría menos costes, aunque hubiera que arbitrar medidas de control y, sobre todo, sería más realista. La respuesta a estas cuestiones no es el contenido propio de la EM de un Proyecto de Ley, pero sí de la documentación que debe acompañar a un proyecto de ley. Directriz CM nº 5 “Todos los anteproyectos de Ley deberán llevar Exposición de Motivos, sin perjuicio de la restante documentación o antecedentes complementarios que su naturaleza particular exija (memorias, informes, etc.).

A diferencia de lo que sucede con los Proyectos de Ley, no es imprescindible que las leyes lleven parte expositiva. Pero conviene diferenciar la Exposición de Motivos del Proyecto de la parte expositiva de la Ley.

— En primer lugar, debe recibir un nombre distinto. De las dos denominaciones utilizadas en la práctica para designar la parte expositiva de la Ley —Exposición de Motivos y Preámbulo— parece preferible la segunda; ello permite distinguirla de las partes expositivas de los Proyectos: La Expo-

sición de Motivos es la parte expositiva de un Proyecto de Ley; el Preámbulo es la parte expositiva de una Ley.

— En segundo lugar, el contenido del Preámbulo es distinto del de la Exposición de Motivos, a diferencia de lo que sucede en la práctica en que muchas veces la EM del Proyecto se convierte en Preámbulo de la Ley<sup>(15)</sup>. El Preámbulo debe usarse restrictivamente y debe declarar “breve y concisamente los objetivos de la Ley”, sólo debe aludir a los antecedentes y competencias “si es preciso para la comprensión del texto legal” y debe evitar “exhortaciones, declaraciones didácticas o laudatorias y otras análogas”<sup>(16)</sup>.

### III. SISTEMÁTICA Y DIVISIÓN

Desde el punto de vista sistemático, el PCP, como ya lo era el CP, es correcto. El PCP empieza por la Parte General para seguir con la Parte Especial (los delitos y faltas). Dentro de la Parte especial los distintos temas se desarrollan de forma jerárquica y ordenada y se introduce algún cambio respecto al CP vigente<sup>(17)</sup>.

El Libro I contiene la Parte General: “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal”. El Libro II contiene los “Delitos y sus penas”. En este Libro el PCP propone una ordenación de los delitos distinta a la contenida en el CP vigente, pero que coincide, en términos generales, con la sistemática utilizada en muchos manuales de Parte Especial: “El Libro de los delitos modifica el orden de los mismos, siguiendo la pauta marcada por los Proyecto y Propuesta de 1980 y 1983, y comienza por los delitos contra la vida, como máximo bien del hombre, continuando por todos los delitos que tienen por objeto los bienes y derechos fundamentales, de naturaleza individual. Seguidamente se tratan los delitos que tienen trascendencia para la vida en colectividad (...), para la organización del Estado (...); para el sistema político y constitucional. La inversión valorativa que se produce respecto al Código Penal vigente es, pues, claramente percible: la escala de valores comienza en el individuo y termina en la Comunidad internacional”<sup>(18)</sup>.

(15) Vid. Miquel MARTÍN I CASALS. *Preámbulo y Disposiciones Directivas* en GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, cit., págs. 76 y ss. y GRETEL, *Borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes*, cit. Dir. nº 7 y ss.

(16) GRETEL, *Borrador de directrices*, cit. dir. nº 9.

(17) Sobre sistemática de las leyes vid. M. Teresa CASTIÑEIRA. *Sistemática y división de las leyes*, en *Curso de Técnica Legislativa*, cit., págs. 115 y ss.

(18) Exposición de Motivos, pág. 25.

Desde el punto de vista sistemático no cabe duda de que hay un criterio de ordenación claro, que, al margen de algunos problemas puntuales, se sigue en toda la ley y coincide con el expuesto en la EM.

La división presenta algunos problemas que se pueden resolver en la fase de discusión parlamentaria. El criterio de división ha de ser el mismo en todas las leyes y, por supuesto, dentro de la misma ley. El PCP tiene dos grandes partes: la Exposición de Motivos y la Parte Dispositiva. Siguiendo la tónica de la mayoría de las leyes españolas estas dos partes no se separan con claridad, sino que, a juzgar por la tipografía el PCP se divide en: Exposición de Motivos, Libro I, Libro II, Libro III, Disposición derogatoria, Disposiciones transitorias, Disposiciones adicionales y Disposición final. Entre la Exposición de Motivos y el Libro I se intercala un Título preliminar, que aunque pertenece a la parte dispositiva, no queda claramente integrado en ninguna de las dos. El CP debería dividirse así:

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **PARTE DISPOSITIVA**

#### **LIBRO I**

#### **LIBRO II**

#### **LIBRO III**

#### **DISPOSICIÓN DEROGATORIA**

#### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

#### **DISPOSICIONES ADICIONALES**

#### **DISPOSICIÓN FINAL.**

Es decir, habría que distinguir claramente la Parte Expositiva y la Parte Dispositiva, que comprende los tres Libros en que se divide el PCP más el bloque de disposiciones finales.

Si el Preámbulo es muy largo, o la Exposición de Motivos en los Proyectos de Ley, puede dividirse en apartados. Para indicar el comienzo de cada uno se utilizarán números cardinales arábigos<sup>(19)</sup>. En la Exposición de

(19) Así se recomienda tanto en las Directrices del CM (nº 7) como en GRETEL. *Borrador de directrices*, cit. (nº 16).

Motivos del PCP se utilizan números romanos. Esto sólo es importante para la uniformidad de todas las leyes.

La parte dispositiva “se podrá dividir en Libros, Títulos, Capítulos y secciones y artículos. *No se pasará de una a otra unidad de división con omisión de alguna intermedia*”<sup>(20)</sup>. La Parte expositiva del PCP se divide en un Título Preliminar y tres Libros, además del bloque de disposiciones finales. El Título Preliminar debería integrarse en el Libro I del futuro CP.

El uso de los Libros se reserva para los Códigos y leyes similares. Por eso es totalmente correcta su utilización en el PCP, que mantiene además los tres Libros en que está dividido el CP vigente. Cada uno de ellos responde a partes perfectamente diferenciadas. Lo mismo sucede, en términos generales, con los Títulos, Capítulos y secciones. Por eso vamos a detenernos en el artículo.

El artículo es la unidad básica y la única que existe en todas las leyes; se numera consecutivamente y su numeración no se altera en ningún caso, aunque al artículo se superpongan secciones, Capítulos, Títulos, y a diferencia de lo que sucede con estos últimos<sup>(21)</sup>. Para la redacción de los artículos hay una serie de reglas que tratan tanto de su configuración tipográfica como de la división del mismo.

a) Numeración: “Los artículos se numerarán en cifras”. Así se hace en el PCP. En cambio, la siguiente directriz no se sigue, o lo que es peor, no se sigue siempre: “La indicación de artículo y su número se situarán en el margen izquierdo de la línea superior a la del texto del artículo”. El PCP lo hace a veces, pero en cambio, otras sitúa la indicación de artículo y su número en la primera línea del artículo, y esto sucede constantemente. Por ejemplo: la indicación de Artículo 144, 145, 146 y 147, está situada en la primera línea del artículo, en cambio la indicación del artículo 148 está situada en la línea superior, o en las páginas 160-161 del Proyecto publicado por el Ministerio de Justicia parece que se pase del artículo 356 al 360. Los casos en que la indicación de Artículo y su número se colocan en la misma línea que el texto del artículo suelen coincidir con artículos de párrafo único en los que no es necesario añadir a la indicación y número del artículo, la cifra indicadora del párrafo, con alguna excepción, como el art. 372, que, sin embargo, debería estar dividido en párrafos. Basta hojear el PCP para darse cuenta de que la segunda es más clara, y permite distinguir claramente la indicación del texto del artículo, y además localizar los artículos con mayor rapidez.

(20) Directrices CM (nº 12) y GRETEL. Borrador de directrices, cit. (nº 17).

(21) Vid. M.T. CASTIÑEIRA. *Sistemática y División de las Leyes*, en GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, cit., págs. 126 y ss.

b) Título. Es frecuente en las leyes de algunos países extranjeros, que los artículos lleven un título —piénsese, por ejemplo, en el StGB—. Titular los artículos tiene dos grandes ventajas la primera de las cuales es muy importante en el ámbito penal, en el que las leyes deben estar redactadas con el máximo rigor y precisión posibles: la primera es que obliga a una mayor precisión en la redacción de las leyes, ya que, obviamente, el título debe coincidir con el contenido del artículo. La segunda es que simplifica notablemente la división. Por ejemplo: el Título XV del Libro II, tiene 11 artículos y está dividido en cinco Capítulos. Si a ello se añade el título del artículo se produce una reiteración de títulos que, probablemente, tendría más inconvenientes que ventajas. En cambio, es relativamente fácil prescindir de la división en Capítulos y poner título a los artículos. Esto obligaría a replantear toda la división de la parte dispositiva del PCP<sup>(22)</sup>.

c) División. Frecuentemente los artículos están divididos en párrafos indicados mediante cifras cardinales arábigas. Hay algunas excepciones, por ejemplo, el artículo 172, relativo al delito de violación, debería tener dos párrafos, uno para el delito doloso y otro para el delito imprudente; el artículo 372 debería tener tres y, aparentemente, sólo tiene uno; en ambos casos queda la duda de si no se han dividido, o no se han numerado.

En cambio, la división de los párrafos presenta muchas más variaciones. Igual que sucede en muchas otras leyes españolas la división del párrafo se indica de formas distintas, lo cual induce fácilmente a error. La división del párrafo, que normalmente coincide con enumeraciones se indica: a veces con cifras ordinales arábigas, por ejemplo, arts. 19, 20, 21 art. 93, art. 113. Otras veces utilizando letras minúsculas: arts. 30 y 363, por ejemplo. Otras veces se usan cardinales arábigos, es decir, el mismo sistema utilizado para indicar la división del artículo en párrafos; por ejemplo los arts. 31, 136 y 602, son artículos de párrafo único, quizá por eso ha habido una confusión en el sistema de indicación de las subdivisiones del párrafo. Aquí es conveniente usar un tipo de indicación igual en todos los artículos y, probablemente, distinto de cualquiera de los utilizados en el PCP. La propuesta de las directrices españolas para la división de los párrafos es la siguiente: los párrafos pueden dividirse. “Los miembros de la división irán precedidos de letras minúsculas ordenadas alfabéticamente y tabuladas”<sup>(23)</sup>.

Se puede preguntar por qué letras minúsculas y por qué tabuladas. Lo primero puede considerarse arbitrario aunque no lo es del todo. Si se usan

(22) Vid. M. Teresa CASTIÑEIRA. *Sistemática y División de las leyes*, en GRETEL. *Curso de técnica legislativa*, cit., págs. 128-129. *Directrices del CM*, cit. n° 14. GRETEL. *Borrador de directrices*, cit. n° 22. 3.

(23) *Directrices del CM* n° 18; GRETEL. *Borrador de directrices* n° 22. 5.

letras se distingue con mayor claridad el párrafo de su subdivisión que utilizando cifras. Con todo, lo más importante es que se use siempre el mismo sistema para la división del párrafo. En cambio la tabulación permite visualizar mucho más fácilmente los párrafos y sus divisiones. Un ejemplo: las páginas 70 y 71 del PCP —Edición del Ministerio de Justicia— producen una sensación de desorden: no se trata ya de que no se distingan los párrafos de sus subdivisiones, sino que hay que fijarse bien para ver dónde acaba un artículo y dónde empieza el siguiente. Si las subdivisiones de los párrafos del art. 30 se hubieran tabulado sería mucho más claro:

#### Artículo 30

1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.
2. Son penas graves:
  - a) La prisión superior a dos años,
  - b) la inhabilitación absoluta,
  - c) las inhabilitaciones especiales de duración superior a tres años,
  - d) la suspensión de empleo o cargo público de duración superior a tres años,
  - e) la privación del derecho a conducir vehículos a motor por más de seis años, y
  - f) la privación del derecho a residir en determinados lugares superior a tres años.
3. Son penas menos graves: etc.:

#### Artículo 31

No se reputarán penas:

- a) La detención y prisión preventiva,
- b) la suspensión de empleo o cargo público acordada durante el proceso o para instruirlo,
- c) la suspensión cautelar del permiso para conducir vehículos a motor acordada durante el proceso,
- d) las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados, ni
- e) las privaciones de derechos y las reparaciones sancionadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

En resumen, la división de los párrafos es el punto más débil del PCP desde el punto de vista de las reglas de sistemática y división. La mejora de éstos, junto a una uniformidad en el modo de indicar los artículos permitiría ofrecer un texto mucho más manejable.