

NOTICARIO

JORNADAS SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL. ANTEPROYECTO DE 1992

ORGANIZADAS POR EL INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA Y EL AREA DE
DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA.
14, 15 y 16 DE MAYO DE 1992

Jueves, 14 de mayo

La primera de las Mesas de la mañana del 14 de mayo tuvo como objeto la exposición de los principios generales que inspiran el anteproyecto de Código Penal de 1992. El primero de los intervinientes, el profesor García Valdés, comenzó haciendo un resumen del proceso de reforma del Derecho Penal español a partir del cambio de la situación política española, poniendo de relieve la conexión existente entre Política y Derecho Penal, y aludiendo fundamentalmente a los textos de 1980 y 1983, hasta llegar finalmente al Anteproyecto de Código Penal de 1992, objeto de las presentes jornadas, del que describió sus rasgos más sobresalientes. Se detuvo especialmente en las consecuencias jurídicas derivadas del delito, haciendo mención de los nuevos límites máximos de las penas privativas de libertad (20 años), si bien hay que tener en cuenta que se suprime la redención de penas por el trabajo; límites máximos que se superan en los delitos especialmente graves, como los de terrorismo. A continuación, puso de relieve las novedades que, en materia de consecuencias del delito, introduce el Anteproyecto de 1992, tales como el arresto fin de semana y los sustitutivos penales. Destacó también el profesor García Valdés que las causas de atenuación y exención de la pena en materia de terrorismo previstas en el A. 92, además de no ser una medida nueva en la legislación penal española, constituyen un instrumento eficaz en la erradicación de la delincuencia de las organizaciones armadas. Por último, y para acabar esta exposición general de los rasgos más sobresalientes del A. 92,

manifestó su opinión favorable al mantenimiento de la exención de responsabilidad penal sólo hasta los 16 años.

En opinión del segundo de los ponentes, el profesor Berdugo Gomez de la Torre, el A. 92 trata de recoger la discusión y las aportaciones de la doctrina durante la última década para tratar de mejorar el viejo texto penal español. Centró su intervención en el Título Preliminar del A. 92, que siguiendo la línea del P. 1980 y de la PANCP de 1983, contiene los principios fundamentales sobre los que se basará el nuevo Derecho Penal español, principios que son el de *legalidad*, el de *culpabilidad*, el de *exclusiva protección de bienes jurídicos* y el de *ultima ratio*. A continuación, el profesor Berdugo abordó las novedades que contiene la regulación de algunas cuestiones concretas de la Parte General, tales como el error, la autoría y participación y el *iter criminis*. En cuanto al error vencible de prohibición, el A. 92 lo castiga como delito imprudente, lo cual no supone, en opinión del profesor Berdugo, optar por una posición dogmática determinada; tampoco se pronuncia el nuevo texto sobre la naturaleza del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. La nueva regulación de la autoría y de la participación contiene algunas mejoras esenciales sobre el texto actual, tales como la previsión expresa de la autoría mediata, la nueva redacción del actuar en nombre de otro y la desaparición del encubrimiento, que pasa a regularse en la Parte Especial. Finalmente, y por lo que al *iter criminis* se refiere, destacó la positiva supresión de la distinción entre tentativa y frustración y la configuración, en su opinión, del desistimiento como elemento del tipo.

El tercero de los ponentes, el profesor Quintero Olivares, trató de clarificar en su intervención cuál había sido la voluntad político-criminal que guió a la Comisión en la elaboración del Anteproyecto de 1992.

A su juicio, la política criminal contenida en el A. 92 no es otra que la que en ocasiones explícitamente y en otras implícitamente se deriva del texto constitucional. Más concretamente se refirió a lo que, a su entender, son las manifestaciones más claras del tipo de política criminal que orienta el A. 92: a) el principio de intervención mínima, que ha llevado, entre otras cosas, a la reducción del ámbito de algunos de los tipos hoy vigentes, y b) el principio de *última ratio*, del que son clara manifestación tanto la no incriminación de conductas respecto de las cuales basta con la sanción administrativa (así, en el caso de algunos de los actuales delitos contra la función pública), cuanto la desaparición de tipos tradicionales que, como el parricidio, habían perdido su razón de existir.

Con carácter general afirmó que la Comisión se había esforzado en ser el instrumento catalizador de la opinión mayoritaria que, a su juicio, era en definitiva la plasmada en el texto.

Por último, intervino el profesor Vives Antón, para quien el Código Penal, en la medida en que establece los límites de los derechos y habilita para el uso, frente a los concretos infractores, del recurso más fuerte de que dispone la coacción estatal —la pena—, es una especie de «constitución negativa», que precisa de un consenso aún más fuerte, profundo y concreto que la positiva: para imponer sanciones graves se precisa una convicción mayor para declarar derechos.

Ese consenso se ha obtenido en el seno del Consejo General del Poder Judicial, y ha recaído sobre tres principios, aceptados con todas sus consecuencias: *legalidad* (seguridad jurídica, certeza del derecho), *intervención mínima* (no imponer más penas que las estrictamente necesarias) y *prevención general racional*, esto es, generalizable.

La ulterior elaboración del Código deberá transcurrir en el mismo clima de reconciliación que presidió la de la Constitución de 1978, pues sólo así se obtendría el grado de legitimidad necesario para castigar.

La primera sesión de la tarde del jueves día 14 de mayo tuvo por objeto la regulación de los delitos contra las personas en el A. 92. A ello dedicaron su intervención los profesores Mir Puig y Carbonell Mateu.

Finalmente, intervino también el profesor Morales Prats, que adelantó su ponencia relativa a los delitos contra la intimidad, en principio prevista para el sábado, día 16 de mayo.

El profesor Mir Puig abordó en su intervención determinadas cuestiones concretas que se plantean en el ámbito de los delitos contra las personas.

En primer lugar, llevó a cabo un análisis comparativo de las penas previstas en el Anteproyecto y las actualmente aplicables a los mismos delitos, concluyendo que pese a la aparente disminución de las mismas ésta no se traduce en una reducción en términos reales, entre otras causas por la supresión de la redención de penas por el trabajo, hoy de aplicación prácticamente automática.

En segundo lugar, se refirió, tras una breve exposición del actual estado de la cuestión, al tratamiento que recibe en el A. 92 el asesinato del pariente. A su juicio, la respuesta viene condicionada por el entendimiento que se haga del concepto de «circunstancia genérica» contenido en el art. 144 del A. 92. Tres son, desde su punto de vista, las interpretaciones posibles. No obstante, los desajustes punitivos a que lleva una de ellas, así como el escaso apoyo que en el tenor literal de la ley encuentra otra de las posibles, le hizo decantarse por aquella en la que, en el caso de concurrir varias circunstancias, se opta por calificar como genérica la que siendo de las previstas en el tipo del asesinato — art. 143— no hubiera sido la elegida para calificar la conducta como tal asesinato.

En tercer lugar, se refirió a los tipos de auxilio e inducción al suicidio y conductas con él relacionadas, que le merecieron, sin perjuicio de ciertas matizaciones, una valoración global positiva, mostrando asimismo su aprobación a la previsión de una pena superior para el inductor del suicida por cuanto hace nacer en éste la voluntad de morir.

Finalmente, hizo una breve referencia al llamado homicidio imprudente consentido, que a su juicio debe quedar impune en la medida en que el hecho de optar por vivir peligrosamente debe verse como una manifestación más del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A continuación, intervino el segundo de los ponentes, el profesor Carbonell Mateu, para quien la regulación de los delitos contra la vida en el A. 92 supone un importante avance en la línea de cumplir con la función que corresponde al legislador en un Estado Democrático y de Derecho: que no es otra que la de castigar sólo las conductas que atentan contra valores fundamentales como la libertad, y sólo en la medida necesaria, abandonando criterios basados exclusivamente en la ética o en reproches morales. Así, ha de ser bien acogida la supresión de los delitos de parricidio e infanticidio. Sin embargo, el A. 92 no avanza lo suficiente en la línea indicada, al mantener el asesinato, especialmente cuando concurre la alevosía, y al otorgar un grave efecto cualificador a la concurrencia de dos o más agravantes genéricas.

Para el profesor Carbonell, las conductas relacionadas con el suicidio ven atenuadas considerablemente las penas, si bien habría sido mucho mejor la despenalización, pues la protección de la vida contra la voluntad de su titular no resulta acorde con la línea de tutela de las libertades a las que antes se ha aludido. También resulta criticable la contemplación de la eutanasia desvinculada del derecho al suicidio. Por último, para el profesor Carbonell sería necesario acometer con decisión la regulación de los supuestos de no punición del aborto, considerando que la solución más acertada sería la del plazo.

Por su parte, el profesor Morales Prats llevó a cabo un análisis pormenorizado de cada uno de los preceptos contenidos en el Título IX del Anteproyecto (delitos contra la intimidad y el domicilio), considerando que, en general, suponen una mejora respecto a la regulación actualmente vigente.

No obstante, merecen destacarse las matizaciones que hizo respecto de determinados extremos que a su entender debían ser revisados: Así, en el art. 194.1 afirmó la necesidad de un tratamiento típico diferenciado del apoderamiento de secretos documentales de un lado, y del control auditivo y/o visual clandestino, porque a ello obliga el diverso carácter insidioso de los medios empleados. Por lo que se refiere al párrafo 2 del mismo precepto, consideró que la conducta típica apoderamiento de datos ya registrados en fichero automatizado no satisface las necesidades de tutela de la privacidad informática en el ciclo operativo de los ficheros automatizados. A su entender, también debe cuestionar-

se la tipificación de las conductas previstas en el art. 197, manifestándose partidario de la supresión del precepto por entender que los ilícitos en él contenidos ya tienen una respuesta adecuada en la ley de Protección Civil del honor, la intimidad y la propia imagen, Ley de 5 de mayo de 1982.

Respecto a los restantes tipos, entendió que la labor realizada era digna de elogio, ya por responder a posiciones político-criminales coherentes —arts. 194.3 o 194.4—, ya por ampliar acertadamente el círculo de sujetos protegidos —art. 195.1—, o por colmar lagunas de punibilidad —art. 195.2—, o finalmente, por suponer una siempre bienvenida mejora de carácter técnico —arts. 192 y 199—.

La segunda de las sesiones de la tarde del día 14 tuvo como objeto los delitos contra la libertad sexual, de los que se ocuparon los profesores Díez Ripollés y González Rus; y los delitos contra el honor, que fueron tratados por el profesor Landrove Diaz.

Comenzó la sesión el profesor González Rus, para quien las principales modificaciones contenidas en el A. 92, respecto de la regulación vigente, son las siguientes:

1. Los delitos contra la libertad sexual aparecen en el Título VII, después de los delitos contra la libertad y seguridad, resaltando, por consiguiente, la relación entre una y otra en términos mucho más claros que en la sistemática del Código vigente.

2. Se mantiene la misma rúbrica legal (Delitos contra la libertad sexual), alterando el orden de los capítulos y mejorando la sistemática actual. Desaparece el rapto, que será castigado, en su caso, como una detención ilegal más.

3. La violación (art. 178) mantiene un concepto y estructura semejante a la vigente, con la importante diferencia que supone, sin embargo, el extraer el acceso por vía bucal, que, acertadamente, se incluye dentro del tipo agravado de agresiones sexuales violentas (art. 179.2). Se mantiene la delimitación de sujetos activo y pasivo (persona), el núcleo de la conducta típica (acceso carnal por vía vaginal o anal), con la salvedad hecha, y la distinción entre la violación propia (núm. 1) y las de persona privada de razón o sentido y menor de doce años (núms. 2 y 3). Se castiga expresamente la comisión imprudente en estos dos últimos casos (uno o dos grados menos). La pena de violación dolosa (ocho a doce años) es prácticamente equivalente a la actual; no así la imprudente, que resulta más gravemente sancionada.

4. Salvo la inclusión del acceso por vía bucal, ninguna diferencia se contiene en la regulación de las agresiones sexuales violentas (art. 179). La pena, tanto para el tipo básico como para el agravado, es equivalente a la actual. No se sanciona ningún comportamiento culposo.

5. Tampoco sufre alteraciones significativas la regulación del estupro (arts. 180-182), manteniéndose, en los términos vigentes y salvo mejoras de redacción, el estupro de prevalimiento, el estupro incesto, el estupro engaño y las agresiones sexuales no violentas. La pena señalada en los respectivos casos es equivalente a la actual.

6. Las disposiciones comunes mantienen los presupuestos político criminales que inspiran la regulación vigente. Se mantiene la persecución mediante denuncia y se reitera la ineficacia del perdón (salvo para el exhibicionismo ante mayores de dieciséis años, art. 190). Se simplifica la regulación de las inhabilitaciones (art. 191), modificándose la agravación para ascendientes, tutores, etc., que ya no afecta sólo a los cómplices, sino que supone una agravación general (mitad superior de la pena) para autores y cómplices. Se mantiene la previsión sobre responsabilidad civil (art. 191.4). Desaparece la referencia a la extraterritorialidad.

Como conclusión general, el profesor González Rus manifestó que el nuevo texto, manteniendo una gran continuidad con la regulación vigente, mejora la sistemática y la redacción, aunque haya aspectos que merecen una consideración más detenida. Probablemente, la virtud principal de la normativa propuesta sea la eliminación del acceso por vía bucal del ámbito de la violación, lo que permitirá superar los problemas interpretativos que provoca la situación actual.

El profesor Díez Ripollés centró su intervención esencialmente en la nueva regulación de los delitos de estupro, en las conductas de exhibicionismo y provocación sexual y en los delitos relativos a la prostitución.

Por lo que se refiere a los delitos de estupro, se mostró partidario de mantener en la nueva regulación sólo el delito de estupro de prevalimiento y hacer desaparecer el fraudulento, pareciéndole además correcto el mantenimiento en el artículo 180, párrafo 2.º del A. 92 de la figura del estupro-incesto como un tipo agravado del estupro de prevalimiento. Por lo demás, estimó conveniente la extensión del delito de estupro a aquellos casos en los que si bien el sujeto objeto de la conducta es mayor de edad, se encuentra sometido a una relación de dependencia, como sucede, por ejemplo, en las situaciones de internamiento penitenciario.

En cuanto a las conductas de exhibicionismo y provocación sexual, si bien la regulación del A. 92. recoge las líneas básicas de la reforma de estos delitos acaecida en 1988, contiene todavía referencias a términos valorativos y ambiguos que deberían desaparecer, tales como el calificativo de obsceno utilizado en la descripción de la conducta de exhibicionismo. Tampoco acaba de entenderse la referencia contenida en el art. 184 al carácter malicioso de la difusión, venta o exhibición de material pornográfico.

Por último, el profesor Díez Ripollés denunció la regulación de los delitos relativos a la prostitución contenida en el A. 92 por perpetuar los defectos técnicos y el carácter moralizador que caracteriza a la regulación vigente de esta materia. A su juicio, sólo deberían castigarse tres tipos de conductas: el ejercicio de la prostitución por personas carentes de capacidad, el realizado en contra de la voluntad y el llevado a cabo voluntariamente pero sometido a condiciones de dependencia respecto de un tercero.

Finalmente, el profesor Landrove Díaz abordó la regulación de los delitos contra el honor en el A. 92. En su opinión, parece algo más que discutible la huida hacia el Derecho Penal que informa la redacción del Título, *criminalizador de conductas que, hasta ahora, ni siquiera constituyen ilícitos civiles*. La tipificación que se ofrece rompe con la tradicional regulación española e introduce un impresentable delito de difamación (art. 205).

Se mejora la definición de la calumnia, pero resulta de dudosa utilidad el art. 202. En términos no excesivamente generosos se da cabida a la retractación. La pretensión contenida en el art. 212, de «universalizar» la aplicación del Código Penal español resulta inadmisibile.

Viernes, 15 de mayo

La primera de las Mesas del viernes 15 de mayo versó sobre los delitos contra el orden socio-económico, y en ella intervinieron los profesores García-Pablos, Jorge Barreiro, Martínez Pérez y Terradillos Basoco.

El profesor García-Pablos inició su intervención haciendo una serie de consideraciones de índole criminológica sobre este tipo de delitos, alguna de las cuales precisaría con más detalle a lo largo de la misma.

Así, insistió en la necesidad de regular estos delitos sin perder de vista el perfil criminológico de sus sujetos activos, perfil que se aparta sustancialmente del estereotipo del delincuente común y que le sitúa en una posición sin duda privilegiada. Por otro lado, tampoco debe olvidarse la tendencia a presentar estos delitos como un negocio más de la cadena de actividades económicas realizadas por un sujeto que, además, es experto en buscar los resquicios e interpretaciones de la ley que pudieran favorecerle.

Finalmente, se refirió a la nada despreciable cifra negra de delincuencia que se da en estos delitos, así como a la necesidad de evitar la pena consistente en sanciones pecuniarias, de escasa virtualidad preventiva por cuanto quien habría de sufrirlas se limita a repercutir su cuantía en el precio final del producto. Por otra parte, entendió que

eran cuestionables los supuestos obstáculos a la imposición para estos casos de penas privativas de libertad.

El profesor Martínez Pérez se ocupó seguidamente de los delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts 281-285). Ubicados en el cap. XII, tit. XII, su colocación sistemática es correcta, siendo conveniente subdividir el Capítulo en secciones por la diversidad de bienes jurídicos protegidos.

La novedad más relevante es la introducción de genuinos delitos contra los consumidores. Estos serían, sin duda, los incluidos en los arts. 281 y 282. En el art. 281 se tipifica el detraer materias primas o productos de primera necesidad. Su creación resulta adecuada. El precepto reproduce exactamente el contenido del 285 de la PANCP, con la única salvedad (acertada, en principio) de matizar la descripción del elemento subjetivo. La estructura típica de resultado cortado es correcta. También es acertado el tipo cualificado, sancionado ahora con la (más adecuada) pena superior en grado.

En el art. 282.2. se tipifica el facturar cantidades superiores mediante aparatos automáticos. Juicio favorable en principio. Existen preceptos parecidos en la legislación comparada, aunque éstos guardan una afinidad mucho mayor con las normas que se preveían en el PLOCP y en la PANCP. La figura ahora propuesta posee una mayor concreción y taxatividad. Sin embargo, pudiera objetarse que la órbita típica queda bastante recortada, permaneciendo fuera de ella buen número de conductas constitutivas de fraude para el consumidor. Debe valorarse la previsión de un sujeto activo indiferenciado y también la inclusión del especial elemento subjetivo del injusto (preferiblemente con otra expresión). La penalidad resulta ahora más proporcionada a la gravedad del hecho.

En el art. 282-2 se sanciona también la publicidad engañosa. Creación acertada, pues es la figura más importante entre las genuinas infracciones de consumo. Castigada en otras legislaciones europeas y prevista también en el PLOCP y la PANCP. Con relación a tales proyectos ofrece novedades. Se añade el término «manifestaciones» al vocablo «alegaciones», lo cual merece un juicio favorable. Se incluye la palabra «ofertas» como disyuntiva de «publicidad», lo que responde a la idea de ensanchar el tipo; no obstante, el vocablo parece superfluo. Otra innovación es requerir la susceptibilidad de «perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado» en el lugar de la idoneidad para «inducir a grave error al consumidor». La renuncia a este último requisito parece acertada (aunque el tema sea opinable) y la exigencia del perjuicio notorio para los consumidores más adecuada; sin embargo, la referencia alternativa al perjuicio para los competidores no resulta conveniente. Otra novedad es haber suprimido toda referencia a las características de los productos o servicios anunciados; ello merece un juicio desfavorable,

desde el punto de vista del principio de la taxatividad. Con relación a la penalidad hay que acoger favorablemente la mayor severidad de las sanciones. Finalmente, la desaparición del tipo cualificado no parece correcta.

En el art. 283 se recoge el delito de alteración de los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, figura prácticamente idéntica a la contenida en el vigente art. 540. La colocación sistemática que se propone es plenamente correcta. En la acción se elimina la cláusula general («usando cualquier otra maquinación»), pero en cambio se introduce una nueva modalidad específica (la de utilizar información privilegiada). La redacción del A. 92 parece preferible desde diversas perspectivas. En cuanto, a la penalidad, las sanciones se rebajan sensiblemente, lo cual carece de justificación; rebaja que se hace más palpable si se tiene en cuenta que se opta por suprimir (de forma discutible) el tipo cualificado que en la actualidad se contempla en el art. 541. Por último, el 283 contiene en su inciso final un expreso reconocimiento del concurso de delitos, con el cual se toma partido en una cuestión debatida en la doctrina.

El art. 284 contiene el delito de prácticas restrictivas de la competencia, que reproduce con redacción prácticamente idéntica el correspondiente precepto de la PANCP. Es novedad introducir una pena de prisión alternativa a la pena de multa, que era la única que se establecía en el texto de 1983. La técnica de tipificación utilizada (similar a la situación actual) se distancia de la seguida en el PLOCP y debe considerarse preferible. Ahora bien, sería conveniente conjugarla con otros criterios complementarios de tipificación en la línea seguida por el Proyecto alternativo alemán, previendo, en consonancia con tales criterios, una pena más severa.

En el art. 285 se contempla la publicación de la sentencia, sanción habitual en el Derecho comparado. Es novedad (que merece ser alabada), con relación a los proyectos anteriores, la generalización de la misma como medida aplicable a toda clase de delitos contenidos en el Capítulo. También hay que valorar la indicación de que la reproducción de la sentencia se haga «a costa del condenado», con lo que se corrige una deficiencia. Sin embargo, debería exigirse expresamente que se trate de una sentencia «firme». La sanción sigue sin figurar en el catálogo de sanciones de la Parte general.

En cualquier caso, hay que criticar la supresión de otras penas y medidas, conocidas en la legislación comparada y específicamente ideadas para este tipo de infracciones. Esta supresión (que afecta, en general, a toda la regulación de los delitos socioeconómicos) constituye uno de los defectos más notables del A. 92.

El profesor Jorge Barreiro abordó la regulación que del secreto industrial se hace en los arts. 279 y 280 del A. 92, tras hacer una breve

referencia al actual delito de descubrimiento y revelación de los secretos previsto en el art. 499 del C.P.

En cuanto al bien jurídico, lo concretó en la protección de la capacidad competitiva de la empresa; de ahí que del A. 92 se derive claramente la necesidad de un claro atentado contra aquella capacidad competitiva; y de ahí también que se ubique sistemáticamente en el Título de delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores.

Especial atención le mereció la problemática que plantea el artículo 280, en cuanto que resucita la vieja cuestión de que si el trabajador está obligado a seguir guardando el secreto después de finalizada su relación laboral. Tal precepto trata pues de cubrir la laguna punitiva a la que ya Groizard aludiera. No obstante, parece, a juicio del profesor Jorge Barreiro, preferible la solución adoptada en este punto por el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83.

Finalizó su intervención haciendo una breve alusión a los principios político-criminales que debieran inspirar la regulación de los delitos societarios, así como afirmando la conveniencia de establecer penas privativas de libertad de un modo mesurado ante la ineficacia para tales delitos de penas privativas de libertad más graves e, incluso, abogó por la conveniencia de dar entrada como penas principales a otras de naturaleza distinta, como puede ser la inhabilitación o, en su caso, la imposición de medidas de seguridad de naturaleza no criminal.

El profesor Terradillos Basoco dedicó su intervención al análisis del Capítulo de nueva creación que bajo la rúbrica «Delitos contra los Derechos de los Trabajadores» (Cap. XIV), reúne las distintas conductas que atentatorias para tales derechos se encuentran hoy dispersas a lo largo del C.P. vigente, si bien junto a ellas se tipifica *ex novo* el delito de discriminación laboral al tiempo que desaparece la protección hasta el momento otorgada a la libertad sindical y al derecho de huelga.

Siguiendo el orden establecido en el Cap. XIV, inició el análisis de los tipos abordando las conductas previstas en el art. 287, delito especial, que por el tratamiento de que ha sido objeto planteará, sin duda, lagunas de punibilidad. Por otra parte, la referencia expresa al «engaño» implica la necesidad adicional de que éste concorra junto con el dolo.

Respecto al art. 288, en él que se reproduce la fórmula actual en lo relativo al tráfico ilegal de mano de obra y por tanto, a su juicio, deben reproducirse las críticas que vienen haciéndosele a la regulación todavía vigente. Se trata de una tipificación que a juicio del profesor Terradillos Basoco, hay que calificar de escueta por no contemplar la amplia gama de modalidades que puede revestir el tráfico ilegal de mano de obra. Además, habría que sumar a ello la crítica desfavorable que merecen las dos nuevas fórmulas introducidas en el párrafo 2.º de este ar-

título, por cuanto suponen una discordancia valorativa en lo que a las penas se refiere en relación con las estafas.

Por lo que respecta al art. 290, en él se inscribe lo que quizás sea la novedad más importante en esta materia: el delito de discriminación laboral.

También hizo referencia a otras conductas que, relacionadas con la cuestión a que venimos refiriéndonos, aparecen, sin embargo, enclavadas en otros Títulos del Anteproyecto; así, la conducta del que hiciere ineficaces maliciosamente los derechos económicos de los trabajadores en caso de crisis de empresa: art. 261.1.2.^a (dentro de las insolvencias punibles).

La segunda de las Mesas de la mañana del día 15 estuvo dedicada a los Delitos patrimoniales contenidos en el Tit. XII del A. 92, y en ella participaron los profesores Bacigalupo, Huerta Tocildo, Octavio de Toledo y Zugaldía Espinar.

El profesor Zugaldía Espinar comenzó su intervención criticando el que se agruparan bajo una sola rúbrica conductas que presentan una gran disparidad entre sí. De ahí su propuesta sobre la conveniencia de castigar en Títulos separados los delitos patrimoniales y los delitos sobre el orden socio-económico, cuya esencia no radica en la producción de perjuicios patrimoniales que no vienen, además, exigidos por aquella. Asimismo, tampoco tiene justificación la inclusión bajo esa rúbrica de los delitos contra la propiedad, que, a su juicio, se diferencian tanto de los delitos patrimoniales como de los delitos contra el orden socio-económico. Es más, a su entender, son múltiples los inconvenientes que se derivan de tan inapropiada identificación entre los delitos contra el patrimonio y aquellos otros contra la propiedad, inconvenientes tanto dogmáticos como legislativos y prácticos.

Finalmente, desarrolló algunas propuestas. Concretamente las siguientes:

1. La creación de un Título con la rúbrica «Delitos contra la propiedad y el patrimonio», independiente del Título relativo a los delitos contra el orden socio-económico.

2. La sistematización de los delitos contra la propiedad atendiendo a la clase de ataque al bien jurídico: esto es, distinguiendo de un lado, aquellos que atacan al derecho de propiedad mismo (destruyéndolo); y de otro, aquellos que privan al propietario de las facultades inherentes al dominio, pero dejando subsistente el derecho de propiedad.

Para terminar, manifestó la valoración negativa que le merecía no sólo la rúbrica, sino también la estructura general del contenido del Título XII del Libro II del A. 92.

La profesora Huerta Tocildo comenzó con una valoración global positiva del T. XII del A. 92 que, a su juicio, viene a continuar la línea de mejora general ya iniciada por la reforma de 1983.

No obstante, no eludió la referencia a cuestiones a su entender dignas de crítica, como por ejemplo la inclusión en un único Título de los delitos patrimoniales y los delitos contra el orden socio-económico; o el hecho de que el sistema de cuantías vuelva a resurgir en los delitos de apoderamiento a través de las agravantes previstas para el hurto o en el robo con fuerza en las cosas, alguna, además especialmente criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Igualmente criticable le pareció, desde la perspectiva del principio *non bis in idem*, la agravación por uso de armas prevista para los robos con violencia; y no otra consideración le mereció la penalización de la conducta prevista en el art. 245.2 del A. 92 tendente al castigo de los denominados «ocupas», por cuanto ello supone al menos el olvido de lo dispuesto en el art. 47 de la Constitución, así como del mandato que el art. 9.2 de la misma dirige a los poderes públicos. A estas objeciones se sumaron otras de índole sistemática y técnica.

Ello no obstante, y junto a dichas críticas, también se ocupó en su intervención de poner de manifiesto lo que a su entender eran los aciertos del A. 92. Tal es el caso de la valoración que le merecía la supresión de los delitos complejos en la tipificación del robo con violencia o intimidación; o el castigo indiscriminado de la usura, habitual o no; o también la regulación que se ha hecho de los daños, a su juicio no sólo superior a la actual, sino también superior a la que hicieron el Proyecto de 1980 o la Propuesta del 83.

El profesor Bacigalupo Zapater abordó en su intervención, además de los problemas vinculados a cuestiones sistemáticas en las que admitió compartir las críticas del prof. Zugaldía Espinar, los problemas particulares que a su juicio ofrecen los distintos tipos incluidos en este Título XII.

Comenzó con el robo con fuerza en las cosas (art. 237) y entendió que reproducía las deficiencias de la regulación actual, al seguir incluyendo supuestos que no implican la utilización de fuerza, manifestándose, finalmente, partidario de configurar esta modalidad delictiva como hurto agravado.

En cuanto al robo con violencia o intimidación, merece destacarse la valoración positiva que le mereció la desaparición de los delitos complejos.

Por lo que se refiere a la estafa, cuyo concepto no consideró que se hubiera variado, se manifestó a favor de suprimir el término «bastante» por impreciso, destacando al mismo tiempo la escasa utilidad del castigo de la llamada estafa de «manipulación informática», que no sólo no es auténtica estafa, sino que además no resuelve los problemas planteados por el uso de tarjetas de crédito. También dirigió sus críticas al he-

cho de haber tipificado como delito la estafa inmobiliaria o el contrato simulado. Por el contrario, queda a su juicio carente de justificación la falta de incriminación de determinadas conductas merecedoras de haberlo sido, como por ejemplo la llamada estafa de subvenciones o la administración fraudulenta de un patrimonio.

Finalmente, y por lo que se refiere a las insolvencias, manifestó reparos, si bien consideró importante la introducción como delito de las conductas previstas en el art. 261.3.

El profesor Octavio de Toledo, tras unas breves referencias a la falta de planificación que, a su juicio, ha presidido todo el proceso de reforma del Derecho Penal español desde 1980 y alguna otra alusión a las críticas sistemáticas —no compartidas— expresadas en su ponencia por el profesor Zugaldía Espinar, centró su intervención en la nueva tipificación de la extorsión (art. 243) y las amenazas condicionales lucrativas (art. 174) en el A. 92.

En su opinión, el artículo 243 del A. 92, cuyo correlato es el artículo 503 del Código Penal actual, incrimina la extorsión con rasgos que implican importantes y alabables innovaciones respecto de la regulación vigente. De una parte, el A. 92 subraya la autonomía de esta figura respecto del robo, al dedicarle un Capítulo aparte y un *nomen iuris* propio; de otra, varía el modelo seguido en esta materia desde el Código Penal de 1848 (modelo francés) e incorpora el modelo alemán (e italiano). En ambos casos el A. 92 acierta.

Sin embargo, el A. 92 mantiene, incongruentemente con la nueva amplitud dada a la extorsión, las amenazas condicionales lucrativas con una extensión igual a la actual (artículo 174.1.º AP. 92) y, además, incrimina específicamente el chantaje (artículo 175.2.º). Con ello triplica innecesariamente la tipificación de estas conductas y engendra problemas de diferenciación que tendrán consecuencias en materia de concursos y praxis.

Por otro lado, la autonomía otorgada en la extorsión queda en entredicho por el sistema seguido en la determinación de la pena, al remitirse ésta a la prevista para el robo con fuerza en las cosas, al tiempo que con ello se dificulta una correcta interpretación del término legal «violencia», que, en opinión del profesor Octavio de Toledo, debería circunscribirse en la extorsión únicamente a la ejercida sobre las personas.

Modificándose los aspectos citados, el nuevo modelo de incriminación de la extorsión es perfectamente plausible.

La tarde del día 15 se dedicó a los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia.

Habló en primer lugar la profesora García Arán, que dedicó su intervención a un análisis general de seis de los siete Capítulos que integran el Título XVII del A. 92, dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

No obstante, tal análisis fue precedido de algunas consideraciones en torno al bien jurídico (Administración de Justicia), entendido como ejercicio de la función jurisdiccional a través del cauce reglado del proceso; bien jurídico que, a su juicio, se ve oscurecido por la inclusión en este Título de conductas que no guardan relación con el mismo; por ejemplo, los artículos 425 ó 428.4.

En lo que se refiere a cada uno de los siete Capítulos que contiene el T. XVII, éstas fueron algunas de las cuestiones que se abordaron:

Cap. I. Relativo a la prevaricación: se valoró muy positivamente su nueva ubicación sistemática, así como la reducción de la actual casuística si bien se consideró confusa la redacción dada al art. 419.2.

Cap. II. No fue tratado por la profesora García Arán por cuanto iba a ocuparse de él el profesor Luzón Peña.

Cap. III. Relativo al encubrimiento de delitos: la ponente dirigió una dura crítica al concepto de encubridor recogido en el art. 421, así como a la previsión contenida en el 421.3.º c), en tanto que manifestación de la recusable tesis del acuerdo previo.

Cap. IV,. Relativo a la realización arbitraria del propio Derecho: mantuvo la crítica doctrinal a su consideración como delito contra la administración de Justicia.

Cap. V,. Relativo a la provocación indebida de actuaciones: fue objeto de una valoración global positiva por incorporar mejoras frente a la actual regulación de la acusación falsa y la simulación de delito que, además, aparecen ubicados conjuntamente, lo cual se entendió como más correcto.

Cap. VI, relativo al falso testimonio: mereció, salvo alguna crítica, una valoración positiva, entre otras razones por la inclusión de los intérpretes junto a los peritos (art. 429), o la relativa a la presentación de documentos falsos (art. 431, p. 2), así como por el hecho de haber clarificado el ámbito de la excusa prevista para el caso de retractación (art. 432).

Finalmente, se hizo mención al Cap. VII, que recoge la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, capítulo en el que se apreciaron importantes mejoras técnicas, así como otras de carácter sistemático como la contenida en el art. 433.

A continuación intervino el profesor Luzón Peña, que se centró en la omisión de impedir o denunciar delitos y en las obstrucciones a la Justicia.

En cuanto a la omisión de impedir delitos o promover su persecución, opinó que es correcto que el art. 420 A. 92, siguiendo al P. 1980 y A.P. 1983, limite el delito a la omisión de impedir directamente delitos graves o a la de avisar a la autoridad de la comisión de delitos actuales o próximos, o sea omisión de impedirlos indirectamente, pero que, a

diferencia del 338 bis del vigente C.P., no se sancione penalmente a particulares por la omisión de denuncia de delitos pasados.

También consideró correcta la fórmula, empleada desde el P 1980, de «delito que afecte a las personas en su vida, integridad, etc.», pues así se destaca que no es punible la omisión referida a delitos de aborto, ya que el feto no es persona, lo que en cambio es dudoso en la redacción del actual art. 338 C.P.

Parece acertado aumentar a prisión de seis meses a dos años la pena si no se impide un delito contra la vida. Y ya que se admite como hecho no impedido cualquier delito —no faltas— contra la integridad o salud, libertad o libertad sexual, es coherente haber previsto desde el A.P. 1983 que, si el delito no impedido tuviera pena inferior a la de multa de 6 a 24 meses, se imponga la pena inferior en grado a la de aquél.

No comparte el profesor Luzón la supresión del apartado 3.º del correspondiente precepto del A.P. 1983: «Sin embargo, no se aplicarán las penas establecidas en el párrafo anterior al omitente que, habiéndose esforzado seriamente por impedir la ejecución o el resultado del delito, sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de algún responsable de dicho delito, o esté ligado al mismo por análoga relación de afectividad». Tal fórmula, inspirada en el parágrafo 139.3 StGB, recoge un supuesto de inexigibilidad personal a parientes y allegados, plenamente defendible. En este caso se trataría de aclarar que la exención de la obligación de denuncia a parientes del art. 261 LECR también les alcanza, con los indicados requisitos, aunque el delito sea de futura o actual comisión.

Es más, debería añadirse un párrafo que prevea la exención, en este caso por justificación, para el omitente que, habiendo hecho el mismo serio esfuerzo que en el caso anterior por impedir el delito o su resultado, está vinculado por secreto profesional: ampliando la exención de la obligación de denuncia del art. 263 LECR para abogados, procuradores o ministros religiosos, a facultativos o profesionales de la información a quienes se les haya confiado como tales, salvo que se trate de la posibilidad de impedir delitos muy graves, pues aquí la colisión de intereses se resolvería en contra del secreto profesional.

Para el profesor Luzón Peña no es conveniente que el A. 92, rompiendo con las propuestas del P. 1980 y del A. 1983, haya sacado de este Capítulo la omisión de perseguir delitos por autoridades o funcionarios obligados a ello, y que la haya llevado al Cap. II (art. 380) del Tit. XVI (de los delitos contra la Administración Pública), pues esa omisión encaja mucho mejor entre los delitos contra la Administración de Justicia. Además, ahora resulta absolutamente inconsecuente que la rúbrica del Cap. II, Tit. XVII, siga denominándose «De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución».

En cuanto a la obstrucción a la Justicia y sustracción de documentos del proceso (el Cap. VII Tit. XVII), el A. 92 tipifica entre las figuras de obstrucción a la Justicia, siguiendo al P. 80 y al A.P. 83, la conducta del abogado o procurador que destruye, inutiliza u oculta documentos o actuaciones que ha recibido en una causa, conducta no prevista expresamente en el C.P. actual. Pero hay una laguna, que conviene colmar, sobre todo dada su mayor probabilidad de comisión en el ámbito de la Justicia, respecto de particulares que por su cuenta sustraigan o destruyan documentos o efectos incorporados o destinados a incorporarse a un proceso.

El tercer ponente de la tarde, el profesor Rodríguez Ramos, dedicó su intervención a hacer algunas referencias generales sobre el Título XVI del A. 92, así como a tratar diversos aspectos de los delitos de prevaricación y cohecho.

Respecto a la primera cuestión, expuso la necesidad de reconsiderar la rúbrica del Título en favor de otra que se ajustase en mayor medida al contenido del mismo.

También hizo matizaciones de índole sistemática, concluyendo que el Tit. XVI no recoge todas las conductas que tendrían aquí su correcta ubicación, al tiempo que sí lo hace respecto de otras cuya inclusión en el mismo es más que discutible.

En cuanto a la prevaricación (arts 375 y 376), estimó correcta la no inclusión en este título de la prevaricación de Jueces, abogados y procuradores, que por razón del bien jurídico tienen un enclave más adecuado en el Título XVII (delitos contra la Administración de Justicia).

Por otra parte, afirmó que la referencia a la «injusticia», de un lado, y a la «arbitrariedad», de otra, parece una redundancia que contribuirá a generar confusión en el intérprete. Como redundante entendió también la referencia a la «autoridad» juntamente con la relativa al «funcionario», concepto que por ser más genérico permite incluir a aquél.

Respecto al cohecho, se pronunció sobre la conveniencia de introducir una excusa absoluta para el particular que habiendo accedido a cohecho a solicitud del funcionario, posteriormente lo denunciase, instrumento éste que facilitaría la persecución y descubrimiento de estos delitos.

Finalmente, y entre otras cuestiones, se refirió a la necesidad de reconsiderar el papel que al Juez penal debe concederse en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere, por cuanto en determinados casos quizás sería más conveniente que éstas fueran resueltas por Jueces de otros órdenes jurisdiccionales.

El profesor del Rosal Blasco centró su intervención en la regulación que el tráfico de influencias recibe en el A. 92, al tiempo que realizó un análisis comparativo con la legislación actualmente vigente.

Tras unas breves referencias a algunos precedentes históricos de la, no obstante, novedosa regulación actual, así como también al fundamento que desde el punto de vista político-criminal tiene la incriminación de tales conductas, pasó directamente al análisis concreto de los tipos, pudiéndose resumir su intervención en los siguientes puntos:

1. La regulación, en el Anteproyecto de Código Penal de 1992, de los delitos relativos al tráfico de influencias (arts. 400 y ss.), mantiene básicamente la regulación vigente, que es fruto de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/91, de 22 de marzo, suprimiéndose, si embargo, de aquélla el párrafo segundo del art. 404 bis c) y endureciéndose un tanto las penalidades.

2. Desde el punto de vista político-criminal es dudoso que estos preceptos vayan a servir al fin de prevenir la corrupción administrativa si antes, en el propio ámbito del funcionamiento ordinario de la Administración, no se ponen los medios para limitar el arbitrio desmesurado en la concesión de obras, etc., por un alto valor económico.

3. Ello no obstante, los preceptos considerados tienen un claro ámbito de aplicación, por lo que no son superfluos, si bien su excesiva generalidad los hace un tanto peligrosos por lo manipulables.

4. En los arts. 400 y 401 del A. 92 («ejercicio de influencias»), el tipo debería expresar más claramente la idea de determinación de la voluntad del funcionario que ha de adoptar la resolución, lo que puede conseguirse con una referencia a la «inducción» de la decisión.

5. El párrafo segundo del art. 402 del A. 92 debería suprimirse o, al menos, concretarse la necesidad de vinculación de la sociedad con el tráfico de influencias.

6. En el tipo de «ofrecimiento de influencias» (art. 402) deberían, además, concretarse los medios a través de los que se ejercitan las influencias, del mismo modo a como se hace en los arts. 400 y 401 (prevalecimiento, situación o relación), para que esta figura se diferencie claramente del cohecho.

7. Debería haber algún precepto que recogiera, como autoría, el comportamiento del tercero que se beneficia por la resolución o la promueve.

Sábado, 16 de mayo

La última Mesa de las jornadas tuvo lugar la mañana del sábado, 16 de mayo, siendo sus ponentes los profesores Lorenzo Salgado, González Guitián y Maqueda Abreu.

El profesor Lorenzo Salgado abordó la regulación que el A. 92 establece en referencia a los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupe-

facientes y sustancias psicotrópicas, caracterizada en su opinión por su claro paralelismo con las normas y presupuestos de que parte el Derecho vigente, consolidándose, de esta suerte, la línea iniciado en el Código Penal por la reforma del 24 de marzo de 1988, reforma críticamente enjuiciada por amplios sectores doctrinales.

En consecuencia, los defectos e insuficiencias del actual texto punitivo vienen a reproducirse sustancialmente en los preceptos previstos en el Anteproyecto. Y así continúa utilizándose —en evidente menoscabo de la seguridad jurídica— la omnicomprendiva y rechazable fórmula «o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas...»; sigue sin delimitarse, de otra parte, y sin que al menos se proporcionen datos orientativos al respecto, el contenido de la expresión «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»; falta asimismo la necesaria concreción legal —a pesar de la uniformidad que la jurisprudencia ha mantenido hasta la fecha en la materia— acerca de cuáles son las sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas que no causen tal grave daño, sin que tampoco, subsidiariamente, se especifiquen pautas que ayuden al intérprete a pronunciarse sólidamente sobre dicha distinción; y se consagra, en fin, el empleo de cláusulas como las de «notoria importancia» o «extrema gravedad», que resultan de todo punto irreconciliables con la seguridad jurídica.

Cabe resaltar, por otro lado, que en el tipo del art. 344 del A. 92 se mantienen las agravaciones del art. 344 bis a) del C.P. vigente y se añaden otras que se toman del art. 3, apdo. 5.º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Y tampoco en esta ámbito se han atendido las sugerencias que la doctrina ha venido efectuando desde la entrada en vigor de la reforma de 1983, con lo cual vuelven a aparecer errores de importancia que un texto como el A. 92 —por tantos conceptos digno de elogio, y el técnico uno de ellos— no debería consentir. Un ejemplo de lo afirmado lo constituye el traslado que se hace a los artículos 348.8.º y 350 del texto prelegislativo del contenido de los arts. 344 bis a) 7.º y 344 bis c) del C.P. vigente, preceptos estos últimos en los que, como se ha subrayado en la doctrina, se ha utilizado una «deplorable técnica legislativa».

Una novedad del A. 92 es la inclusión de la apología vinculada a delitos relativos a drogas, inclusión que se efectúa en el art. 351, que la define al igual que —con mala economía legislativa, por tanto— hacen en relación con otros delitos los arts. 449, 468 y 525. La indicada innovación, y ello es lo importante, no parece, desde luego, de recibo en un texto penal, tal y como con convincentes argumentos se ha manifestado por un relevante sector de la doctrina española. Cuestionable, asimismo, para destacados especialistas, resulta la admisión de la figura del mal llamado «narcotraficante arrepentido», otra de las novedades que

recoge el Anteproyecto, figura sobre cuya conveniencia y oportunidad no existe el deseable consenso científico y que suscita, además, fundadas dudas en lo que su eficacia se refiere.

La acusada severidad de las penas que establece el A. 92 para estos delitos merece, igualmente, una consideración crítica en tanto que no parece respetar las exigencias que un recto entendimiento del principio de proporcionalidad impone; sistema punitivo que además —desaparecida la redención de penas por el trabajo y pese a la prescripción del art. 90 que, en todo caso, habrá de conectar con lo señalado por el artículo 355—, puede conducir en la práctica a una más larga privación de libertad que la que se sigue de la censurable, por desmedida, reacción sancionadora establecida en este marco delictivo por el vigente C.P.

Debe destacarse, por último, el acierto de acoger —como también hacían el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83— una exigente específica y la correlativa atenuante de intoxicación alcohólica o de otra índole, siendo de alabar ciertamente, al propio tiempo, la mejora que supone la regulación del art. 86 del A. 92 respecto del vigente art. 93 bis C.P., precepto que amplía a tres años el límite para que sea posible la suspensión de la ejecución de la pena, ampliación acaso todavía insuficiente dadas las penas previstas para los delitos de más frecuente perpetración por los sujetos a que el artículo afecta. El citado artículo prescinde, acertadamente, del requisito que el vigente art. 93 bis, 3.º C.P. requiere y sería de desear, igualmente, en la línea de flexibilización en la que se inscribe la regulación que en este punto se propone, que la exigencia para la definitiva remisión de la pena de que esté acreditada la deshabituación del reo (art. 86, párrafo último) fuese sustituida —de acuerdo con lo que en la doctrina ya se ha reclamado— por la constancia de que hubiese existido una voluntad seria de deshabituación durante el transcurso del plazo de la suspensión.

A continuación tomó la palabra el profesor González Guitián, para tratar la regulación del delito ecológico.

Según el ponente, la regulación de los delitos ecológicos en el A. 92 esta construida sobre la base del actual art. 347 bis. El A. 92 trata de ampliar el límite de la protección penal del ambiente, lo que es positivo. En cambio, es criticable el mantenimiento de la imprecisión de muchos elementos de la regulación actual.

El A. 92 mantiene la relación de accesoriedad del Derecho Penal con respecto al Derecho Administrativo. Esta concepción no parece acertada, aun reconociendo sus problemas.

Se ha corregido la disparidad de peligros típicos del vigente artículo 347 bis, pasando a ser conductas de peligro hipotético, lo que parece correcto, aunque no lo es tanto que la salud de las personas y los bienes ambientales se mezclen en el tipo básico.

Los tipos agravados se reproducen casi literalmente, errores de redacción incluidos. En lo que se refiere al primero, sería conveniente su desaparición, con lo que entrarían, en su caso, en juego las reglas del concurso, sin necesidad de ese inciso final que se ha añadido en el A. 92.

La penalidad y la medida complementaria son más correctas que en la legislación vigente.

El A. 92 introduce dos nuevos tipos: uno sobre el abandono de residuos, con una relación de dependencia absoluta del Derecho Administrativo, lo que parece criticable y otro sobre los daños en una especie natural protegida, del que cabe pensar que tal vez su lugar más idóneo esté entre los delitos de daños.

Por último, se introduce un precepto sobre responsabilidad de funcionarios, se recoge la posibilidad de omisión imprudente y, además, se establecen algunas medidas complementarias.

Las jornadas concluyeron con la intervención de la profesora Maqueda Abreu, que analizó los delitos contra la seguridad colectiva.

En su exposición, trató de determinar, a la vista de la redacción legislativa de los diferentes tipos penales contenidos en el Título XIV del A. 92, cuáles responden a la idea de peligro abstracto y cuáles a la de peligro concreto, así como el *quantum* de peligro exigido en cada caso. Resulta innegable la dificultad de esa diferenciación.

Una interpretación del ámbito de protección de cada una de las normas que allí se describen podría, con todo, permitírnos alcanzar algunas conclusiones provisionales en esta materia, esto es, tanto en lo que se refiere a la determinación del grado de proximidad a la lesión del bien jurídico exigido como del grado de peligrosidad que se requiere en cada caso.

Este último tiene que ver con un juicio acerca de la probabilidad de lesión del bien jurídico representado por el legislador en el caso concreto para considerar el riesgo manifestado por la acción como jurídicamente desaprobado. Es un problema de «gravedad» de la conducta que, por cierto, es un requisito exigido expresamente en numerosos tipos penales (arts. 316, 321, 337 y 340). Lo que no debe interpretarse como que la ausencia expresa de ese requisito (art. 343 v. gr.) permite el castigo de conductas escasamente peligrosas. Para la punición de todo peligro se requiere, como en numerosas ocasiones lo manifiesta la doctrina, la elevada posibilidad de producción de un daño para el bien jurídico, un grado de peligrosidad relevante.

El otro problema, el de la determinación de la naturaleza de peligro abstracto o concreto de los diferentes tipos penales, presenta una mayor dificultad a la vista de la casuística y caótica descripción que se hace de los mismos en ese Título XIV del A. 92, en el que unas veces es el propio legislador el que exige la concreción de un peligro para la vida o la integridad de las personas; otras, las más, se limita a requerir

la presencia simplemente de peligro, y otras, por fin, se abstiene de formular exigencia de peligrosidad alguna. Con todo, pudieran establecerse algunos criterios generales. Según ellos, se podría afirmar que muchos de esos tipos responden a la idea de peligro concreto, por lo que en su caso debe exigirse una constatación *ex post* del riesgo creado por la acción. Así sucede, por ejemplo, cuando la descripción de la materia prohibida contiene referencias más o menos expresas a la creación de una situación real de peligro (arts. 320 a 358) o se requiere su presencia efectiva (arts. 316, 317, 322, 324, 328, 330, 331 ó 361, aún a veces incomprensiblemente referida a los bienes y con idéntica pena). O también, en aquellos supuestos típicos en que se exige la cercanía de determinados objetos de protección (vida, salud...) referidos a una o varias personas, esto es, individualizados (arts. 317, 321 ó 322).

Los tipos restantes debiera entenderse entonces que responden a la idea de peligro abstracto, para cuya punición resultaría suficiente una prueba de peligrosidad *ex ante* de la acción formalmente descrita por el legislador, por más que no haya formulación expresa alguna de peligro. Esta afirmación, que puede resultar correcta en términos generales, requiere, no obstante, de ulteriores matizaciones. Así, no son delitos de peligro, sino delitos de daños —impropiamente incluidos en este Título porque no afectan a la seguridad de las personas— todos aquellos que contienen una exigencia expresa de ausencia de peligro por haberse realizado en unas condiciones que permiten excluirlo de antemano (arts. 324.2 328.3 o 331). Del mismo modo que no parecen tener nada que ver con la salud pública esos otros tipos, como el artículo 337, que más bien aparecen configurados como pequeñas estafas; o el artículo 336, que es, sin lugar a dudas, un simple tipo de desobediencia que se ha mantenido inalterado respecto de su regulación en el Código actual (art. 343 bis), y cuya razón de ser es más que cuestionable desde el punto de vista político-criminal que toda norma debe respetar y aún desde el punto de vista constitucional; o, por último, el art. 351, donde se contempla una novedosa e inexplicable punición de la apología.

Finalmente, resulta interesante y digna de destacar, aún como posible modelo de tipificación de los delitos de peligro, la fórmula que incorpora el A. 92 en materia de incendios y estragos (arts. 322.2 o artículo 328.2). La ponente se refirió a esos tipos que aparecen configurados como de peligro concreto en los que se exige para la pena básica una implicación directa del bien jurídico tutelado, pero que contienen además una previsión atenuatoria para cuando ese peligro no tiene lugar según una constatación *ex post*, esto es, tras el conocimiento de los elementos posteriores a la realización de la acción, castigándose entonces una especie de tentativa inidónea de un peligro concreto. Si esta última previsión se empleara sólo para aquellos casos en que la

conducta, especialmente grave y peligrosa (como en esos preceptos), mereciera un adelantamiento de la intervención penal, se cumplirían entonces todas las exigencias básicas que hay que respetar en la regulación de los delitos de peligro abstracto, dejando un campo más amplio para aquellos que suponen ya una mayor cercanía a la lesión del bien jurídico o la lesión misma.

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
JAVIER MIRA BENAVENT