

GERARDO LANDROVE DIAZ

**Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Murcia.**

Eficacia espacial de las leyes penales españolas

I. DETERMINACIONES PREVIAS

En Derecho español es tradicional que la problemática de la vigencia espacial de las leyes penales quede íntegramente al margen del Código penal, para ser regulada en otros cuerpos legales a los que más adelante se aludirá. Sin embargo, no es menos cierto que los estudiosos españoles del Derecho penal sustantivo abordan estas cuestiones en tratados y manuales prácticamente sin excepción. Tal criterio obedece, en opinión de Quintano Ripollés (1), no sólo a un factor de mimetismo respecto de soluciones foráneas, sino también a razones estéticas, habida cuenta que ocupándose el Derecho sustantivo de los efectos temporales de la ley punitiva, la “simetría literaria” impele a completar su estudio con la paralela proyección en lo espacial.

La única excepción española al criterio de ubicación legislativa de los preceptos viene constituida por el Código penal de 1928. En su Título preliminar (De la ley penal y de su esfera de aplicación) se contenían los arts. 10 a 24, reguladores de la aplicación territorial de la ley penal, en términos casi literalmente coincidentes con las precisiones del Código civil, la Ley

(1) Cfr., A. Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, C.S.I.C., Madrid 1957, II, pág. 12.

Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consecuentemente, no supuso el Código dictatorial más que un primer intento de obviar la tradicional dispersión legislativa en la materia.

Abandonado este criterio en Códigos posteriores, la doctrina celebró como uno de los escasos aciertos de la *Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, elaborado en 1972 por la Sección segunda de la Comisión General de Codificación, la inclusión de un título destinado a la regulación de la ley penal (2), cuya validez espacial habría de ser configurada sin novedades dignas de mención (3). Sin embargo, tan torpe intento legislativo —en su conjunto— fue pronto abandonado. No merecía mejor fortuna, como ha reconocido unánimemente la doctrina española.

II. LA SOLUCION TRADICIONAL EN ESPAÑA

El criterio básico y tradicional en España para determinar la eficacia de la ley penal en el espacio se

(2) Vid., J. Cerezo Mir, *Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid 1982, pág. 301.

(3) Así, en la base primera, n^o 7, se establecía que “la validez en el espacio se regirá por un principio general y tres complementarios, según viene siendo tradicional”. El *principio general* sería el de territorialidad, extendiéndose el ámbito de territorio a la llamada plataforma continental. Serían *principios complementarios*: el de la personalidad, aplicable a los españoles que delincan o incidan en estado peligroso en el extranjero, en determinados casos; el real o de defensa, respecto de determinados delitos que comprometen los intereses del Estado o la colectividad; y el de la Justicia penal universal, para los llamados delitos internacionales: piratería, trata de blancas, tráfico de estupefacientes, genocidio, extorsión de aeronaves y otros que requieran igual tratamiento.

construye sobre el principio de territorialidad. Otros principios —de personalidad, real o de Justicia universal— sólo tienen cabida a título excepcional en nuestro ordenamiento. Así, el art. 8-1 del Código civil preceptúa que “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español” y el art. 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, desde la óptica jurisdiccional, que los extranjeros que cometieren faltas o delinquieren en España serán juzgados por los tribunales españoles que tengan competencia para ello por razón de las personas o del territorio.

Consecuentemente, y como ha esquematizado Rodríguez Mourullo (4), el principio de territorialidad ofrece una doble fisonomía: de un lado, supone que la ley penal española obliga a todos los que se encuentran en territorio español, con independencia de su nacionalidad; de otro, obliga —por regla general— en territorio español pero no en los territorios de soberanía extranjera.

El principio de territorialidad es, sin duda alguna, el más ampliamente acogido en el ámbito del Derecho comparado (5) y aparece íntimamente vinculado con los de soberanía e independencia de los Estados. No faltan, sin embargo, detractores del mismo —en su formulación más radical—, bajo la acusación de primitivismo e insolidaridad internacional (6). Las razones

(4) Vid., G. Rodríguez Mourullo, *Derecho penal*, Parte general, Civitas, Madrid 1977, pág. 143.

(5) Vid., D. Oehler, *Internationales Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1973, fundamentalmente, págs. 177 y ss.

(6) En opinión de Quintano Ripollés (*Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, cit., págs. 30 y ss.) el principio de la territorialidad absoluta, que impone la sanción en el lugar del delito, constituye una norma jurisdiccional propia de regímenes jurídicos de estructura primitiva y de sociedades de escasa solidaridad in-

que justifican su amplia vigencia son de muy variada índole: una de las más cualificadas manifestaciones de la soberanía del Estado es el ejercicio del *ius puniendi*, y un Estado no puede ejercer actos de soberanía en territorio de otro, por ello, la eficacia de las leyes penales se restringe al territorio de la nación; se cumple mejor la función de prevención general de la pena si la misma se impone y ejecuta en el país en que se cometió el delito; la práctica de la prueba se realiza con mejores resultados si se aborda en el lugar de comisión del hecho delictivo, etc.

El principio de territorialidad —que afirma que la ley penal de un Estado debe aplicarse a todos los delitos cometidos en su territorio, sin atender a la nacionalidad del sujeto activo ni a la del titular del bien jurídico lesionado— se legitima por la consideración de que el Estado, salvo casos excepcionales, no tiene necesidad ni interés en prohibir penalmente los hechos realizados fuera de su territorio porque la existencia de otros Estados, con sus ordenamientos jurídicos propios, permite establecer las fronteras de la persecución punitiva que cada uno de ellos ejerce en su propio territorio (7). Realidad que expresa el viejo aforismo *leges non obligant extra territorium*. Obviamente, la formulación *exclusiva* del principio territorial conduciría a verdaderas monstruosidades jurídicas y, por ello, los distintos ordenamientos matizan su vigencia dando entrada, en mayor o menor medida y como complemento, a alguno o algunos de los otros principios clásicos. Se trata, pues de un principio no

ternacional, presuponiendo el encasillamiento de cada Estado en su órbita jurídico-penal, ajeno a todo lo que pudiere acontecer más allá de las propias fronteras.

(7) Vid., L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, 4ª edición, II, 1964, pág. 751.

suficiente pero sí necesario (8) para determinar el alcance de la ley penal. De su conjugación con los otros criterios surge lo que la doctrina italiana denomina *principio di territorialità temperata* (9).

En esta línea, y como ya se indicó, España adopta —como punto de partida— el principio de territorialidad (arts. 8-1 del Código civil y 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Si bien la formulación legal deja abiertos los problemas de determinación del concepto jurídico de territorio, que no coincide con el simplemente geográfico (10), y de especificación del lugar en que el delito se entiende cometido en los supuestos de *Distanzverbrechen*, o de realización de la conducta y producción del resultado en países diferentes. El principio mencionado se combina con otros —de carácter complementario— que propician la aplicación de las leyes penales españolas a conductas realizadas fuera del territorio nacional. Posibilidad que, en ocasiones, puede provocar conflictos de competencia a nivel internacional, habida cuenta la lógica vigencia territorial de las legislaciones extranjeras.

El principio de personalidad (o de nacionalidad) supone la aplicación de la ley penal de un país a sus ciudadanos con independencia del lugar en que se hayan realizado los hechos delictivos; se construye sobre la inteligencia de que el ciudadano se halla siempre so-

(8) Cfr., G.J. Fierro, *La ley penal y el Derecho internacional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1977, pág. 62.

(9) Cfr., F. Mantovani, *Diritto penale*, Parte generale, Cedam, Padova 1979, pág. 821.

(10) A efectos de aplicación del principio de territorialidad, realiza J. Cerezo Mir una exhaustiva descripción del territorio español, en sentido jurídico, en su *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, 2ª edición, Tecnos, Madrid 1981, págs. 231 y ss. Vid. también, J.A. Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, II, Casa Editorial Bosch, Barcelona 1982, págs. 174 y ss.

metido a la ley de su país —incluso en el extranjero— y, con valor simplemente complementario, se acoge también a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, los tribunales españoles pueden entender de los delitos cometidos por españoles en el extranjero —y, por consiguiente, aplicar la ley penal española— siempre que concurren una serie de requisitos que varían en función de que el sujeto pasivo sea español o extranjero. En el primer caso (art. 339) es necesario que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que pueden hacerlo con arreglo a las leyes, que el delincuente se halle en territorio español y que no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, y, en este último caso, haya cumplido su condena; en el segundo, además de las tres circunstancias señaladas, es preciso (art. 340) que el delito cometido sea grave —en la actualidad, castigado con pena no inferior a prisión menor— y que el hecho sea delito en el país en que se perpetró, ya que en caso contrario (art. 341) no podrá procederse aunque sí lo sea según las leyes españolas (principio de la doble incriminación o de identidad de la norma). Requisito común en ambos supuestos es la nacionalidad española del sujeto activo (11).

(11) Merece ser destacado que la posibilidad de que el delincuente cambie de nacionalidad, es decir, sea extranjero al cometer el delito pero adquiera con posterioridad la nacionalidad española no está contemplada en nuestro Derecho. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de febrero de 1969, estima que lo relevante al respecto no es la nacionalidad que el sujeto tenía en el momento de la comisión del delito, sino la ostentada en el momento del enjuiciamiento. Solución que, al margen de valoraciones de justicia material, rechaza F. Muñoz Conde por entender que constituye una clara infracción del sentido literal de los arts. 339 y 340 antes citados (en *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal*, Parte general, de H.-H. Jescheck, Casa Editorial Bosch, Barcelona 1981, I, pág. 245). Por el contrario, Rodríguez Mourullo (*Derecho penal*, Parte general, cit., págs. 164 y s.) se muestra de acuerdo con el criterio jurisprudencial).

El principio real (también denominado objetivo o de protección) permite al Estado castigar determinados delitos, con independencia del estatuto personal del delincuente y del lugar de comisión, con valoración exclusiva de la importancia y trascendencia de los bienes jurídicos estatales que se lesionan. Por ello, no puede extrañar que, en ocasiones, se haya justificado como una especie de legítima defensa estatal (12). Este criterio de aplicación de las leyes penales en base de la nacionalidad del bien jurídico lesionado tiene acogida —también como complemento de la territorialidad— en la legislación española. El art. 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa que serán juzgados por los tribunales españoles los nacionales o extranjeros que, fuera del territorio español, hubieren cometido alguno de los siguientes delitos: contra la seguridad exterior del Estado, lesa majestad, rebelión, falsificación de la firma, de la estampilla real o del regente, falsificación de la firma de los ministros, falsificación de otros sellos públicos, falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado, y la introducción o expendición de lo falsificado, falsificación de billetes de banco cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción o expendición de los falsificados y, finalmente, los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero. Sin embargo (art. 337), si los reos de los delitos mencionados hubiesen sido absueltos o penados en el extranjero, y siempre que en este último caso se hubiese cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa; lo mismo sucederá si hubiesen sido indultados, excepto si se trata de delitos de traición

(12) Cfr., Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, II, cit., pág. 756.

y lesa majestad; si hubieren cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso les correspondería. Si el autor de los delitos de referencia es extranjero, solamente podrán intervenir los tribunales españoles (art. 338) cuando fuere aprehendido en el territorio español o se obtuviere la extradición.

El principio de Justicia universal (o foro cosmopolita) supone la afirmación de que cierta categoría de delitos infringe un orden jurídico que rebasa las fronteras atentando contra bienes y valores reconocidos por la generalidad de los Estados y, consecuentemente, a todos y a cada uno de ellos corresponde eventualmente su incriminación, al margen del lugar en que episódicamente se cometieren. El juez del lugar en que el culpable haya sido aprehendido (*iudex deprehensionis*), y con base en la ubicuidad de la ley penal, actúa como representante de la Comunidad internacional en defensa de bienes jurídicos en cuya protección existe un interés común de los Estados. Con ello, se alcanza una cooperación internacional en la lucha contra lo que con gráfica expresión ha denominado Jiménez de Asúa (13) “delitos de trascendencia cosmopolita”. Este principio inspira muy frecuentemente Convenios internacionales en los que se unen los Estados para perseguir delitos como la piratería, la falsificación de moneda, la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes o el terrorismo. En los últimos tiempos el catálogo de estas infracciones tiende a ampliarse como consecuencia de una mayor comunicación interestatal, que facilita el desarrollo de una conciencia de solidaridad, y de la aparición de una delincuencia de trascendencia internacional. Sin embar-

(13) Cfr., Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, II, cit., pág. 865.

go, esta represión con vocación universalista presupone lógicamente una cierta uniformidad de Derecho sustantivo sin la cual el sistema carecería de razón de ser; por ello, el principio se completa con la exigencia de que las infracciones perseguidas lo sean también a la vista del Derecho local. Constituiría un absurdo sostener la posibilidad de incriminar en un país un hecho que no es punible en el lugar de su enjuiciamiento en base de que sí lo es en el de su ejecución (14). El principio de Justicia universal está también acogido —con carácter complementario— en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de diversos Convenios y Tratados internacionales suscritos por España. Casos, por ejemplo, de la falsificación de moneda (arts. 284-2º, 288 y 289 del Código penal), la prostitución (art. 452 bis, a, 1º y 452 bis, f) o la piratería (art. 6-6º del Código de Justicia Militar).

III. LAS PREVISIONES DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

Así esquematizado el régimen jurídico español en orden a la eficacia espacial de las leyes penales, cabe destacar como una de las más significadas innovaciones del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de

(14) Como afirma Quintano Ripollés (*Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, cit., pág. 98) “la exigencia de la crimosidad local del hecho a juzgar en el foro universalista es del mismo orden que la que impone la extradición, puesto que, en el fondo, ambas instituciones obedecen a un mismo criterio de solidaridad y entreayuda internacionales. El foro universal es, en cierto modo, un trámite más abreviado que la extradición, pero obedeciendo a los mismos principios que ella y, antes que nada, al de la concordancia y fijación previa de delitos sobre que la acción a ejercitar haya de operar. Cuáles y de qué especie hayan de ser éstos es la gran cuestión que ha de resolverse y en la que caben infinidad de posibilidades y matices”.

1980 la introducción de un Título preliminar, bajo el epígrafe “De las garantías penales y de la norma penal”, en el que —entre otras cuestiones y siguiendo la tónica del Código de 1928— se regula la problemática aludida (15). Las modificaciones que allí se arbitran, no siempre afortunadas, son de muy largo alcance.

1. Principio de territorialidad

En el art. 8 del Proyecto de 1980, se inicia la regulación con la proclamación del tradicional principio de territorialidad: “las leyes penales españolas son aplicables, salvo lo establecido en tratados o convenios internacionales, a los delitos y faltas cometidos en el territorio del Estado y demás espacios sometidos a su jurisdicción”.

En el art. 9 se concreta el principio del pabellón (o del *territoire flottant*), íntimamente vinculado al de territorialidad: “las leyes penales españolas son aplicables, salvo lo establecido en tratados o convenios internacionales, a los delitos y faltas que se cometan a bordo de buques o aeronaves que circulen bajo pabellón español, o se hallen matriculados en España, donde quiera que se encuentren en el momento de la comisión de los hechos”. Principio del pabellón que ha alcanzado gran predicamento en el ámbito del Derecho internacional, habida cuenta el interés general existente en que los diferentes Estados se hagan res-

(15) Ha expresado Cerezo Mir su preocupación por el hecho de que el Gobierno haya dado prioridad en la tramitación en el Congreso al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial sobre el de Código penal, habida cuenta que el Proyecto mencionado en primer lugar prescinde de la regulación expresa y remite en la materia a lo dispuesto en el Código sustantivo (*Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 229, en nota).

ponsables de la seguridad a bordo de sus buques y aeronaves.

Ante la evidencia de que ambos preceptos son reflejo del principio de territorialidad, parece aconsejable su refundición en un artículo único. Con ello se ganaría en economía legislativa. Además, desde el punto de vista sistemático, es conveniente que, en la medida de lo posible, integre solamente un artículo cada uno de los principios acogidos (16).

En esta línea, sería preferible una redacción de síntesis, como la ofrecida por la enmienda 850, del Grupo Parlamentario Comunista: “las leyes penales españolas son aplicables a los delitos y faltas cometidos en territorio español. También son aplicables a los delitos y faltas cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas”.

La fórmula reproducida, a pesar de su laconismo, no es menos expresiva que la del Proyecto oficial. En efecto, la alusión a los “demás espacios” sometidos a la jurisdicción del Estado español que se contiene en el art. 8 del Proyecto es, con toda evidencia, innecesaria. Como ya se indicó, el concepto jurídico de territorio no coincide con el significado geográfico del término, sino que abarca a todos los lugares y espacios sobre los que la soberanía del Estado extiende su jurisdicción. Nada aporta la retórica del Proyecto y, por ello, debe ser eliminada, sin que se resienta el contenido del precepto proclamador del criterio territorial. Las normas del Derecho internacional especifican la dimensión jurídica del territorio español.

Ello sentado, y aunque se haya llegado a afirmar

(16) Vid., S. Mir Puig, *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal de 1980*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela 1980, pág. 495.

que el principio de territorialidad se prevé como básico o general en la regulación que de la aplicación espacial de la ley punitiva española aborda el Proyecto de 1980 (17), es lo cierto —como muy pronto se pondrá de relieve— que resulta ampliamente desplazado por otros principios que tradicionalmente han ostentado carácter simplemente complementario de aquél. Es decir, cuando menos, no se distingue claramente entre lo que debe constituir el principio básico y sus posibles excepciones.

2. Principio de personalidad

Sin duda, la novedad más importante que en la materia ofrece el Proyecto de 1980 es la amplia acogida que se otorga en el mismo al principio de personalidad, con una fisonomía inédita en el Derecho español:

El principio de personalidad *activo* se configura en el art. 10 con los siguientes términos: “Las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho. En tal caso, el delincuente será juzgado por los Tribunales españoles, salvo que haya sido absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, haya extinguido totalmente su responsabilidad”.

El principio de personalidad *pasivo* se ubica en el

(17) Vid. en este sentido la *Memoria explicativa del texto Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, págs. 27 y s.

art. 11, con la afirmación de que “Las leyes penales españolas son aplicables a los delitos y faltas que se cometan fuera del territorio nacional contra ciudadanos españoles, en los supuestos en que no resulte competente para su conocimiento otra jurisdicción”.

A) Principio de personalidad activo

El reproducido art. 10 supone, con toda evidencia, un intento de abandonar el tradicional principio de territorialidad como básico en tema de aplicación espacial de las leyes penales españolas. Se intenta, en definitiva, la aplicación de nuestra ley punitiva a los ciudadanos españoles (incluso a los que no lo eran cuando cometieron el delito), se encuentren donde se encuentren y sea o no delito el hecho realizado en el país de su comisión. No puede extrañar, por ello, que ante esta tentativa de aplicación prácticamente universal de la ley española se haya llegado a afirmar que “sólo un legislador que se cree poseedor de una delegación divina del concepto de justicia puede extender hasta tal grado la represión penal” (18).

Ante esta desmesurada ampliación de la esfera de aplicación del principio de personalidad, cabe ofrecer una serie de puntualizaciones:

1) Supone el art. 10 del Proyecto una ruptura con la tradición jurídica española, cristalizada en los ya mencionados arts. 339 y 340 de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial. Preceptos en los que se recorta, con una serie de condiciones de procedibilidad, el alcance del principio de personalidad que se muestra, así, simplemente complementario del básico de terri-

(18) Cfr. Enmienda 1.434 al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, del Grupo Coalición Democrática.

torialidad. Solución que ofrece una deseable jerarquización de los principios.

2) Además, colisiona el precepto de referencia con las más modernas soluciones ofrecidas por el Derecho comparado, ignora las exigencias actuales en orden a la cooperación internacional y pugna con la soberanía territorial de los Estados extranjeros. Por ello, supone un inexcusable olvido de que en la hora actual resulta obligado partir del de territorialidad para establecer a continuación, con carácter complementario, el ámbito de eficacia de otros principios —el de personalidad, en este caso—. Lo que no resulta hoy admisible es que, a través de la conjugación paritaria de estos principios, se intente —como se hace en el Proyecto— otorgar a la ley nacional un ilimitado campo de aplicación espacial; como ya he tenido oportunidad de poner de relieve en otro lugar (19), los redactores del mismo olvidan que “en el Imperio sí se pone el Sol”.

3) De la misma forma que al principio de territorialidad se le atribuye una inspiración liberal por surgir en la legislación revolucionaria francesa, como reacción contra el antiguo régimen que establecía tajantemente el de la personalidad (20), este último —y al margen de su carácter de intromisión en la territorialidad extranjera— se ha vinculado tradicionalmente a los regímenes autocráticos, lógicamente celosos, como indica Quintano Ripollés (21), de mante-

(19) Cfr., G. Landrove Díaz, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., pág. 310.

(20) Vid., D. Oehler, *Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht*, en *Festschrift für Edmund Mezger*, Verlag C.H. Beck, München-Berlin 1954, págs. 83 y ss.

(21) Cfr., Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, cit., pág. 67.

ner su imperio sobre sus súbditos donde quiera que se hallaren, con un claro propósito persecutorio. Quizá este extendido planteamiento sea en exceso simplista y esté influido por los innegables abusos que en la materia se cometieron bajo el Tercer Reich alemán (22). Hay que reconocer que el principio de personalidad —esgrimido con carácter restrictivo y subsidiario— puede corregir el excesivo aislamiento que se deriva del territorial y servir a los intereses de la comunidad internacional. Consagrado con carácter básico e inspirado en ideas de absoluta soberanía resulta, cuando menos, peligroso.

Por ello, la solución del Proyecto español es criticable, precisamente, porque supone otorgar un papel protagonista a un principio que —así concebido— favorece una concepción autoritaria del Estado (23). Uno de los más relevantes ejemplos históricos al respecto viene constituido por la Ordenanza promulgada en la Alemania nacional-socialista, el 6 de mayo de 1940, que introdujo en el StGB el principio de personalidad como básico, en términos de absoluta

(22) Por ello, Oehler ha expresado que el principio de personalidad puede ser considerado hoy anacrónico pero que resulta injusta su global descalificación y, sobre todo, su identificación con los sistemas totalitarios (en *Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht*, cit., pág. 93).

(23) En esta línea, y en la motivación de la enmienda 850 bis (Grupo Parlamentario Comunista) se afirma que “es necesario limitar la aplicación en el espacio de la ley penal española sobre una base personal, pues ni en el Estado español, tras la Constitución de 1978, puede acoger pautas legislativas de corte autoritario ni la solución propuesta se justifica en modo alguno para la debida realización de la justicia penal. La enmienda está encaminada a configurar el principio de nacionalidad con un alcance únicamente complementario del de territorialidad, y de este modo, como se ha dicho, responde a las modernas orientaciones que ofrece el Derecho penal comparado y la propia tradición jurídica española”.

igualdad con el territorial; con ello se alcanzaba una solución de imperialismo jurídico semejante a la que hoy ofrece el Proyecto español. Así, el art. 3 del Texto nazi establecía que el Derecho penal alemán era aplicable a los hechos delictivos cometidos por ciudadanos alemanes, tanto en el país como en el extranjero; precisándose, además, en el art. 4-1º que el Derecho alemán sería de aplicación a los delitos perpetrados por los extranjeros en territorio nacional alemán. Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, y a pesar del notable cambio de las circunstancias políticas, esta regulación ha continuado vigente en la República Federal Alemana hasta 1974. La nueva Parte general del Código alemán, que entró en vigor el 1 de enero de 1975, retorna al establecimiento del principio de territorialidad como básico y, por ello, introduce una trascendente modificación en este campo. Como afirma Jescheck, el legislador alemán "se ha distanciado así de la hipervaloración que anteriormente hacía del deber de fidelidad que el nacional tiene respecto a su patria, aunque estuviera residiendo en el extranjero, y ha limitado su poder punitivo, de acuerdo con la delimitación espacial de las tareas ordenadoras de los Estados, normalmente a aquellos hechos que se cometen en el propio territorio estatal tanto si son cometidos por nacionales como por extranjeros, dejando, en principio, en libertad a sus propios ciudadanos residentes en el extranjero para configurar su vida de acuerdo con el Derecho vigente en el lugar de su residencia" (24).

4) Muy probablemente el defecto más notorio deslizado en la redacción que del art. 10 ofrece el Pro-

(24) Cfr., Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, I, cit., pág. 231.

yecto venga constituido por la ignorancia de la fundamental regla de la doble incriminación (o de identidad de la norma). Esta exigencia de que la conducta constituya también delito en el país en que se realizó figura —como ya se indicó— en el art. 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para los casos en que el español hubiere delinquirido fuera del territorio nacional contra un extranjero. Con base en la inteligencia de que una radical aplicación del principio personal que no tome en consideración el Derecho de otras naciones supone una exaltación absurda del poder punitivo (25), la regla de la doble incriminación goza, asimismo, de amplia acogida en el Derecho comparado y resulta escrupulosamente respetada en los Códigos penales más modernos (art. 7 del Código alemán y art. 65 del Código austriaco). Con ello se consolida la afirmación del carácter básico del principio de territorialidad y la naturaleza simplemente complementaria de otros que puedan entrar en juego.

En la línea apuntada, y considerando imprescindible en la materia el principio de referencia, ha subrayado Cerezo Mir la necesidad de que al art. 10 se añada un párrafo concebido en los siguientes términos: “En caso de que el delito se haya cometido por un español en el extranjero contra un extranjero no podrá procederse criminalmente en España cuando el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se perpetró aunque lo sea según las leyes españolas” (26).

(25) Vid., R. Maurach, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas por J. Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona 1962, I, págs. 125 y s.

(26) Cfr., J. Cerezo Mir, *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, cit., pág. 349.

En alguna de las muchas enmiendas presentadas al Proyecto español de 1980 se recogen planteamientos semejantes al expresado. Por el Grupo Coalición Democrática (enmienda 1.434) se denuncia la incongruencia de que pueda llegarse —si prospera el texto del art. 10— a castigar a un extranjero que actúa contra otro extranjero en el extranjero con un hecho que no constituye delito en tal país, sólo por la circunstancia de que el autor adquiriera con posterioridad la nacionalidad española. En consecuencia, se propone introducir en el precepto en cuestión la exigencia de que, si el hecho fuere cometido contra un extranjero, “sea delito en el país en que se perpetró”. Con este inciso —se afirma— resultan equiparados españoles y extranjeros en cuanto al grado de represión penal y se facilita lo que parece ser la finalidad primordial del precepto: juzgar a los españoles que hayan delinquido en el extranjero, al no poder concederse la extradición del nacional, según la Ley de 1958 y los tratados internacionales. Si no se modifica el texto del Proyecto —concluye la enmienda aludida— el resultado es más represivo que los vigentes arts. 339 y 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cualquier caso y para los españoles o extranjeros naturalizados con posterioridad al delito, supone el abandono del principio de territorialidad como punto de partida en la determinación del ámbito espacial de las leyes penales españolas.

El criterio antes apuntado de que se respete el principio de la doble incriminación, como hace el art. 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, supone que la conducta del español en el extranjero contra un extranjero no puede considerarse punible en España si el hecho cometido no es delito en el país de su comisión, pero sí en España. La no exi-

gencia de análogo requisito en los casos de delito perpetrado en territorio extranjero por un español contra otro español se ha justificado con la afirmación de que en este supuesto impera, junto a la personalidad activa, la personalidad *pasiva*, que —obviamente— no se da en las infracciones contra extranjeros (27).

Sin embargo, en determinados sectores se considera conveniente que la exigencia de que “el hecho se halle previsto como delito en el lugar de su comisión” se establezca en todos los casos en que los responsables sean españoles y el delito se cometa fuera de España, contra extranjeros o contra españoles (28); siempre, por supuesto, que se cumplan otras condiciones de procedibilidad (que el responsable se halle en territorio español, etc.).

De todas formas, y sea cual fuere el alcance que se otorgue al principio, parece evidente que el olvido del de la doble incriminación por los redactores del Proyecto de 1980 resulta regresivo respecto de la tradicional solución del Derecho español. Quizá más adelante tenga oportunidad de insistir en aspectos muy concretos de esta problemática.

5) La inmoderada ampliación que del principio de personalidad aborda el art. 10 del Proyecto se refleja, asimismo, en la omisión de al menos dos de las condiciones de procedibilidad tradicionales en el Derecho español. De un lado, que el delito cometido sea grave y, de otro, la presencia del delincuente en te-

(27) Vid., Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, II, cit., pág. 853.

(28) Cfr. Enmienda 850 bis, del Grupo Parlamentario Comunista; enmienda 1.309, del Grupo Centrista-UCD.

ritorio español, lo que excluye —según la tradición jurídica nacional— el juicio en rebeldía.

Con relación a la primera de las cuestiones suscitadas, ha podido afirmarse que en la solución del Proyecto solamente quedan fuera del campo de aplicación del principio de personalidad las *faltas* cometidas por los españoles en el extranjero y los *delitos* cuando el delincuente —como se verá muy pronto— haya sido absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, haya extinguido completamente su responsabilidad (29).

En cualquier caso lo que resulta evidente es que las condiciones de procedibilidad aludidas no sólo gozan de una larga vigencia en España sino que son comunes también en el Derecho penal comparado. De ahí lo sorprendente de su ignorancia en un Proyecto elaborado en 1980; solución que ha sido criticada en muchas de las enmiendas presentadas al precepto de referencia (30).

6) En el párrafo 2º del art. 10 se precisa que —cumplidas las exigencias que se contienen en el párrafo anterior— el delincuente será juzgado por los Tribunales españoles “salvo que haya sido absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, haya extinguido totalmente su responsabilidad”. Una vez más, el Proyecto resulta sorprendentemente regresivo al limitar en la materia el ámbito de aplicación de los fundamentales principios de abono de las penas y de liquidación, en cuanto reflejos de la eficacia interna-

(29) Cfr., Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, cit., págs. 244 y s.

(30) Vid. Enmienda 850 bis (Grupo Parlamentario Comunista), 1.309 (Grupo Centrista-UCD) y 1.434 (Grupo Coalición Democrática).

cional de las sentencias penales extranjeras en la hora actual (31).

Parece incuestionable que las paralelas precisiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial resultan técnicamente muy superiores al texto antes reproducido. En efecto, como ya se indicó, en la vieja Ley de 1870 la aplicación de la ley penal española está condicionada a que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y, en este último caso, haya cumplido la condena; si hubiera cumplido sólo parte de la misma se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la pena que en otro caso le correspondería. Se reconoce así en estos casos la lógica prioridad de la jurisdicción del Estado donde el delito se cometió.

Por ello, y al margen de la omisión de referencia expresa al indulto, resulta censurable que no se haya previsto siquiera el supuesto de cumplimiento parcial de la pena impuesta en el extranjero, que debe ser tenida en cuenta para rebajar la que corresponda a tenor de las leyes españolas. Este principio de abono de las penas, construido sobre insoslayables razones de equidad, goza de amplia difusión y supone la lógica reducción de la pena parcialmente cumplida en el extranjero. El Proyecto lo acoge con un criterio marcadamente limitativo al otorgarle relevancia solamente cuando el sujeto haya extinguido "totalmente" su responsabilidad.

Consecuentemente, la doctrina española ha denunciado las palmarias insuficiencias del art. 10-2º del Proyecto de 1980 y ofrecido soluciones más acordes

(31) Vid. en la materia, H.H. Jescheck, *Die Vollstreckung ausländischen Straferkenntnisse in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1963, págs. 325 y ss.

con los criterios iuscomparatistas hoy vigentes y con la tradición nacional. Se apunta, en definitiva, a la necesidad de que en la materia se tenga en cuenta el cumplimiento parcial de la pena en el extranjero para rebajar la que, en otro caso, le correspondería (32).

7) A la vista de todo lo mencionado en páginas anteriores, cabe concluir el análisis y valoración del art. 10 del Proyecto de Código penal afirmando, como hace Cerezo Mir (33), que resulta preferible la regulación del principio de personalidad que se contenía en el Anteproyecto. Con ella, al menos, se obviaban algunas de las más graves deficiencias antes apuntadas. El art. 10 del Anteproyecto estaba concebido en los siguientes términos: “Las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido posteriormente la nacionalidad española. En tal caso el delincuente será juzgado por Tribunales españoles si concurrieren las circunstancias siguientes: 1^a Que el hecho hubiere sido denunciado por el ofendido o sus herederos o se querelle el Ministerio Fiscal. 2^a Que el delincuente se encuentre en territorio español o se haya conseguido su extradición. 3^a Que el delincuente no haya sido absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, no se haya extinguido su responsabilidad. Si hubiere cumplido parte de la

(32) En este sentido, vid., Mir Puig, *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal de 1980*, cit., pág. 496. También, enmiendas 258 (Grupo Parlamentario Socialista), 850 bis (Grupo Parlamentario Comunista), 1.309 (Grupo Centrista-UCD) y 1.434 (Grupo Coalición Democrática).

(33) Cfr., Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 246, en nota.

pena se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso le correspondería, sin perjuicio de las medidas de seguridad que pudieran aplicarse según este Código. Si la legislación del país extranjero fuere más benigna que la nacional, los Tribunales españoles tendrán en cuenta esta circunstancia para atenuar la pena a su libre arbitrio. En caso de que el delito se haya cometido por un español en el extranjero contra un extranjero no podrá procederse criminalmente en España cuando el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se perpetró, aunque lo sea según las leyes españolas”.

En consecuencia, nos encontramos —en mi opinión— ante un supuesto en el que los retoques gubernamentales del Anteproyecto resultaron empobrecedores del mismo. Como ya he puesto de relieve en otra oportunidad, existen más ejemplos de tan desafortunada peripecia redactora en el texto que, como Proyecto, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (34).

B) Principio de personalidad pasivo

También el principio de personalidad *pasivo* se configura en el art. 11 del Proyecto con escandalosa amplitud. Se pretende —como ya se indicó— aplicar las leyes españolas no sólo a los delitos sino también a las faltas que se cometan fuera del territorio nacional contra ciudadanos españoles, en los supuestos en que no resulte competente para su conocimiento otra jurisdicción. Es justo destacar que este precepto no figuraba en el Anteproyecto.

Este art. 11 constituye una deficiente versión espa-

(34) Vid., Landrove Díaz, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, cit., págs. 317 y s.

ñola del art. 7-1 del Código de la República Federal Alemana al ignorar, con radical nacionalismo, las más elementales limitaciones que deben acompañar al principio de personalidad pasivo, tan cercano en su fundamentación al real o de protección (35).

Con la redacción del art. 11 se olvida que el principio de personalidad pasivo necesita, incluso, una más tajante limitación que el de personalidad activo, habida cuenta, como destaca Jescheck (36), que el destinatario de la norma no es el nacional, sino un extranjero, en territorio extranjero y muy probablemente ciudadano del Estado en que el hecho se realiza. Por eso, cuando se ignora —como hace el Proyecto— el requisito de que el hecho constituya delito en el lugar de su realización (regla de la doble incriminación) la norma supone un inadmisibles abuso jurídico. Lo que no debe extrañarnos demasiado si ponemos en relación el precepto de referencia con el ya examinado art. 10. Ambos responden a un imperialismo penal indefendible.

Ya el III Congreso Internacional de Derecho comparado (Londres, 1950) se pronunció negativamente sobre la competencia penal basada en la nacionalidad del sujeto pasivo con carácter de competencia principal, afirmándose que sólo puede justificarse en tiempo de guerra o de tensión en las relaciones internacionales y siempre que se le atribuya un papel subsidiario, es decir, que se subordine a determinadas condiciones: la incriminación del hecho de que se trate por la ley penal extranjera, la ausencia de un juicio prece-

(35) Vid. en este sentido: G. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, *Die Straftat*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 1981, pág. 55.

(36) Cfr., Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, I, cit., págs. 228 y s.

dente en el extranjero, la querrela de la víctima o la denuncia del Estado extranjero, etc.

Consecuentemente, la más solvente doctrina española ha rechazado la redacción del art. 11. Algún autor aboga, simplemente, por su eliminación de un futuro código (37). Otros aconsejan su limitación en los términos antes señalados (38), con lo que se acercaría sensiblemente a la actual redacción del art. 7-1 del StGB: el Derecho alemán se aplica a los actos cometidos en el extranjero contra un ciudadano alemán, cuando el hecho constituye delito en el lugar de su comisión o cuando el lugar del hecho no esté sometido a poder punitivo alguno.

Quiero pensar que no ha sido ésta la motivación de los redactores de los arts. 10 y 11 del Proyecto de 1980, pero la solución alcanzada en los mismos parece la sublimación de la tesis de la extraterritorialidad de la ley penal española en materia de aborto, con la que en nuestro país se intenta —por determinados sectores— luchar, por la vía de la represión contra la realidad incuestionable de un *turismo abortivo* (39), con el que las mujeres españolas viajan a otros países en busca de legislaciones menos retrógradas que la nuestra y obtener así la voluntaria interrupción de su embarazo sin correr, en su patria, los riesgos del aborto clandestino o de la sanción penal. No es necesario subrayar que la legalidad vigente en España al respec-

(37) Cfr., Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 249.

(38) Cfr., Mir Puig, *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal de 1980*, cit., pág. 496.

(39) Vid., G. Lándrove Díaz, *Política criminal del aborto*, Casa Editorial Bosch, Barcelona 1976, fundamente págs. 25 y ss. y *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1980, pág. 81.

to en nada se parece a la de los países de nuestro ámbito cultural en los que, hace años, se ha optado por las soluciones de los plazos o de las indicaciones. El ciego rigor de la ley nacional se evita —de acuerdo con el principio de territorialidad acogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial— al amparo de legislaciones más piadosas y más justas.

No quiero insistir demasiado en una problemática a la que en otros lugares he dedicado especial atención y dilatado espacio, pero sí ofrecer algunas reflexiones nacidas de la puesta en contacto de los artículos del Proyecto que consagran el principio de personalidad con los regresivos términos con que en el mismo se regula el aborto, incluso con mayor dureza que la esgrimida por el Derecho hoy vigente (40).

Con el rechazo generalizado de la doctrina española (41) fue acogida la respuesta de la Fiscalía General del Estado a la Consulta nº 5/1978, sobre “Extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia”, en la que se pretendía basar en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la persecución del aborto cometido en el extranjero por un español. Se alude allí, incluso, a la nacionalidad potencial del feto para soslayar los infranqueables obstáculos representados por la exigencia legal de que se cometiere un delito en país extranjero “contra otro español”. En este sentido represivo se ha pronunciado la Sentencia de

(40) Vid., Landrove Díaz, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, cit., págs. 313 y ss.

(41) Vid., Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 243, en nota; Landrove Díaz, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, cit., pág. 310; S. Mir Puig, *Aborto en el extranjero*, en *Actualidad jurídica*, 1981 (II), pág. 63.

20 de diciembre de 1980, ampliamente comentada en sentido crítico por Mir Puig (42).

En este contexto se redacta el Proyecto de Código penal. En el mismo —y como ya se indicó— los arts. 10 y 11 en nada se parecen a las precisiones del Anteproyecto, más afín al tradicional criterio de la territorialidad y de la nacionalidad como complementario; paralelamente, del Proyecto desaparece el repertorio de indicaciones que en materia de voluntaria interrupción del embarazo reconocía el Anteproyecto. Posiblemente se trate tan sólo de una infausta coincidencia.

Si a ello añadimos que en los arts. 10 y 11 no se da cabida a la regla fundamental de la doble incriminación, que en determinados círculos prospera la idea de que el feto es un “ciudadano español” (como exige el artículo mencionado en segundo término) y que se pretende aplicar las leyes penales españolas a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho (art. 10), no harán falta alambicados esfuerzos para alcanzar las conclusiones que se ofrecen evidentes.

3. Principio real

El principio real o de protección se acoge en el

(42) Cfr., Mir Puig, *Aborto en el extranjero*, cit., fundamentalmente págs. 65 y ss. Vid. también sobre la apuntada línea jurisprudencial, A. García Vitoria, *El delito de aborto cometido en el extranjero*, en *Boletín Informativo*, Colegio de Abogados de Granada, n° 14, enero de 1981, págs. 11 y ss.

Proyecto como complementario y en función de la tutela de relevantes intereses del Estado español. Así, el art. 12 realiza una notable ampliación del repertorio de delitos que tradicionalmente han dado lugar en nuestra patria a la aplicación del mencionado principio: "las leyes penales españolas son aplicables a los españoles o extranjeros que hubieren cometido fuera del territorio nacional alguno de los siguientes delitos: Contra la seguridad exterior y personalidad del Estado. Contra el Rey, la Regencia y el Sucesor de la Corona. Contra la forma política del Estado español. Rebelión. Falsificación de la firma o estampilla real y de los Regentes del Reino. Falsificación de las firmas de los Ministros. Falsificación del sello del Estado y otros sellos públicos. Falsificación de moneda española y su expendición. Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expendición de lo falsificado. La apología pública de los delitos señalados en los artículos 630 y 635. Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española. Los relativos al control de cambios. Es de aplicación a estos casos lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10".

A pesar de que algún sector de la doctrina contempla críticamente la redacción del precepto de referencia (43), no cabe hacer al mismo objeciones de carácter sustancial, pero sí algunas matizaciones correctoras.

(43) Vid., J.M^a Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte general, octava edición, Madrid 1981, pág. 219, en nota.

Con relación al inciso segundo del reproducido art. 12 del Proyecto, que incluye en el catálogo de delitos los cometidos contra “el Rey, la Regencia y el Sucesor de la Corona” se ha propuesto una nueva redacción (enmienda 260, del Grupo Parlamentario Socialista) con base en la inteligencia de que, según la Constitución española, puede ser titular de la Corona tanto un rey como una reina y, por ello, debe utilizarse una expresión comprensiva de ambos. El texto que allí se propone está concebido en los siguientes términos: “contra el titular de la Corona, la Regencia y el Sucesor” (44).

La referencia a la “apología pública de los delitos señalados en los artículos 630 y 635”, que se contiene en el inciso décimo, plantea cuestiones de muy diverso alcance. En primer término, la de la conveniencia o no de su inclusión en el precepto que consagra el principio real, ya que —obviamente— constituye una de sus más llamativas novedades y no es más que un reflejo parcial del significado que se otorga en el Proyecto a la propia apología (45). Se trata, evidentemente, de una temática en la que caben las más encontradas opiniones y que rebasa el marco de este trabajo. En segundo lugar, y si su inclusión se considera justificada, lo que sí cabe cuestionar es la introducción en el texto del adjetivo “pública” que califica la apología, habida cuenta que en el propio Proyecto se afirma la existencia de ésta

(44) Al respecto, conviene tener presente que en la Sección 1^a, Capítulo I, Título XIII (Delitos contra la Constitución), Libro II del Proyecto de Código penal, se describen y sancionan los “Delitos contra el Rey, la Regencia y el Sucesor de la Corona” (arts. 569 y ss.).

(45) Vid., en la materia, L. González Guitián, *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980*, en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Universidad de Santiago de Compostela 1981, fundamentalmente págs. 297 y ss.

(art. 23) cuando, “ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión”, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, a preconizar su ejecución o a enaltecer a sus autores. Por otro lado, y como ya ha sido puesto de relieve, la referencia a los arts. 630 y 635 del propio Proyecto carece de sentido y debe ser sustituida por la alusión a los arts. 632 y 637 (46).

En otro orden de cosas, cabe destacar que la solución del Proyecto otorga una mayor amplitud a la vigencia del principio real que la ofrecida durante muchos años por la legislación española. Algunas de las limitaciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 337 y 338 ya citados) han sido eliminadas: la preceptiva rebaja proporcional de la pena cuando el reo hubiere cumplido parcialmente la misma en el extranjero y la referencia a que el extranjero autor de alguno de los delitos aludidos fuere aprehendido en territorio español.

Con carácter problemático —y gran trascendencia— puede suscitarse la fundamental cuestión de si en un precepto regulador del complementario principio

(46) Cfr., González Guitián, *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980*, cit., pág. 299, en nota. En idéntico sentido: enmienda 1.310, del Grupo Parlamentario Centrista. Con relación a la errónea referencia al art. 630 —que describe y sanciona delitos contra los sentimientos religiosos— expresa la enmienda 261 (del Grupo Parlamentario Socialista) que no resulta comprensible la posibilidad de la aplicación del principio de extraterritorialidad de la ley penal a la apología de este tipo de delitos. Los artículos aludidos, como ya se indicó, deben ser los 632 y 637, en los que —por cierto— se insiste en la expresión “apología pública”. A lo expuesto en este punto concreto, añade la enmienda 1.435 (del Grupo Coalición Democrática) la propuesta de numerar la amplia relación de delitos que expone el art. 12 del Proyecto.

real o de protección de determinados intereses estatales debe tener o no cabida el requisito de la doble incriminación o de identidad de la norma, es decir, que las infracciones relacionadas en el art. 12 del Proyecto lo sean también en el país de su comisión. Este extremo no se tiene en cuenta en la actual legislación española ni se arbitra en el referido art. 12. Hace ya algunos años, Quintano Ripollés justificó esta falta de referencia a la *lex loci* esgrimiendo la severa restricción de tipos delictivos enumerados en el art. 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y poniendo de relieve que son éstos de tal entidad que apenas puede concebirse la existencia de legislación local alguna en que no sean objeto de punición y que, aunque así fuere, la trascendencia de los mismos y la importancia del bien jurídico protegido justifican sobradamente el silencio al respecto de la ley nacional (47). Tales afirmaciones resultan incontrovertibles cuando, efectivamente, el catálogo delictivo nacional acoge tan sólo infracciones de una cierta magnitud y que lesionan intereses fundamentales del propio Estado, pero no cuando se amplía inmoderadamente. Desde esta óptica debe ser contemplado y valorado el repertorio de delitos que en la materia se contiene en el Proyecto de 1980.

4. Principio de Justicia universal

Con mantenimiento del lógico carácter complementario que acompaña al principio de Justicia universal, preceptúa el art. 13 del Proyecto que “salvo que se disponga otra cosa en Tratados o Convenios Internacionales, las leyes penales españolas son tam-

(47) Cfr., Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, cit., pág. 94.

bién aplicables a los españoles o extranjeros que hayan cometido en el extranjero alguno de los siguientes actos delictivos: Genocidio. Terrorismo. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. Falsificación de moneda extranjera. Favorecimiento de la prostitución y trata de seres humanos. Tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes. Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios Internacionales, pueda ser perseguido en España. Será de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10". En definitiva, se consideran propios del foro cosmopolita una serie de delitos que atentan contra intereses comunes y no sólo españoles.

El carácter subsidiario y excepcional del principio universalista viene determinado por las exigencias de uniformidad en las legislaciones, de especificación en Tratados internacionales de los tipos que justifican su aplicación y de establecimiento de mecanismos de cooperación entre los Estados encaminados a asegurar el suministro de elementos probatorios.

El que en la redacción del Proyecto se haya seguido (art. 13) el criterio de específica designación de los delitos que justifican la acción judicial universal aproxima la formulación del principio a la del de competencia real, antes aludido (art. 12). No obstante, su diferenciación viene establecida por la evidencia de que, en los supuestos de competencia real, ésta es unilateralmente decidida por el Estado, mientras que en los de competencia universalista se tiene como base un acuerdo internacional. De ello cabe deducir, además, el cumplimiento del requisito básico de la doble incriminación, es decir, de uniformidad de las legislaciones penales de los países contratantes.

El Proyecto arbitra la solución de expresa referencia a delitos previamente pactados en acuerdos inter-

nacionales, si bien la enumeración concluye con la alusión a “cualquier otro que, según los Tratados o Convenios Internacionales, pueda ser perseguido en España” (48). La redacción de este inciso hace innecesaria —en no escasa medida— la enumeración precedente.

Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la especificación de los tipos (49) y, sobre todo, la continúa modificación de las normas internacionales a medida que se hace más estrecha la colaboración punitiva entre los Estados (50), no puede extrañar que, en ocasiones se haya optado por una fórmula jurisdiccional en blanco, defendible desde el punto de vista de economía legislativa. Así, el art. 7-5 del Código penal italiano precisa que será castigado según la ley penal de este país el nacional o extranjero que cometa en territorio extranjero cualquier delito *per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana*.

(48) Con relación a este inciso séptimo del art. 13, el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado una enmienda (263) por la que se pretende sustituir la expresión “pueda ser perseguido en España” por “deba ser perseguido”, con base en la afirmación de que lo regulado por Tratados y Convenios internacionales es de obligado cumplimiento para las partes que los suscriben.

(49) A pesar de los intentos realizados por diversas Conferencias internacionales para alcanzar, al menos, la redacción de un elenco base. En este sentido, uno de los primeros y más serios esfuerzos se llevó a cabo en la Conferencia para la Unificación del Derecho penal, celebrada en Varsovia en 1927.

(50) Así, la enmienda 219 (Grupo Parlamentario Centrista), solicita la inclusión del término “psicotrópicas” junto a los de “drogas tóxicas o estupefacientes” en el inciso sexto del art. 13 del Proyecto, con base en la adhesión de España, por Instrumento de 2 de febrero de 1973, al Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 sobre sustancias psicotrópicas.

Al hilo de la reflexión sobre el párrafo primero del art. 13 del Proyecto, en el que se contiene la fórmula “salvo que se disponga otra cosa en Tratados o Convenios Internacionales” (las leyes penales españolas son también aplicables...), conviene recordar que los arts. 8 y 9 incluyen también un inciso que —como cláusula de salvaguardia— opera con relación a lo dispuesto en tratados y convenios internacionales. Reserva que se omite, sin embargo, en la redacción de los arts. 10, 11 y 12. Por ello, y con objeto de cubrir la generalidad de los supuestos y facilitar la aplicación del Código por los tribunales, se ha apuntado la conveniencia de establecer una cláusula general para este conjunto de preceptos, habida cuenta que —en cualquier caso— la ley penal española sólo será aplicable, a españoles o extranjeros, en la medida en que no existan normas prohibitivas de Derecho internacional general o normas particulares contenidas en un tratado internacional. En esta línea, se ha propuesto la introducción de un nuevo artículo en el Título preliminar del Proyecto de 1980, concebido en los siguientes términos: “Lo dispuesto en los artículos 8º a 13 se entenderá sin perjuicio de las normas contenidas en los tratados internacionales en los que sea parte España y las de Derecho internacional general” (enmienda 853, del Grupo Parlamentario comunista).

IV. EL LUGAR DE COMISION DEL DELITO

Como ya he tenido oportunidad de poner de relieve en páginas anteriores, el Proyecto de 1980 parece pretender una aplicación universal de la ley penal española, al margen del lugar de comisión del hecho, de la nacionalidad de los delincuentes y de los sujetos pasivos, de las normas internacionales y del Derecho

interno de otros países. Con ello se minimiza la trascendencia de la determinación del lugar de comisión del delito, habida cuenta que —por una u otra vía— siempre sería aplicable el Derecho español. Quizá el Proyecto debiera culminar tan brillante solución limitándose a enunciar los casos en que no resultará aplicable la ley española, si es que existe alguno.

Sin embargo, cabe esperar que en un futuro Código vuelvan las cosas a su cauce natural. Las justificadas críticas de la doctrina y la sustancial coincidencia de las enmiendas presentadas al respecto por muy diversos grupos parlamentarios abonan esta esperanza.

Ello sentado, cabe intuir que se otorgará una más amplia —y más lógica— vigencia al principio de territorialidad que la prevista en el Proyecto y, en consecuencia, tendrá influencia decisiva en la aplicación de la ley penal la determinación del lugar donde se haya cometido el delito.

Cabe recordar esquemáticamente que son tres los principios teóricos existentes al respecto: relevancia del lugar en el que el sujeto ha actuado o, en caso de omisión, debiera haberlo hecho (teoría de la actividad), del lugar en donde se ha producido el resultado típico (teoría del resultado) o de cualquiera de los dos, es decir, tanto del lugar de la acción como del resultado (teoría de la ubicuidad).

Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español vigente la cuestión del lugar de comisión del delito no aparece enteramente resuelta, sobre todo si pensamos en los llamados delitos a distancia. El art. 335 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa que “el conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros, corresponderá a los Tribunales y Jueces

españoles, en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delito y sólo respecto a éstos”.

Esta parcial e insuficiente regulación ha determinado, de un lado, ciertas fluctuaciones jurisprudenciales y, de otro, divergencias en orden a la interpretación del texto mencionado, si bien la doctrina dominante se pronuncia en el sentido de admitir —y criticar— que la legalidad española acoge la teoría del resultado (51).

Ante tal estado de cosas, ha apuntado Cerezo Mir, recogiendo la opinión mayoritaria en nuestra doctrina, la conveniencia de que la legislación española siga en la aplicación del principio de territorialidad el criterio de la ubicuidad, es decir, que se entienda cometido el delito en España tanto si se realiza la acción (total o parcialmente) o la omisión, como si se produce el resultado, en territorio español (52). Este criterio, considerado el más correcto desde la óptica político-criminal, se establece en los más modernos códigos. Por ejemplo, precisa el art. 9-1 del Texto alemán que el hecho se comete en el lugar en que el autor ha actuado o, en el caso de la omisión, debería haber actuado, o en el lugar en que se produjo el resultado típico o de acuerdo con el plan de su autor debía producirse. En términos semejantes se pronuncia el art. 67-2 del Código penal austriaco de 1974.

Para resolver la cuestión en el sentido apuntado se

(51) Por el contrario, E. Gimbernat Ordeig y G. González de Amezáa mantienen el criterio de que el Derecho español acepta la teoría de la ubicuidad (*Algunos problemas de extradición en el Derecho español*, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, segunda edición, 1981, págs. 95 y ss.).

(52) Cfr., Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 368 y bibliografía allí citada.

introdujo en el Proyecto de 1980 el art. 14: "a efectos de aplicación de la ley penal española en el espacio, el delito o falta se consideran cometidos en todos aquellos lugares en los que el autor ha actuado u omitido la acción o en los que se ha producido el resultado".

No faltan, sin embargo, los autores que consideran incumplida esta recepción en el Proyecto de la teoría de la ubicuidad. En opinión de Muñoz Conde, debiera aludirse no sólo al lugar donde el resultado se ha producido sino también al lugar donde, según la representación del autor, debería haberse producido. Además, denuncia la falta de expresa referencia a los partícipes (53). Con ello, trata de ofrecer una fórmula que se acerque más a la arbitrada en el Código penal alemán (art. 9-2), habida cuenta que estima que debería haberse añadido un párrafo al art. 14 en el que se dijera que los actos de participación deben estimarse cometidos tanto en el lugar donde el hecho principal se hubiera cometido —o debería haberse cometido—, como en el lugar donde el partícipe ha actuado o, en caso de omisión, debería haber actuado.

Aunque se han intentado otras soluciones de carácter ecléctico (54), parece perfectamente defendible

(53) Vid., Muñoz Conde, *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal*, Parte general, de Jescheck, I, cit., págs. 247 y s.

(54) Vid., por ejemplo, la nueva redacción que del art. 14 ofrece la enmienda 854 (Grupo Parlamentario Comunista): "A efectos de aplicación de la ley penal española en el espacio, el delito se considera cometido por todos los que intervienen en él en todos aquellos lugares en los que el autor ha actuado u omitido la acción o en los que se ha producido el resultado. No obstante, el partícipe en un hecho cometido en el extranjero según lo anterior, que actúa u omite en España, se entenderá que delinque en nuestro país si su extradición no es posible, no procede o no se solicita por el país de comisión del hecho principal".

la redacción del art. 14 del Proyecto, que fija —para todos los codelincuentes— el lugar de comisión del delito en función del lugar en que el autor actúa u omite la acción o en que se produce el resultado, aunque sólo sea por respeto al carácter unitario del delito y al principio de accesoriadad de la participación, que hace deseable el enjuiciamiento unitario de todos los codelincuentes.

V. CONCLUSION

A pesar de que —en mi opinión— el Título preliminar y el Libro I del Proyecto de 1980 son sensiblemente superiores en su conjunto a los Libros II y III, en tema de eficacia espacial de las leyes penales los redactores del mismo no han estado especialmente afortunados. Hasta tal punto que las fórmulas ofrecidas no sólo ignoran los más solventes logros del Derecho comparado sino que, incluso, suponen una regresión a la vista de la tradición jurídica nacional. Ya he tenido oportunidad de poner de relieve en páginas anteriores que, sobre todo, los arts. 10 y 11 del Proyecto resultan inadmisibles en su actual redacción. Quizá algunas de las muchas enmiendas correctoras o de sustitución presentadas coadyuven a mejorar este pasaje del futuro Código. No voy a ser excesivamente optimista y pensar que las razonables y razonadas críticas de la doctrina española sean también tenidas en cuenta.

No voy a insistir en la extendida crítica al sigiloso proceso de elaboración del que es fruto el Proyecto. Si bien —en este caso concreto— los retoques gubernamentales fueron decisivos para su empeoramiento. Resulta innegable, empero, que otro cauce de redacción más abierto y en la línea de los seguidos en otros

países europeos no hace demasiado tiempo hubiera ofrecido mejores frutos.

Sin embargo, ya consumada la empresa con un mediocre resultado si se tiene en cuenta el nivel actual de la ciencia jurídico-penal española, parecía lógico esperar que en las Cámaras legislativas se corrigiesen los defectos más notorios, alcanzándose en suma un Código penal razonable a pesar de las tortuosas vías seguidas en la redacción de un Proyecto que, sin duda, es mejor que el viejo Texto de 1848. Quizá tan relativizado elogio es el único que con seriedad puede hacerse.

Tampoco en este sentido permite la marcha de los acontecimientos optimismo alguno. Al margen de inconfesados e inconfesables intereses políticos de signo electoralista, infranqueables barreras se alzan ante la necesaria reforma en profundidad de nuestro Código punitivo. Una vez más, la presión de determinados poderes fácticos resulta decisiva. Me refiero —por supuesto— al radical rechazo que algunos títulos del Proyecto han provocado en sectores minoritarios pero muy poderosos. Quizá el ejemplo más significativo venga representado por el Título VIII del Libro II en el que —con cierta timidez— se trata de impedir la perpetuación de intolerables impunidades. Otras cuestiones (voluntaria interrupción del embarazo, terrorismo, mayoría de edad penal, etc.) pasan a un segundo plano cuando peligran determinados privilegios de casta. Por todo ello, se ha ido dilatando la tramitación de una reforma en profundidad que —en las primeras previsiones— había nacido para convertirse en Código penal inmediatamente después de promulgada la Constitución de 1978.

En consecuencia, sólo relativa sorpresa puede producir la casi definitiva defenestración del Proyecto.

Es éste, y no otro, el significado que hay que otorgar a la remisión al Congreso de los Diputados por el Gobierno de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma parcial del Código penal, en febrero de 1982, aunque en la Memoria-Exposición de Motivos del mismo se afirme que “por encima de cualquier otra consideración hay que destacar que tras esta reforma no se esconde el propósito de un aplazamiento indefinido de la total renovación de nuestro ordenamiento penal, sino muy al contrario la decisión política de estimular esa reforma en profundidad que sólo en un clima de serenidad y reflexión, sin las urgencias que las apremiantes necesidades sociales imponen, puede llevarse a cabo. La simple lectura del Proyecto del Código Penal publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 17 de enero de 1980, con 685 artículos y un número muy considerable de enmiendas de especial calidad e interés, conduce a pensar que la tarea, ya emprendida, no puede realizarse en unos pocos meses. Son muchos los temas a debatir y muy importantes y complejos y si se tiene la decidida voluntad de elaborar un Código Penal que de verdad responda a los principios que inspiran la Constitución y a los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho que es hoy España, habrá de construirse —como ya se ha hecho o se está haciendo en el Derecho comparado más próximo a nosotros— con el ritmo, que no quiere decir lentitud, que imponen la naturaleza y complejidad de la empresa renovadora, en garantía del acierto en la selección y conformación de los bienes jurídicos defendibles en esta vía y en su precisión legislativa tan imprescindible siempre y de manera muy especial en las Leyes penales”.

Se afirma también que, para esta reforma parcial y urgente, la mayor parte de las modificaciones han si-

do tomadas, “con los imprescindibles retoques, del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal del cual esta reforma pretende ser, de alguna manera, un anticipo” y que la selección de las modificaciones se ha realizado partiendo de la urgencia y de la “presumible aceptación generalizada de las mismas”. Concluyéndose que la reforma acometida puede servir de experiencia al futuro legislador al llevar a cabo la renovación completa de nuestro ordenamiento punitivo “en fecha que hay que desear no lejana”.

Un observador de superficie, y adornado por una ingenuidad de la que confieso carecer, bien pudiera pensar que, finalmente, se ha comprendido que la empresa de redactar un Código penal *nuevo* no puede abordarse con la torpe celeridad inicial y que ahora se intenta llevar a cabo lo que lamentablemente se omitió en su momento. La realidad —como ya indiqué— es muy otra. Si a ello añadimos la vocación de eternidad que en este país ostentan las reformas parciales, urgentes y provisionales, cabe concluir que la tan aireada puesta al día de nuestro Derecho punitivo se reduce al mencionado Proyecto de reforma parcial.

Todo ello al margen del relativo acierto que el mismo supone. La supresión de la referencia a las penas de presidio o a la de muerte (anticonstitucional desde 1978), la puesta al día en relación con las modificaciones sufridas por el Código civil, la sustitución de los párrafos 2º y 3º del art. 583 por otro que alude a “los maridos o mujeres que maltrataren a sus cónyuges, de palabra o de obra aunque no causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior”, y algún otro retoque de claro matiz oportunista constituyen el pobre bagaje de la reforma.

Sin embargo, en la Memoria-Exposición de Motivos se reconoce que “una serie importante de zonas pena-

les no han sido modificadas, y entre ellas los delitos de lesiones cuya sanción viene determinada por el resultado o por los días de duración de las mismas, las quiebras, etc., porque el hacerlo hubiera quitado a esta reforma uno de sus principales objetivos: la inmediatez”.

Obviamente, esta reforma del Código no afecta a la problemática de la eficacia de las leyes penales españolas en el espacio, tradicionalmente resuelta al margen del mismo; precisamente, su inclusión constituiría una notable novedad en el Proyecto de 1980. Si éste se arrincona definitivamente —como sospecho— y la futura Ley Orgánica del Poder Judicial mantiene la remisión de su Proyecto (55) al Derecho penal sustantivo puede producirse una situación no infrecuente en el Derecho español.

(55) Vid. en la materia, R. Gimeno Gamarra, *Estado de la reforma de las leyes orgánicas y procesales*, en *La Ley* de 16 de febrero de 1982, pág. 1, en donde se recuerda que el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial regula la extensión y límite de la jurisdicción española en los órdenes civil, administrativo y social, y establece que, en el orden penal, se estará a lo dispuesto en el Código penal y en las leyes penales especiales.